

# Entraide internationale en matière pénale et transmission anticipée à l'État requérant

MAURICE HARARI et CORINNE CORMINBOEUF HARARI, avocats associés à Genève

## Plan

- I. Introduction
- II. Le principe général : la transmission d'informations ou de documents relevant du domaine secret n'intervient qu'au terme d'une procédure d'entraide
- III. Les exceptions au principe général
  - A. L'accès au dossier de la procédure d'entraide ou de la procédure nationale par l'État requérant
    1. L'accès à la procédure d'entraide
    2. L'accès à la procédure nationale
  - B. La participation de fonctionnaires étrangers aux mesures d'exécution (65a EIMP)
  - C. La transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations (art. 67a EIMP)
  - D. Les auditions par vidéoconférence
  - E. Le cas de l'agent infiltré
  - F. La transmission de données relatives au trafic informatique (Art. 18b EIMP)
  - G. La surveillance de la correspondance par poste et télécommunications (art. 18a EIMP)
- IV. Conclusion

## Bibliographie

S. BONDALLAZ, La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications, Zurich 2007 ; P. DE PREUX/C. WILHELM, La présence du magistrat étranger en Suisse dans la procédure d'entraide internationale en matière pénale, *in* SJZ 102/2006, p. 93 ss ; M. HARARI, L'évolution récente en matière pénale, *in* Récents développements en matière d'entraide civile, pénale et administrative, CEDIDAC 2004, p. 103 ss ; M. LUDWICZAK, A la croisée des chemins du CPP et de l'EIMP – la problématique de l'accès au dossier, *in* RPS 2015 p. 295 ss ; S. MÉTILLE, Les mesures de surveillance prévues par le CPP, *in* Jusletter 19.12.2011 ; L. MOREILLON/S. BLANK, La Surveillance policière et judiciaire des télécommunications par Internet, *in* Medialex 2004, p. 81 ss ; J. SCHNEIDER, Internet Service Provider im Spannungsfeld zwischen Fernmeldegeheimnis und Mitwirkungspflichten bei der Überwachung des E-Mail-Verkehrs über das Internet, *in* AJP/PJA 2005, p. 179 ss ; R. ZIMMERMANN, Communications d'informations et de renseignements pour les besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale : un paradigme perdu ?, *in* AJP/PJA 2007, p. 62 ss (cité : ZIMMERMANN, Communications) ; R. ZIMMERMANN, La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2015 (cité : ZIMMERMANN, La coopération).

## I. Introduction

Lorsque le Département de justice et police a demandé en 1991, en réponse à plusieurs interventions parlementaires relatives à la lenteur des procédures d'entraide internationale en matière pénale de proposer la révision de l'EIMP, une commission *ad hoc* a été constituée à cet effet.

C'est tout naturellement que Claude Rouiller, fort de son expérience de membre puis de Président de la 1<sup>re</sup> Cour de public du TF (ayant eu à trancher les questions relatives à la coopération internationale en matière pénale) a été inclus dans cette commission.

Il s'y révélera un membre très actif voire décisif sur certaines questions discutées.

Cette contribution a donc historiquement sa place dans l'hommage qui lui est rendu.

## II. Le principe général : la transmission d'informations ou de documents relevant du domaine secret n'intervient qu'au terme de la procédure d'entraide

1. Dans le domaine de l'entraide pénale en matière internationale, la transmission d'informations et de documents relevant du domaine secret à l'État requérant ne peut avoir lieu qu'au terme de la procédure, soit après que l'ensemble des décisions d'entrée en matière, d'exécution et de clôture aient été rendues et que les éventuels recours formés contre ces décisions aient été tranchés par les juridictions compétentes.

Il s'agit là d'un principe clef en matière d'entraide, régulièrement rappelé par le législateur, la doctrine, comme par la jurisprudence. Dans une contribution de 2007, ZIMMERMANN parlait à cet égard du « paradigme de la décision de clôture »<sup>1</sup>.

La notion de « domaine secret » n'est pas définie par le texte légal. Selon la doctrine, relèvent traditionnellement du domaine secret toute information constituant un secret protégé par la loi, tel que par exemple le droit de refuser de témoigner, le secret de fabrication, le secret des affaires ou le secret bancaire<sup>2</sup>.

2. Quelques exceptions à ce principe (absence de transmission *anticipée* à l'État requérant) ont toutefois été instituées au fil du temps. Le but de la présente contribution est, sans prétendre à l'exhaustivité, de les illustrer.

1 ZIMMERMANN, Communications, p. 64, il y rappelait le rôle « central » joué par la décision de clôture ainsi que le principe selon lequel le juge – dans le cadre d'un possible recours contre cette décision – a le « dernier mot ».

2 Cf. notamment ZIMMERMANN, La coopération, p. 420 et références citées.

Chacune de ces exceptions suppose une base légale claire et, dans chaque cas d'application, une pesée des intérêts en présence, conformément aux principes de *proportionnalité* et de *subsidiarité*.

3. Le corollaire de l'absence de transmission anticipée à l'État requérant tient à l'absence de recours – avant le stade de la clôture – contre les décisions incidentes rendues par l'autorité d'exécution (art. 80e al. 1 EIMP).

Cette absence de recours «incident» résulte de la volonté du législateur de 1996 d'accélérer la procédure d'entraide instituée en 1983 : en effet dans la mesure où l'État requérant n'est pas susceptible de recevoir les informations et ou documents qu'il requiert avant l'issue de la procédure d'entraide, il s'impose de veiller à la célérité de la procédure précédant la décision de clôture. Cette célérité est notamment assurée par la concentration des voies de recours à l'issue de la procédure. L'art. 80e al. 1 EIMP prévoit ainsi que peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, la décision de l'autorité cantonale ou fédérale d'exécution relative à la clôture de la procédure d'entraide et, conjointement, les décisions incidentes antérieures.

