La coopération en matière pénale entre le Parquet européen et la Suisse comme État tiers

Futur ou conditionnel ?

Maria Ludwiczak Glassey

eucrim
European Law Forum: Prevention • Investigation • Prosecution

ABSTRACT

Mutual assistance in criminal matters between the European Public Prosecutor's Office (EPPO) and third States, including Switzerland, is a true challenge. The need for cooperation will exist from the very first days of the EPPO's existence, but its implementation is a problematic issue: on the one hand, the possibilities offered by the Regulation establishing the EPPO raise questions as regards their compatibility with public international law and the basic rules governing mutual legal assistance. On the other hand, Swiss mutual assistance law is not, as it stands, adapted to enable Swiss authorities to cooperate with the EPPO.

AUTHOR

Maria Ludwiczak Glassey

Professeure associée
Université de Genève

CITE THIS ARTICLE

Ludwiczak Glassey, M. (2019). La coopération en matière pénale entre le Parquet européen et la Suisse comme État tiers : Futur ou conditionnel ? Eucrim - The European Criminal Law Associations' Forum. https://doi.org/10.30709/eucrim-2019-016

Published in eucrim 2019, Vol. 14(3) pp 205 – 209

https://eucrim.eu

ISSN:

I. Introduction

Avec l'entrée en fonction prochaine du Parquet européen, un nouvel acteur entrera sur la scène pénale internationale. La mise en place de cet organe de l'UE, né d'une coopération renforcée à laquelle seuls vingt-deux États membres participent, implique incontestablement des défis multiples. L'un d'entre eux est la coopération en matière pénale avec les États tiers.[1] Au vu de l'importance de la place financière suisse et des liens étroits entretenus, la coopération avec la Suisse sera un outil précieux pour le Parquet européen. Mais sera-elle possible ? Cette contribution vise à exposer les quatre différentes options de coopération prévues par le Règlement 2017/1939 mettant en œuvre la coopération renforcée concernant la création du Parquet européen (ci-après: le Règlement), puis à aborder la problématique du point de vue du droit suisse, existant et (peut-être) à venir.

II. Quatre possibilités de coopération future, selon le Règlement

La coopération entre le Parquet européen et les États tiers est régie par l'art. 104 du Règlement. La disposition traite en premier lieu d'arrangements de travail (art. 104 § 1) et de points de contacts (art. 104 § 2) qui peuvent être mis en place pour favoriser les relations entre le Parquet européen et l'État tiers. De nature technique et/ou opérationnelle, ils ne peuvent pas servir de base pour permettre l'échange de données à caractère personnel (art. 99 § 3 du Règlement). Ensuite, la disposition prévoit (seulement) quatre voies, subsidiaires les unes par rapport aux autres, envisageables pour la coopération en matière pénale : la conclusion d'un accord entre l'UE et l'État tiers (1.), l'extension d'un accord international conclu par les États membres participants au Parquet européen (2.), l'usage de la « casquette nationale » du procureur européen délégué (3.) et la demande de coopération *ad hoc* adressée par le Parquet européen à l'État tiers (4.).

1. Accord international avec l'État tiers (art. 104 § 3)

La première possibilité a trait au fait que l'UE peut conclure avec les États tiers des accords internationaux, bilatéraux ou multilatéraux, concernant la coopération avec le Parquet européen ou adhérer à des accords internationaux conformément à l'art. 218 TFUE. Ces accords seront contraignants à l'égard du Parquet européen.