La seule exception réside à l'art. 80e al. 2 EIMP, selon lequel les décisions incidentes antérieures à la décision de clôture peuvent faire l'objet d'un recours *immédiat* en cas de préjudice immédiat et irréparable résultant (a) de la saisie d'objets ou de valeurs, ou (b) de la présence de personnes qui participent à la procédure à l'étranger.

4. Cette double exigence restrictive – soit la réalisation d'un préjudice immédiat et d'une situation particulière (saisie d'objets et de valeurs ou présence des représentant de l'autorité étrangère) – a posé des difficultés dans certains autres cas<sup>3</sup>, notamment lorsque des moyens de preuve ou des informations ont été transmis à l'État requérant *avant* la clôture de la procédure d'entraide. Ces difficultés ont été surmontées en élargissant la recevabilité du recours immédiat à ces situations particulières<sup>4</sup>.

3 Cf. notamment les ATF 126 II 495 et ATF 127 II 198.

4 Sur les dérogations à la lettre de l'art. 80e al. 2 EIMP, cf. notamment ZIMMERMANN, La coopération, n. 512, p. 511. À noter toutefois que, même lorsque les conditions de l'art. 80e al. 2 EIMP sont remplies, un recours au Tribunal fédéral est en principe irrecevable (art. 93 al. 2 LTF), sous réserve des cas relatifs à la saisie d'objets ou de valeurs (Art. 93 al. 2 LTF *in fine*), ou encore de quelques rares situations où le Tribunal fédéral a considéré que la décision incidente querellée avait les mêmes effets qu'une décision de clôture (Cf. notamment TF 1C\_545/2013 du 11 juillet 2013).

### III. Les exceptions au principe général

#### A. L'accès au dossier de la procédure d'entraide ou de la procédure nationale par l'État requérant

##### 1. L'accès à la procédure d'entraide

5. En règle générale, l'État requérant n'est pas partie à la procédure d'entraide. Ce principe est régulièrement rappelé par la jurisprudence, laquelle souligne que, de ce fait, l'État requérant n'a aucun accès au dossier de la procédure et n'est pas susceptible de participer à la procédure de recours.

6. Il est par ailleurs interdit à l'autorité d'exécution suisse de communiquer à l'État requérant des copies de tout ou partie des décisions rendues dans le cadre de la procédure d'entraide ou encore des écritures des parties et ce, même à l'issue de la procédure<sup>5</sup>. La personne touchée par l'exécution d'une décision d'entraide ne serait en effet plus à même de se défendre efficacement contre l'octroi de l'entraide, si toute pièce sur laquelle elle entendait fonder ses moyens d'opposition était susceptible d'être transmise à l'étranger<sup>6</sup>.

7. Des exceptions ont toutefois été admises par le passé à de rares occasions lorsque l'État requérant s'est vu reconnaître la qualité de *lésé* au sens de l'art. 21 al. 2 EIMP, et, partant, le droit de consulter le dossier (art. 80b EIMP).

En effet, selon la jurisprudence, l'État requérant peut exceptionnellement être invité à participer à la procédure, à la double condition qu'il rende vraisemblable a) avoir subi une atteinte à son patrimoine en raison des infractions commises et surtout b) que sa participation ne soit pas susceptible de conduire à la prise de connaissance prématurée d'informations relevant du domaine secret.

On peut penser que tel est le cas lorsque l'ensemble des informations et documents relevant du domaine secret ont d'ores et déjà été communiqués à l'État requérant dans le contexte d'une clôture partielle de la procédure et que seule reste litigieuse la question de la remise d'objets ou de valeurs saisis à la demande de l'État requérant.

En revanche, lorsque la transmission d'une partie de la documentation bancaire demeure encore litigieuse, la participation à la procédure de l'État requérant doit être refusée<sup>7</sup>. Il en va de même s'agissant de tout autre lésé que l'État requérant car, selon le TF : *« reconnaître d'emblée et inconditionnellement la qualité de partie au lésé présente le risque de voir celui-ci prendre connaissance prématurément d'éléments que l'autorité suisse, pour l'une ou l'autre raison*

5 ATF 115 Ib 193, JdT 1991 IV 55 ; TPF RR.2009.269 du 3 août 2010 ; TPF RR.2010.255 du 8 juin 2011 ; TPF RR.2014.92 du 3 septembre 2014 ; pour de rares exceptions – au demeurant difficilement justifiables – à ce principe, cf. HARARI, p. 120 s.

6 TPF RR.2013.96 du 6 septembre 2013.

7 Cf. sur ces questions ATF 125 II 411 et les références citées ainsi que ATF 129 II 453.

qui vient d'être évoquée, pourrait en fin de compte, ne pas transmettre à l'État requérant »<sup>8</sup>.

## 2. L'accès à la procédure nationale

8. Le respect du principe selon lequel l'État requérant ne saurait être autorisé à accéder prématurément aux informations dont il requiert la remise par la voie de l'entraide a également conduit à l'adoption jurisprudentielle de modalités particulières lorsque la procédure d'entraide est « parallèle » à une procédure pénale nationale suisse, dans le cadre de laquelle l'État requérant se voit reconnaître la qualité de lésé et partant la qualité de partie plaignante.

9. Les arrêts de principe qui ont permis de dégager les notions de base ont été rendus dans le contexte de l'affaire ABACHA<sup>9</sup>.

Dans ce contexte le Tribunal fédéral a tout d'abord retenu (pour la première fois) que lorsque les procédures d'entraide et pénale sont à ce point liées qu'elles en deviennent « indistinctes »<sup>10</sup>, l'octroi illimité à l'État requérant/partie plaignante du droit de consulter le dossier de la procédure pénale est de nature à compromettre la finalité de la procédure d'entraide, voire à la vider de son objet.

Dans un second temps, le TF a relevé que si des modalités particulières – moins incisives que la suppression pure et simple de tout accès au dossier – étaient envisageables, il convenait toutefois de restreindre le droit d'accès au dossier prévu par le code de procédure pénale dans toute la mesure nécessaire à préserver l'objet de la procédure d'entraide<sup>11</sup>.

10. Depuis lors, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral rappelle ces principes que ce soit lorsque la partie plaignante est un État, une entité semi-publique ou proche du pouvoir, ou même lorsqu'il s'agit d'une entité ou personne privée indépendante<sup>12</sup>.

C'est une analyse au cas par cas qui doit alors être opérée pour permettre aux autorités de poursuite pénale de concilier les exigences de l'entraide judiciaire et le droit des parties à la procédure pénale<sup>13</sup> en tenant compte de l'ensemble des circonstances, notamment du risque effectif d'une transmission prématurée. Des modalités spécifiques doivent être ainsi mises en place sous le

8 ATF 127 II 104.

9 ATF 127 II 198 et SJ 2002 I 171 ; cf. également sur ce sujet : LUDWICZAK, p. 295 et ss.

10 ATF 127 II 198 consid. 4b.

11 ATF 127 II 198 consid. 4c.

12 Cf. notamment TF 1A.63/2004 du 17 mai 2004 ; dans ce type de situation, il existe en effet un risque concret que la personne communique les pièces obtenues en Suisse à l'État étranger dans lequel une procédure pénale est ouverte. Cf. également TPF BB.2012.194 du 2 juillet 2013 et TPF BB.2014.73 du 16 juillet 2014.

13 Pour des cas récents, cf. TF 1C\_368/2014 du 7 octobre 2014 ; TF 1B\_457/2013 du 28 janvier 2014 et TF 1B\_364/2013 du 6 janvier 2014.

contrôle des juridictions compétentes en matière pénale en prenant en compte les règles en matière d'entraide<sup>14</sup>.

11. Cela peut aller jusqu'à la suspension complète du droit de consulter le dossier avant le prononcé d'une ordonnance de clôture (le cas échéant de plusieurs ordonnances de clôture partielles) permettant ainsi au fur et à mesure de l'évolution de la procédure d'entraide un élargissement de l'accès au dossier de la procédure pénale nationale.

Alternativement, la jurisprudence fédérale<sup>15</sup> a parfois autorisé un accès restreint au dossier en autorisant la seule lecture, sans pouvoir lever de copies (mais parfois avec possibilité de prendre des notes) couplée à un engagement de ne pas faire usage des informations obtenues dans le cadre de la procédure étrangère, qui doit en principe être formalisé par un document signé par les représentants de l'État étranger.

Pour des raisons évidentes, un tel engagement ne peut en revanche être requis lorsque la partie plaignante est distincte de l'État requérant. Dans ces cas, la jurisprudence tend à interdire tant la prise de copies, que la prise de notes. Le Tribunal fédéral a exclu la formule consistant à autoriser les avocats de la partie plaignante à lever copie du dossier couplée à une interdiction de remettre des documents à leur mandant<sup>16</sup>.

12. À noter que de manière surprenante, tout en interdisant à l'État requérant d'utiliser dans sa procédure à des fins de poursuite des informations prématurément obtenues, certains arrêts ont autorisé l'utilisation desdites informations en vue de l'envoi de commissions rogatoires à la Suisse ou auprès d'États tiers. La justification tiendrait à la volonté de ne pas porter « atteinte à la souveraineté de l'État étranger » « dans la conduite de ses relations internationales » par une décision « unilatérale » de l'autorité suisse<sup>17</sup>.

Outre le fait que ces arrêts sont en contradiction tant avec le texte de l'art. 65a EIMP qu'avec la jurisprudence y relative<sup>18</sup>, ils aboutissent à un résultat contraire au principe qu'ils énoncent, puisqu'ils autorisent en réalité l'État

14 Ce qui soulève des problèmes procéduraux relativement complexes s'agissant des voies de recours contre les décisions rendues à cet égard. Cf. notamment ATF 139 IV 292 et ATF 139 IV 301.

15 Cf. note 11.

16 TF 1B\_547/2012 du 26 février 2013.

17 TF 1A.157/2001 du 7 décembre 2001 consid. 5b/dd; TPF RR.2012.56 du 8 juin 2012 consid. 3.3; dans le même sens, mais s'agissant de l'art. 65a EIMP, ZIMMERMANN, Communication, p. 65.

18 L'alinéa 3 de l'art. 65a EIMP exclut que des faits ressortissant au domaine secret soient portés à la connaissance de l'autorité requérante avant que l'autorité compétente n'ait statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide. La jurisprudence relative à l'art. 65a EIMP interdit en tout état la prise de notes ou à tout le moins ne l'autorise qu'à la condition que les prise de notes soient conservées par l'autorité d'exécution jusqu'à la fin de la procédure d'entraide, excluant par ailleurs la possibilité d'utiliser les informations obtenues pour l'envoi

requérant à utiliser les informations obtenues prématurément avant que la clôture de la procédure d'entraide n'ait eu lieu.

Il est vrai que, ces dérogations ont été circonscrites à la recherche de fonds spoliés, ce qui pourrait se comprendre sous l'angle du principe de la proportionnalité.

Il n'en reste pas moins que la motivation de ces arrêts - ne pas porter atteinte à la souveraineté de l'État étranger - apparaît bien peu convaincante, tant il est vrai que l'exercice des droits de la partie plaignante dans une procédure nationale relève avant tout de la souveraineté suisse. Rien n'empêche donc l'autorité d'exécution suisse de soumettre - en principe temporairement - l'accès au dossier à des conditions strictes (le cas échéant à la signature de garanties formelles), afin de préserver les intérêts en présence dans le cadre de la procédure d'entraide parallèle et notamment dans ce contexte interdire à l'État requérant/partie plaignante toute utilisation et *a fortiori* toute divulgation des informations prématurément obtenues. Rien n'empêche non plus l'autorité d'exécution suisse, si cela relève de sa compétence et paraît nécessaire à la conduite de son dossier, d'adresser elle-même une commission rogatoire à un État étranger.