En l'état, pourrait entrer dans cette catégorie l'Accord de coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la Confédération suisse, d'autre part, pour lutter contre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte à leurs intérêts financiers (AAF) de 2004.[2] Toutefois, l'AAF n'est pas entré en vigueur parce qu'il n'a pas encore été ratifié par tous les États membres de l'UE (manque la ratification par l'Irlande, État non-participant au Parquet européen) et il est applicable au titre de traité bilatéral uniquement entre les parties qui en ont exprimé la volonté (art. 44 § 3 AAF), ce qui est bien le cas de la Suisse et de l'UE, mais pas celui de tous les vingt-deux États membres participants au Parquet européen : seuls douze d'entre eux ont fait cette déclaration.[3] De plus, en matière d'entraide pénale, l'AAF vise à compléter la Convention européenne d'entraide judiciaire du Conseil de l'Europe de 1959 (CEEJ) et la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment de 1990 « entre les parties contractantes » (art. 25 § 1 AAF), ce qui n'est pas le cas de l'UE qui n'est pas partie à ces Conventions. Finalement, l'on peut se demander si le champ matériel restreint de l'AAF (art. 2) couvre celui du Règlement (art. 22).

L'UE et la Suisse sont par ailleurs parties à certaines conventions internationales sectorielles, en particulier la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée de 2000 et la Convention des

Nations Unies contre la corruption de 2003, qui contiennent toutes deux des dispositions relatives à la coopération internationale en matière pénale. Deux bémols doivent être soulevés s'agissant de l'application de ces Conventions au Parquet européen : (a) tous les États membres de l'UE ne participent pas à la coopération renforcée mettant en place le Parquet européen et (b) le champ d'application de ces Conventions dépasse la compétence matérielle du Parquet européen.

La conclusion d'accords futurs[4], voire l'extension de l'AAF, ne semble pas exclue et serait peut-être une voie d'entraide à privilégier entre le Parquet européen et les États tiers.[5] À ce titre, la Commission européenne préconise de lancer les discussions avec les États membres du Conseil de l'Europe afin de permettre, à terme, au Parquet européen de faire usage de la CEEJ[6]. À ma connaissance, il n'y a pas de travaux en cours d'accord international entre l'UE et la Suisse en particulier.

2. Extension d'un accord international existant (art. 104 § 4)

Le Règlement prévoit également une seconde voie, subsidiaire à la première.[7] Il donne la possibilité aux États membres participants, si l'accord international multilatéral le permet et sous réserve de l'acceptation de l'État tiers, de reconnaitre et, le cas échéant, notifier le Parquet européen comme « autorité compétente aux fins de la mise en œuvre » de l'accord. La reconnaissance peut avoir lieu, « si nécessaire et si possible, au moyen d'une modification de ces accords ». Cette possibilité porte aussi sur les « autres accords internationaux concernant l'entraide judiciaire en matière pénale qu'ils ont conclus », donc vraisemblablement les accords bilatéraux conclus par les États membres participants. Ce faisant, l'art. 104 § 4 fait appel au principe de la coopération loyale consacré à l'art. 4 § 3 TUE.[8]

Or le Parquet européen est un organe de l'UE (art. 3 § 1 du Règlement). Désigner le Parquet européen comme autorité de mise en œuvre au sens de l'art. 104 § 4 revient à désigner l'organe d'un autre sujet du droit international public (*i. e.* l'UE) que celui qui est partie à l'accord international (*i. e.* les États membres). Une reconnaissance unilatérale, sans l'aval de l'État tiers est manifestement exclue. Une reconnaissance consentie – même par tous les États parties à l'accord international – conduit, quant à elle, à deux obstacles : (a) Comment concilier la situation avec le fait que tous les États de l'UE ne participent pas au Parquet européen ? (b) Reconnaitre le Parquet européen comme autorité de mise en œuvre revient à coopérer avec le Parquet européen, ce qui revient à son tour à coopérer avec l'UE, donc étendre, *de facto*, l'accord à l'UE. Cette voie est problématique et ne sera vraisemblablement pas utilisée pour mettre en place une coopération avec la Suisse.