Par ailleurs, l'envoi par l'État requérant de commissions rogatoires - à la Suisse comme à des États tiers - relève certes de la « souveraineté étrangère » ; mais à l'évidence, pas plus que la continuation de la poursuite pénale sur le plan interne dans l'État requérant. Faire la différence entre des démarches conduites sur le plan international (envoi de commissions rogatoires) et sur le plan interne (auditions, détention préventive, etc.) par l'État requérant se justifie donc difficilement lorsqu'en toute hypothèse l'ensemble de ces démarches a pour seul et unique but de servir les intérêts de la poursuite pénale dans l'État requérant<sup>19</sup>.

## B. La participation de fonctionnaires étrangers aux mesures d'exécution (65a EIMP)

13. Selon l'art. 65a EIMP<sup>20</sup> (adopté lors de la modification de l'EIMP entrée en force le 1<sup>er</sup> février 1997) lorsque l'État requérant le demande en vertu de son propre droit, les personnes qui participent à la procédure à l'étranger peuvent être autorisées à assister aux actes d'entraide et à consulter le dossier.

14. Alors qu'initialement le législateur avait prévu une application « exceptionnelle » de cette norme qui ne devait pas devenir « la règle »<sup>21</sup>, la jurisprudence en admet depuis plusieurs années une large application. Le motif tient au fait

de nouvelles commissions rogatoires à la Suisse (cf. LUDWICZAK, p. 299 et 300 et références citées, notamment TPF RR.2010.181 du 26 août 2010). Cf. également ci-après § 17 et note 26.

19 Sur ce thème, cf. LUDWICZAK, p. 309 et 310.

20 Cf. également l'art. IV CEEJ et l'art. 2 du protocole additionnel à la CEEJ.

21 Message du Conseil fédéral du 29 mars 1995 in FF 1995 III 1 ss, p. 23.

qu'elle serait de nature à faciliter considérablement l'exécution de la demande d'entraide (notamment au niveau du tri des pièces saisies) dans la mesure où l'autorité étrangère sait mieux que quiconque ce qui sera nécessaire pour sa propre enquête<sup>22</sup>.

15. Dans « personne participant à la procédure à l'étranger », il convient d'inclure le ou les magistrats qui traitent le dossier sur le plan pénal, les personnes qui les représentent, l'inculpé ou l'accusé, de même que, le cas échéant, leur mandataire respectif<sup>23</sup>.

16. Nonobstant le libellé – susceptible de prêter à confusion – de l'art. 65a al. 3 EIMP, la participation des représentants de l'autorité étrangère à l'exécution de la procédure d'entraide a *de facto* pour conséquence que des faits ressortissant au domaine secret sont portés à la connaissance de l'autorité étrangère avant que l'autorité compétente n'ait statué sur l'octroi et l'étendue de l'entraide.

Pourtant, cette norme n'a pas pour but de procurer à l'État étranger l'obtention plus rapide d'informations<sup>24</sup>, mais bien de rendre la coopération plus simple et plus complète.

Pour atteindre son but, la norme suppose dès lors l'adoption de modalités particulières visant à pallier le risque que l'État étranger n'utilise les données auxquelles il a eu prématurément accès<sup>25</sup>.

17. À cet égard, la jurisprudence a notamment souligné que les renseignements obtenus ne peuvent d'aucune manière être utilisés avant la clôture de la procédure d'entraide, même pour formuler une nouvelle requête d'entraide à la Suisse. Autoriser l'utilisation des informations obtenues pour motiver une nouvelle commission rogatoire reviendrait en effet – outre à constituer une claire violation de l'art. 65a al. 3 EIMP – à conduire à une « divulgation incontrôlée » des informations puisque celles-ci seraient susceptibles d'être connues de toute personne accédant au dossier de la procédure pénale dans l'État requérant<sup>26</sup>.

L'envoi d'une nouvelle commission rogatoire doit se distinguer toutefois des compléments de requête formulés par les représentants de l'autorité requérante à l'occasion de leur déplacement en Suisse (cf. art 26 al. 2 OEIMP), qui sont autorisés.

22 ATF 130 II 14; TF 1A.259/2005 du 15 novembre 2005; ZIMMERMANN, Communication, p. 64 évoque même un quasi « droit » de l'État requérant.

23 Message du Conseil fédéral FF 1995 III 1 ss, p. 23; TPF RR.2013.277 consid. 2.3.3 du 13 décembre 2013.

24 LUDWICZAK, p. 298.

25 Pour une analyse approfondie, cf. LUDWICZAK, p. 298 et ss. et DE PREUX/WILHELM, p. 97.

26 TF 1A.209/2006 du 7 novembre 2006.

18. Il incombe à l'autorité d'exécution d'obtenir par écrit de chacune des personnes participant à la procédure à l'étranger des garanties très claires quant à leur engagement de ne pas utiliser de manière prématurée, dans le cadre de la procédure à l'étranger, les informations qu'elles seront immanquablement amenées à connaître dans le cadre de leur participation à la procédure d'entraide. L'obtention de copies des pièces ou même la prise de notes lors du tri des documents est par ailleurs en principe proscrite<sup>27</sup>.

Les garanties signées par les participants à la procédure à l'étranger s'agissant de la non-utilisation des informations prématurément obtenues avant l'issue de la procédure d'entraide restent valables jusqu'à l'issue de cette procédure.

C. La transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations  
(art. 67a EIMP)

19. Selon l'art. 67a EIMP (également adopté lors de la modification de l'EIMP entrée en force le 1<sup>er</sup> février 1997), l'autorité de poursuite pénale suisse peut transmettre spontanément à une autorité étrangère des moyens de preuve qu'elle a recueillis au cours de sa propre enquête lorsqu'elle estime cette transmission de nature à permettre d'ouvrir une procédure pénale dans l'État requérant ou encore à faciliter le déroulement d'une enquête en cours.

20. Une telle transmission est toutefois exclue s'agissant de moyens de preuve qui touchent au domaine secret. Dans cette hypothèse, des informations peuvent tout au plus être fournies si elles sont de nature à permettre de présenter une demande d'entraide à la Suisse.

21. À l'époque de l'adoption de cette norme, le législateur soulignait que le recours à cette disposition devait être opéré « avec réserve », son but n'étant ni d'encourager la délation, ni de permettre un flux incontrôlé d'informations vers l'étranger<sup>28</sup>. Dans ce cadre, la jurisprudence a été amenée à préciser un certain nombre de conditions.

27 ATF 131 II 134 consid. 2.2.; TF 1A.125/2005 du 15 mai 2007 consid. 3.3.3; TF 1A.215/2006 du 7 novembre 2006 consid. 1.3. A noter que s'agissant de la prise de notes, la jurisprudence s'est assouplie dans le sens où celle-ci peut être autorisée, à la condition que les notes prises restent en possession de l'autorité d'exécution jusqu'à la clôture de la procédure d'entraide (cf. LUDWICZAK, p. 299 et 300 et références citées, notamment TPF RR.2010.181 du 26 août 2010). Cf. également TPF RR.2014.38 du 7 mai 2014 où le TPF annule une décision incidente autorisant les représentants de l'autorité requérante à lever copie de certains actes de la procédure. Cf. encore TF 1C\_368/2014 du 7 octobre 2014 dans lequel le Tribunal fédéral évoque – sans la régler – la question des affidavits établis sur la base de la lecture du dossier.

28 FF 1995 III 1 ss, p. 25.

22. Tout d'abord<sup>29</sup>, le but de la transmission spontanée est de permettre l'envoi d'une commission rogatoire aux autorités suisses. L'utilisation des informations obtenues pour tout autre but est exclue avant l'issue de la procédure d'entraide. En particulier, la communication des autorités suisses comportant un certain nombre d'informations ne peut pas être utilisée dans le but d'accuser pénalement une personne dans l'État requérant.

L'attention de l'autorité étrangère doit être expressément attirée sur ces points dans la communication initialement faite.

Ensuite, la transmission spontanée de renseignements à l'État étranger doit être formalisée dans un procès-verbal conformément à l'art. 67 al. 6 EIMP<sup>30</sup>.

23. Enfin, selon la jurisprudence, la transmission d'informations portant sur le domaine secret devrait être opérée avec « circonspection ». Force est de constater cependant qu'en pratique, l'envoi de données est relativement étendu ; le Tribunal fédéral ayant notamment avalisé l'envoi d'un tableau synoptique comportant le nom des prévenus, leur date de naissance, leur état civil, des indications sur leur situation professionnelle, les références de leurs comptes bancaires ainsi que les montants saisis. De plus le tableau mentionnait l'identité des titulaires d'une procuration sur le compte ainsi que les numéros des procédures suisses les concernant<sup>31</sup>.

24. Qui plus est, l'exigence de l'existence d'une procédure pénale en Suisse dans le cadre de la transmission spontanée d'informations à l'étranger a elle-même été relativisée par la jurisprudence du TF. C'est ainsi que celle-ci autorise la transmission spontanée d'informations après une simple dénonciation LBA, même si celle-ci n'a pas entraîné l'ouverture formelle d'une procédure pénale suisse<sup>32</sup>.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a en effet retenu que l'existence de *souçons* permettant d'envisager l'ouverture d'une telle procédure était suffisante à justifier une communication spontanée fondée sur l'art. 67a EIMP même si, finalement, le Ministère public fédéral ou cantonal renonce à l'ouverture d'une procédure.

En revanche, l'envoi d'une communication spontanée n'est plus possible dès que les autorités suisses ont été saisies d'une requête d'entraide de l'État requérant<sup>33</sup>.

29 ATF 139 IV 137.

30 TPF RR.2010.252 du 27 janvier 2011.

31 ATF 139 IV 137. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que la communication de ces renseignements devait être considérée comme une « information » et non comme « un document officiel » émanant des autorités suisses, susceptibles de constituer un moyen de preuve.

32 TF 1C\_126/2014 du 16 mai 2014.

33 ATF 129 II 544 consid. 3 ; ATF 130 II 236 consid. 6.2 ; ZIMMERMANN, Communication, p. 65.

D. Les auditions par vidéoconférence

25. Dans l'ATF 131 II 132 (entraide avec l'Inde), le Tribunal fédéral a été amené à examiner la compatibilité de l'audition de témoins par vidéoconférence avec les principes applicables en matière d'entraide.

26. La vidéoconférence telle qu'envisagée dans le cas d'espèce prévoyait que les témoins seraient directement entendus par le juge étranger, lors du procès au fond, sans aucun droit de contrôle et d'intervention de l'autorité d'exécution suisse. Toute procédure de tri était exclue, et aucune protection juridique n'était prévue pour les éventuels ayants droit – dont le cercle ne pouvait être définitivement fixé qu'à l'issue de l'audition – en fonction des renseignements donnés par les témoins. La procédure suivie n'offrait par ailleurs aucune garantie du point de vue du principe de la spécialité, puisque les informations transmises seraient accessibles à toutes les personnes présentes au procès.

Le Tribunal fédéral a retenu que les particularités d'une telle audition n'étaient pas compatibles avec l'art. 65a EIMP. Il a considéré dès lors qu'une telle audition apparaissait impossible sur la seule base de l'EIMP, de sorte que l'entraide devait être rejetée dans le cas d'espèce.

27. Dans ce même arrêt, le Tribunal fédéral a toutefois relevé que dès l'entrée en vigueur pour la Suisse du Deuxième protocole additionnel à la CEEJ<sup>34</sup>, la Suisse ne pourrait plus refuser à un État *partie* l'exécution d'une vidéoconférence, compte tenu de l'art. 9 dudit protocole.