3. Usage de la « casquette » nationale du Procureur européen délégué (art. 104 § 5, 1re hypothèse)

La troisième option, subsidiaire aux deux précédentes, vise à permettre au procureur européen délégué chargé de l'affaire de faire usage de ses pouvoirs de procureur national et solliciter l'entraide sur la base des accords conclus par son État ou du droit national applicable, voire lorsque nécessaire, par l'intermédiaire des autorités nationales compétentes. Le Règlement prévoit que les autorités de l'État tiers doivent être informées que les preuves fournies seront utilisées par le Parquet européen, qui est le destinataire final de l'entraide, et le Procureur européen délégué « s'efforce, le cas échéant, d'obtenir leur accord à cette fin ». Cette même méthode doit être suivie aussi s'agissant de demandes d'extradition (art. 104 § 7 du Règlement).

L'usage de la « casquette » nationale du Procureur européen délégué a le mérite de faire appel à des mécanismes d'entraide régulièrement appliqués entre les États. Néanmoins, il a pour conséquence de répercuter sur le Parquet européen le traitement différencié qui existe entre les États membres de l'UE lorsqu'ils

sollicitent la coopération de la Suisse. En effet, même si tous les États membres de l'UE sont parties à la CEEJ, seulement certains ont accepté l'application de l'AAF à titre bilatéral (voir *supra* 1) ; certains sont parties au Deuxième Protocole additionnel à la CEEJ (2e PA)[9], permettant notamment une communication directe entre autorités pénales ; certains encore ont conclu avec la Suisse des accords bilatéraux complétant la CEEJ[10]. Ainsi, dépendant de savoir quel procureur européen délégué sera chargé de la procédure, la coopération se fondera parfois sur la CEEJ seule (procureur européen délégué espagnol, grec ou luxembourgeois), parfois combinée avec :

- L'AAF (procureur européen délégué finlandais) ;
- L'AAF et le 2e PA (procureur européen délégué belge, par exemple) ;
- L'AAF appliqué à titre bilatéral, le 2e PA et un accord bilatéral complétant la CEEJ (procureur européen délégué français ou allemand) ;
- Le 2e PA, mais non l'AAF (procureur européen délégué lituanien, par exemple) ;
- L'AAF appliqué à titre bilatéral et un accord bilatéral complétant la CEEJ, mais pas le 2e PA (procureur européen délégué autrichien) ;
- Un accord bilatéral complétant la CEEJ, mais non l'AAF (procureur européen délégué italien).

Du point de vue du juriste suisse, affirmer que la troisième option prévue par le Règlement crée une géométrie variable relève de l'euphémisme. L'on peut même se demander dans quelle mesure la situation ne se prêterait pas à un *forum shopping*, si la « casquette » d'un État membre participant permet d'obtenir davantage et/ou plus facilement que celle d'un autre.

Par ailleurs, cette troisième option pose un problème au regard du principe de la spécialité de l'entraide. Ce principe restreint l'usage que peut faire l'État requérant des pièces qui lui sont transmises. Ainsi, les pièces obtenues de la Suisse ne peuvent être utilisées pour des procédures visant des infractions pour lesquelles l'entraide aurait été refusée[11]. L'utilisation par le Parquet européen des pièces transmises à l'État membre participant reviendrait, du point de vue suisse, à une (re)transmission ultérieure à un autre sujet du droit international public, *i.e.* l'UE, et ne pourrait avoir lieu qu'avec l'accord exprès de la Suisse[12]. Or en l'état actuel du droit suisse (*infra* III.), il me parait douteux qu'un tel accord puisse être donné.