Le TF a encore indiqué que le principe selon lequel aucun renseignement utilisable par l'autorité requérante ne doit parvenir à celui-ci avant l'entrée en force de la décision de clôture s'appliquerait également en la matière – sauf à ce qu'un traité spécifique prévienne le contraire – et partant qu'il y aurait lieu d'aménager la procédure d'entraide de manière à tenir compte de cette condition.

28. Dans un arrêt plus récent relatif à un cas d'entraide entre la Suisse et l'Italie<sup>35</sup>, le Tribunal pénal fédéral a retenu les règles suivantes s'agissant de l'audition par vidéoconférence :

- L'audition du prévenu ne peut intervenir qu'avec son accord et pour autant qu'il puisse bénéficier du droit d'être assisté par un avocat ;
- En cas d'audition de témoins par vidéoconférence, la personne poursuivie à l'étranger doit pouvoir recourir aux mêmes conditions que celles prévues en cas d'audition par l'autorité d'exécution suisse. ;

34 Entré en force pour la Suisse le 1<sup>er</sup> février 2005.

35 TPF RR.2014.163 du 24 juillet 2014 (TPF 2016 60, traduit au JdT 2015 IV 310) dans le cadre duquel il a été fait application de l'art. VI de l'accord bilatéral entre la Suisse et l'Italie, cette dernière n'ayant pas ratifié le Deuxième protocole additionnel la CEEJ ; cf. également TPF 2011 124 du 15 juillet 2011.

- La procédure suisse doit comporter trois phases distinctes : (1) une ordonnance d'entrée en matière qui autorise l'audition par vidéoconférence doit être rendue (2) l'exécution de cette décision (en prenant les mesures appropriées pour éviter que l'État requérant n'utilise de manière prématurée les informations obtenues) et (3) une décision de clôture contre laquelle les personnes ayant qualité pour recourir peuvent le faire.

En l'occurrence, la décision querellée prononçait la clôture de la procédure au stade de l'exécution déjà. Considérant qu'elle violait les principes précités, le Tribunal pénal fédéral l'a donc annulée et a retourné le dossier à l'autorité suisse pour une nouvelle décision selon les principes précités.

29. Force est de constater par ailleurs qu'à ce jour l'utilisation de la vidéoconférence comme mesure d'entraide en matière pénale continue de soulever des problèmes de compatibilité avec le système juridique en place en Suisse, en particulier lorsque l'audition intervient au stade de la phase de jugement<sup>36</sup>.

#### E. Le cas de l'agent infiltré

30. Il n'en va pas différemment de la participation d'un agent infiltré lors d'investigations secrètes menées en Suisse à la requête de l'autorité étrangère.

31. Selon le texte de l'art. 285a CPP, « *il y a investigation secrète lorsque des membres d'un corps de police ou des personnes engagées à titre provisoire pour accomplir des tâches de police nouent de manière trompeuse, sous le couvert d'une fausse identité attestée par un titre (identité d'emprunt), des contacts avec des individus dans l'intention d'instaurer avec eux une relation de confiance et d'infiltrer un milieu criminel afin d'élucider des infractions particulièrement graves* ».

32. En effet, en procédure pénale suisse, l'investigation secrète est soumise à des conditions très restrictives (répression d'infractions graves énoncées exhaustivement, application des principes de la proportionnalité et de la subsidiarité de la mesure, contrôle judiciaire) énoncées aux art. 286 et ss CPP. Elle constitue en toute hypothèse l'*ultima ratio*.

33. Dans l'ATF 132 II 1<sup>37</sup> (entraide avec les Pays Bas), le Tribunal fédéral, après avoir retenu que le législateur n'avait pas exclu par un silence qualifié l'application des normes relatives à l'investigation secrète dans le cadre de l'entraide judiciaire, a néanmoins relevé – à juste titre – que l'intervention d'agents infiltrés dans le cadre de l'entraide judiciaire internationale était particulièrement

36 Cf. à cet égard ZIMMERMANN, Communications, p. 68, lequel relevait que l'audition au stade de l'instruction (par opposition à l'audition au stade du jugement) est celle qui s'accorde le mieux, ou à tout le moins « le moins mal », au schéma classique de l'entraide en Suisse.

37 Cf. aussi SJ 2006 I p. 26.

problématique notamment parce que le flux d'informations entre l'agent et son supérieur n'était pas contrôlable.

Le concept même de l'agent infiltré rend par ailleurs illusoire la distinction entre décision d'exécution et décision de clôture puisque l'on voit mal ce qui distinguerait l'une de l'autre<sup>38</sup>.

Partant, le Tribunal fédéral a conclu que cette intervention remettait en question le principe fondamental d'après lequel aucun renseignement utilisable par l'autorité requérante ne doit lui parvenir avant l'entrée en force de la décision de clôture.

C'est pourquoi, se fondant notamment sur les principes établis dans l'ATF 131 II 132 précité, le Tribunal fédéral a considéré qu'il se justifiait de n'admettre cette mesure d'entraide qu'en faveur des États avec lesquels il existait une relation de confiance privilégiée, et plus précisément, les États avec lesquels la conclusion d'un traité international réglant les modalités d'une telle intervention avait été conclu.

À cet égard, le Tribunal fédéral a relevé que le Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale – auquel la Suisse est partie – pouvait constituer un tel traité. En l'occurrence, l'État requérant, soit les Pays-Bas n'ayant pas encore ratifié ce texte, le Tribunal fédéral a considéré que c'était à juste titre que l'entraide judiciaire avait été refusée.

**34.** À la connaissance des auteurs, aucune décision judiciaire n'a depuis lors été rendue en la matière avec un État signataire dudit protocole.

#### F. La transmission de données relatives au trafic informatique (Art. 18b EIMP)

**35.** En 2000, le Tribunal fédéral a rappelé que l'identification des participants à des conversations téléphoniques représente une atteinte au secret des télécommunications et doit donc satisfaire aux conditions posées à cet égard par la Constitution et par la loi. Il a également jugé que le secret des télécommunications, garanti par la Constitution, valait aussi pour les communications par e-mail au moyen d'Internet et que la recherche et l'édition de données techniques relatives à ces communications nécessitaient elles aussi une base légale et devaient être approuvées par le juge<sup>39</sup>.