4. Demande d'entraide *ad hoc* (art. 104 § 5, 2e hypothèse)

La dernière option, décrite par certains comme un *safety net,*[13] consiste pour le Parquet européen à solliciter directement l'entraide auprès des autorités de l'État tiers dans une affaire particulière en l'absence de tout accord. L'art. 104 § 5 du Règlement prévoit que le Parquet européen devra alors se conformer aux conditions le cas échéant fixées par les autorités requises, s'agissant de l'utilisation qui pourra être faite des informations fournies sur cette base. Cette possibilité de coopération repose sur « la réciprocité ou la courtoisie internationale ».[14]

C'est précisément le principe de la réciprocité (*do ut des*) qui pose problème en rapport avec cette quatrième option de l'art. 104. D'après ce principe, la Suisse n'accorde l'entraide que si l'autorité requérante assure qu'elle l'octroiera à son tour dans un cas similaire. La réciprocité couvre non seulement le principe de l'octroi de l'entraide, mais s'étend aussi dans une certaine mesure aux divers actes qui peuvent être sollicités[15]. Or l'art. 104 § 5 doit être lu conjointement avec l'art. 104 § 6, qui traite de l'entraide que pourra accorder le Parquet européen aux États tiers et d'après lequel le Parquet européen pourra leur fournir, « aux fins d'enquêtes ou pour servir de preuves dans une enquête pénale, des informations ou des preuves qui sont déjà en sa possession ». Ainsi, seules les informations et preuves « déjà en [l]a possession » du Parquet européen pourront être fournies à l'État tiers, ce alors même que la Suisse pourrait se voir adresser des

demandes visant à collecter des informations et pièces, bloquer des fonds, procéder à des auditions etc. S'ensuivent deux questions : (a) Au regard du principe de la bonne foi internationale, le Parquet européen pourra-t-il demander à la Suisse plus que ce que lui-même pourrait fournir ? (b) Serait-il envisageable que l'État membre participant se porte « garant » de la réciprocité lorsque l'entraide est sollicitée par le Parquet européen ? Pour autant que la Suisse adopte une vision souple de la réciprocité[16], la quatrième solution prévue à l'art. 104 § 5 semble être celle, à défaut des trois autres, que le Parquet européen devra emprunter dans ses relations avec la Suisse. La Suisse et le Parquet européen pourront compter sur le soutien d'Eurojust[17] auquel la Suisse participe par le biais d'un accord entré en vigueur en 2011. La transmission des demandes d'entraide pourra par exemple avoir lieu par son intermédiaire (art. 100 § 2 let. b du Règlement).

III. En droit suisse : une possibilité de coopération, au conditionnel

Lorsque le droit suisse interne trouve application (tel est le cas notamment en l'absence de traité international, cf. *supra* II. 1.), si l'entraide en matière pénale est sollicitée, deux possibilités se présentent : soit la requête émane d'un État étranger, auquel cas la Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP) s'applique, soit elle émane d'un Tribunal pénal international, la Loi fédérale relative à la coopération avec les tribunaux internationaux chargés de poursuivre les violations graves du droit international humanitaire s'appliquant alors[18]. Or le Parquet européen ne peut être assimilé à un Tribunal pénal international au sens de cette dernière loi, qui concerne uniquement les juridictions compétentes pour les violations graves du droit international et non des infractions dites de droit commun, dont le crime organisé. De plus, le Parquet européen, ni d'ailleurs l'UE, ne peuvent être considérés comme un État, au sens de l'EIMP[19]. Il en résulte que, en l'état actuel du droit, la Suisse ne peut pas accorder l'entraide au Parquet européen.

Une modification de l'EIMP est toutefois en cours[20]. Une consultation des milieux intéressés (cantons, partis politiques, etc.) a pris fin au début de l'année 2019 et un projet devrait être soumis au parlement prochainement. La modification a un champ d'application qui n'est pas limité au Parquet européen. Elle remédiera aux carences actuelles qui ont notamment pour conséquence que l'entraide au Tribunal spécial pour le Liban a dû être refusée par le passé. Elle permettra également de dissiper les doutes quant aux possibilités de coopération avec d'autres juridictions, tel le Mécanisme international, impartial et indépendant chargé d'enquêter sur les violations commises en Syrie, qui n'entre *a priori* pas non plus dans le champ de l'EIMP dans sa teneur actuelle.