**36.** Par le passé, la base légale matérielle pour les mesures de surveillance se trouvait dans la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 6.10.2000 (LSCPT, RS 780.1) et l'ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication du 31.10.2001 (OSCPT, RS 780.11) lesquels réglaient les conditions auxquelles il était possible d'empiéter sur le secret des télécommunications et les obligations qui

38 ZIMMERMANN, La coopération, p. 443.

39 ATF 126 I 50; J. SCHNEIDER, p. 179.

incombent aux fournisseurs d'accès à Internet en relation avec la surveillance des télécommunications.

Dans l'ATF 133 IV 271, le Tribunal fédéral a retenu que la communication aux autorités étrangères des ressources d'adressage Internet (soit en l'occurrence le nom de l'utilisateur, son numéro de téléphone et son adresse), à l'exclusion des données dites secondaires et en particulier du contenu des communications<sup>40</sup>, ne constituait pas une mesure *d'entraide judiciaire en matière pénale*, mais une mesure de *coopération policière*, laquelle pouvait être opérée dans le cadre de la procédure simplifiée de l'art. 14 LSCPT.

37. Le CPP, entré en force le 1<sup>er</sup> janvier 2011, incorpore désormais l'ensemble des règles applicables en matière de mesures de surveillance aux articles 269 et ss CPP, lesquelles imposent notamment le contrôle judiciaire des mesures ordonnées qu'elles portent sur le trafic, la facturation ou le contenu (surveillance en temps réel)<sup>41</sup>.

38. En parallèle, la signature (et la ratification) par la Suisse de la Convention du conseil de l'Europe sur la cybercriminalité (RS 0.311.43)<sup>42</sup> a comporté la création et l'entrée en force (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012) de l'art. 18b EIMP.

En vertu de cette dernière disposition, l'autorité fédérale ou cantonale chargée de traiter une demande d'entraide peut désormais ordonner la transmission à l'étranger de données relatives au trafic informatique avant la clôture de la procédure d'entraide dans les cas suivants<sup>43</sup> :

- a) « *Les mesures provisoires font apparaître que la source de la communication faisant l'objet de la demande d'entraide se trouve à l'étranger* » (18b lit. a) EIMP),
- b) « *Ces données sont recueillies par l'autorité d'exécution en vertu d'un ordre de surveillance en temps réel qui a été autorisé selon les dispositions prévues aux articles 269 à 281 CPP* » (18b lit. b) EIMP).

Sont des données relatives au trafic, l'ensemble des données relatives aux ressources d'adressage de l'origine de l'accès, la date et l'heure du début et de la fin de la connexion, les données utilisées pour la procédure d'identification (*login*) et le type de connexion<sup>44</sup>.

40 On distingue traditionnellement trois types de données soit les données relatives aux abonnés (par exemple identité de l'abonné, information sur les paiements; art. 14 LSCPT, 18 al. 3 CCC) les données relatives au trafic (lesquelles comprennent également les données relatives à la connexion intervenue; art. 273 CPP, art. 1 let. d CCC) et les données relatives au contenu de l'échange intervenu (cf. ATF 141 IV 108, JdT 2015 IV 207 consid. 6).

41 Cf. notamment MÉTILLE.

42 Cf. notamment MOREILLON/BLANK, p. 81 ss.

43 Message du Conseil fédéral du 18 juin 2010, FF 2010 4275 ss, p. 4310.

44 Message du Conseil fédéral du 18 juin 2010, FF 2010 4275 ss, p. 4317 note 229 et référence citée: BONDALLAZ, n. 1821 et 1823 p. 518; cf. également art. 273 CPP et ATF 141 IV 108, JdT

Les données ainsi transmises peuvent être immédiatement utilisées par l'autorité requérante dans le cadre de son enquête.

Cela étant, en aucun cas ces données ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve avant que la décision sur l'octroi et l'entendue de l'entraide n'ait acquis force de chose jugée.

39. L'adoption de l'art. 18b EIMP constitue une dérogation importante aux principes généralement applicables en matière d'entraide, dans la mesure où cette norme autorise une utilisation immédiate – à des fins d'enquête – des données transmises avant la clôture de la procédure d'entraide et ce avant même que la personne concernée ait eu connaissance de la mesure dont elle a fait l'objet<sup>45</sup>.

Une telle manière de faire est toutefois rendue nécessaire par les besoins de la lutte contre la cybercriminalité laquelle suppose, pour être efficace, à la fois discrétion et rapidité afin de pouvoir remonter à la source de la communication et identifier l'auteur de l'infraction ou localiser des preuves décisives. En outre, les données informatiques peuvent transiter entre différents pays de manière quasi-instantanée et ne font généralement pas l'objet de stockages durables, ceux-ci dépassant rarement quelques mois. Seule la prise de mesures provisoires rapides, se doublant d'une transmission de données aussi diligente que possible à l'autorité requérante, est susceptible de garantir l'efficacité des mesures d'investigations<sup>46</sup>.

C'est en raison de cette nécessité que le législateur a adopté l'art. 18b EIMP afin de permettre la transmission à l'étranger d'éléments relatifs au domaine secret et leur utilisation immédiate en vue de procéder à des actes d'enquêtes complémentaires voire à l'envoi de commissions rogatoires à d'autres États, ce avant même que les mesures en question soient notifiées à leurs titulaires et partant qu'une décision de clôture susceptible de recours ne soit rendue.

40. La pesée des intérêts divergents en présence entre les garanties offertes (en principe) par l'EIMP, d'une part, et la volonté de garantir l'entraide internationale, d'autre part, ont conduit le législateur à fixer un certain nombre de limites soit :

- tout d'abord, la possibilité offerte par 18b EIMP est limitée aux données relatives au trafic à l'exclusion de toute autre donnée.