S'agissant du Parquet européen, si le projet est adopté[21], la modification aura pour conséquence de permettre au Conseil fédéral d'étendre, par voie d'ordonnance, le champ de l'EIMP à des « institutions interétatiques ou supranationales exerçant des fonctions d'autorités pénales » pour autant, entre autres, que « la coopération contribue à la sauvegarde des intérêts de la Suisse » (nouvel art. 1 al. 3ter EIMP[22]). Cette dernière condition vise notamment les « objectifs de politique extérieure »[23] tels qu'énoncés à l'art. 54 al. 2 de la Constitution fédérale suisse, dont il ressort, entre autres, que la Confédération suisse « s'attache à préserver l'indépendance et la prospérité » de l'État. D'après les autorités suisses, « [e]n théorie, une coopération future avec le [P]arquet européen serait […] imaginable dans le cadre de l'art. 1, al. 3ter »[24].

IV. Conclusion

Du point de vue suisse, le Parquet européen est un organe judiciaire de poursuite d'une organisation supranationale dont la Suisse n'est pas membre. La coopération avec le Parquet européen relève de la coopération avec l'UE elle-même, quand bien même tous les États membres de l'UE n'y participent pas. Les quatre

possibilités offertes par le Règlement prêtent toutes le flanc à des critiques[25], même si la formulation de la disposition, arrêtée à un stade avancé des négociations, est sans doute la meilleure possible[26]. Seule la dernière option prévue par le Règlement semble envisageable, ceci pour autant que le droit suisse de l'entraide soit modifié. Au vu de l'importance des liens tissés entre l'UE et la Suisse, une coopération en matière pénale efficace entre le Parquet européen et la Suisse doit être mise en place : la nécessité de la coopération se comprend ainsi au futur. En revanche, sa faisabilité se pose, en l'état actuel, au conditionnel.

---

1. À ce propos en général, voir la contribution de N. Franssen, https://doi.org/10.30709/eucrim-2019-015.↩
2. Sur ces questions, voir S. Gless et T. Wahl, "Die Schweiz und das Europäische Strafrecht", in: Cassani et al., Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2017), (2018) 28 Swiss Review of International and European Law, 359, 368-369.↩
3. L'état des ratifications et déclarations par les États membres de l'UE est consultable sur <www.consilium.europa.eu> (consulté le 31 octobre 2019).↩
4. Considérant 109 du Règlement.↩
5. Dans ce sens N. Franssen, "The future judicial cooperation between the EPPO and third countries", (2019) 10 *New Journal of European Criminal Law*, 168, 180, qui estime toutefois que le travail prendrait des proportions herculéennes, sans garantie de résultat.↩
6. European Commission services, "Building cooperation in criminal matters with the European Public Prosecutor's Office (EPPO)", Non-paper, PC-OC (2019)05 du 20 mai 2019, p. 4.↩
7. N. Franssen, *op. cit*. (n. 5), 176.↩
8. Voir également considérant109 du Règlement.↩
9. La Suisse n'est pas partie au premier Protocole additionnel à la CEEJ.↩
10. C'est le cas des États limitrophes de la Suisse: l'Allemagne, l'Autriche, la France et l'Italie.↩
11. Voir la réserve de la Suisse concernant l'art. 2 CEEJ.↩
12. M. Ludwiczak Glassey, Entraide judiciaire internationale en matière pénale, Précis de droit suisse, 2018, N 711.↩
13. N. Franssen, op. cit. (n. 5), 178.↩
14. Considérant 109, *in fine*, du Règlement.↩
15. C. Sager, "Der Gegenrechtsgrundsatz im Rechtshilferecht – ein alter Zopf?", (2014) *Pratique juridique actuelle*, 224, 226-227; P. Popp, *Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, 2001, § 15 N 428.↩
16. Dans ce sens C. Sager, *op. cit*. (n. 15), 231-234.↩
17. Voir considérant 69 du Règlement. Sur la coopération entre le Parquet européen et Eurojust, voir A. Weyembergh et C. Brière, "Relations between the EPPO and Eurojust – Still a Privileged Partnership?", in: W. Geelhoed, L. H. Erkelens et A. W. H. Meij (éds), *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office*, 2018, pp. 171-186; C. Deboyser, "European Public Prosecutor's Office and Eurojust: 'Love Match or Arranged Marriage'?", in: L. H. Erkelens, A. W. H. Meij et M. Pawlik (éds), *The European Public Prosecutor's Office. An Extended Arm or a Two-Headed Dragon?*, 2015, p. 79, 90 ss.↩
18. S'agissant de la coopération avec la Cour pénale internationale, la Loi fédérale suisse sur la coopération avec la Cour pénale internationale est applicable, en complément des dispositions pertinentes du Statut de Rome.↩
19. Dans ce sens aussi U. I. Naves, *L'entraide pénale entre le Parquet européen et les États*, Mémoire de Master, Université de Genève, 2018, p. 33.↩
20. Office fédéral suisse de la justice (OFJ), Coopération avec des institutions pénales internationales, Communiqué du 28 septembre 2018, <www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2018/2018-09-28.html> (consulté le 31 octobre 2019).↩
21. Le texte adopté par le parlement peut être soumis au référendum populaire moyennant que 50'000 citoyens suisses ou huit cantons le demandent dans un délai de 100 jours, art. 141 al. 1 de la Constitution suisse.↩
22. Conseil fédéral suisse, Projet de modification de l'EIMP, <www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2019/2019-11-06/entw-f.pdf> (consulté le 6 novembre 2019).↩
23. OFJ, Modification de l'art. 1 EIMP – combler les lacunes dans le domaine de la coopération avec les institutions pénales internationale. Rapport explicatif relatif à l'avant-projet, 27 août 2018, p. 12, </www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-09-28/vn-ber-f.pdf> (consulté le 31 octobre 2019).↩
24. OFJ, *op. cit.* (n. 23), p. 13. Voir aussi Conseil fédéral suisse, Message concernant la révision de l'art. 1 de la loi sur l'entraide pénale internationale, p. 13 <www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2019/2019-11-06/bot-f.pdf> (consulté le 6 novembre 2019).↩
25. Selon N. Franssen, *op. cit.* (n. 5), 176, le fait de prévoir de multiples options montre un certain réalisme quant à l'impossibilité de mise en œuvre de certaines d'entre elles.↩
26. À ce propos, N. Franssen, *op. cit.* (n. 5), 184.↩

COPYRIGHT/DISCLAIMER
© 2019 The Author(s). Published by the Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law. This is an open access article published under the terms of the Creative Commons Attribution-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-ND 4.0) licence. This permits users to share (copy and redistribute) the material in any medium or format for any purpose, even commercially, provided that appropriate credit is given, a link to the license is provided, and changes are indicated. If users remix, transform, or build upon the material, they may not distribute the modified material. For details, see https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/.

Views and opinions expressed in the material contained in eucrim are those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the editors, the editorial board, the publisher, the European Union, the European Commission, or other contributors. Sole responsibility lies with the author of the contribution. The publisher and the European Commission are not responsible for any use that may be made of the information contained therein.

ABOUT EUCRIM
eucrim is the leading journal serving as a European forum for insight and debate on criminal and "criministrative" law. For over 20 years, it has brought together practitioners, academics, and policymakers to exchange ideas and shape the future of European justice. From its inception, eucrim has placed focus on the protection of the EU's financial interests – a key driver of European integration in "criministrative" justice policy.
Editorially reviewed articles published in English, French, or German, are complemented by timely news and analysis of legal and policy developments across Europe.
All content is freely accessible at https://eucrim.eu, with four online and print issues published annually.

Stay informed by emailing to eucrim-subscribe@csl.mpg.de to receive alerts for new releases.
The project is co-financed by the Union Anti-Fraud Programme (UAFP), managed by the European Anti-Fraud Office (OLAF).

Co-funded by
the European Union