2015 IV 207 consid. 6.

45 Cf. à cet égard Message du Conseil fédéral du 18 juin 2010, FF 2010 4275 et ss, p. 4314 : « Selon le droit actuel, les données relatives au trafic relèvent du domaine secret, sont récoltées de manière secrète et nécessitent une décision de clôture avant d'être transmise. Le nouvel art. 18b EIMP crée la possibilité de transmettre immédiatement ces données à l'étranger, notamment sans procéder à une notification de décision à la personne concernée en Suisse, ce qui par conséquent, ne met pas non plus l'enquête étrangère en danger. »

46 Message du Conseil fédéral du 18 juin 2010, FF 2010 4275 ss, p. 4309 et 4310.

C'est ainsi que le législateur a clairement exclu que les facilités de l'art. 18b EIMP puissent s'étendre aux données relatives au contenu, et ce en des termes très clairs : « *Au sens du nouvel art. 18b EIMP, seules les données relatives au trafic informatique peuvent être communiquées à l'étranger avant la clôture d'une procédure. Les données relatives au contenu ne peuvent pas l'être. Donc, selon l'art. 30 al. 1 EIMP<sup>47</sup>, les autorités suisses ne pourront pas demander à l'étranger de leur transmettre précocement des données relatives au contenu.* »<sup>48</sup> ;

- la mesure de surveillance doit recueillir l'autorisation d'un tribunal indépendant au sens de l'art. 272 CPP (art. 18b litt. b *in fine* EIMP) ;
- les données transmises peuvent être utilisées uniquement à des fins d'enquête dans l'État requérant mais ne peuvent pas être utilisées comme moyens de preuve avant la clôture de la procédure d'entraide et l'autorisation communiquée à cet effet par l'État requis. Le cas échéant, si un recours devait être admis, les informations d'ores et déjà communiquées devront être écartées du dossier étranger. La transmission est soumise au contrôle immédiat de l'OFJ (art. 18b al. 3 EIMP).

41. À notre connaissance il n'existe à ce jour aucune jurisprudence mettant cette norme en œuvre.

#### G. La surveillance de la correspondance par poste et télécommunications (art. 18a EIMP)

42. La surveillance de la correspondance par poste et télécommunications dans le cadre de l'entraide internationale en matière pénale est prévue par l'art. 18a EIMP. L'ordre de surveillance est soumis à l'approbation des autorités désignées par l'art. 18a al. 3 EIMP ainsi qu'aux conditions des articles 269 à 279 CPP, la loi fédérale du 6 octobre 2000 concernant la surveillance de la correspondance par poste et télécommunications (RS 780.1) s'appliquant pour le surplus.

43. Les modalités spéciales prévues par l'art. 18b s'agissant des données relatives au trafic informatique<sup>49</sup> ne figurent pas à l'art. 18a EIMP s'agissant de la correspondance par poste et télécommunications.

En d'autres termes, le texte légal ne prévoit pas de transmission anticipée à l'État requérant d'informations<sup>50</sup> relevant du domaine secret en relation avec les communications par poste et télécommunications qu'il s'agisse de données

47 Selon cette disposition de l'EIMP les autorités de poursuite pénale suisses ne peuvent pas demander à l'étranger des mesures auxquelles il ne pourrait être donné suite en vertu du droit suisse.

48 Message du Conseil fédéral du 18 juin 2010, FF 2010 4275 ss, p. 4314.

49 Cf. *supra* chapitre F.

50 Sous réserve bien entendu des simples renseignements sur les raccordements de télécommunication (ATF 133 IV 271).

relatives au trafic lui-même ou *a fortiori* de données relatives au contenu des conversations intervenues.

S'agissant des données relatives au contenu, il apparaît difficile de soutenir qu'il s'agirait là d'une lacune « involontaire » du texte légal. En effet, le Message du Conseil fédéral du 18 juin 2010 relatif à l'adoption du nouvel art. 18b EIMP relevait clairement la différence existant entre les deux normes (18a et 18b EIMP) et précisait qu'il n'existait ni une volonté claire des participants à la procédure de consultation, ni un besoin de coopération suffisant, pour justifier une extension de la procédure de transmission anticipée prévue à l'art. 18b EIMP, aux données relatives au contenu visées, elles, uniquement par l'art. 18a EIMP<sup>51</sup>.

À la lecture du texte de la loi comme du Message du Conseil fédéral du 18 juin 2010, on ne peut donc que conclure qu'une transmission anticipée à l'État requérant du contenu de conversations – informatiques ou téléphoniques – est *de lege lata* exclue.

44. Néanmoins, en application, semble-t-il, de directives de l'Office fédéral de la justice datant de 2009<sup>52</sup> (soit avant même l'adoption de l'art. 18b EIMP !), une pratique très discutable a vu le jour à teneur de laquelle, selon une procédure similaire à celle prévue à l'art. 18b EIMP<sup>53</sup> (mais néanmoins fondée sur l'art. 18a EIMP) les données relatives non seulement au trafic mais également au contenu (par voie de transcription) obtenues sur la base d'une surveillance des télécommunications, sont transmises à des États étrangers avant même l'issue de la procédure d'entraide et en particulier avant même que les personnes concernées ne se soient vues notifier l'existence des mesures en question.

45. Cette pratique a été avalisée par le Tribunal pénal fédéral dans deux cas récents (entraide avec le Canada<sup>54</sup> et entraide avec la France)<sup>55</sup>.

À noter que dans le cas de l'entraide avec le Canada<sup>56</sup>, les données communiquées aux autorités étrangères ne résultaient pas d'une surveillance des télécommunications ordonnées suite à la demande de l'État requérant, mais constituaient des « découvertes fortuites » résultant de contrôles téléphoniques ordonnés et exécutés dans une procédure pénale nationale plusieurs années auparavant.

51 Cf. notamment FF 2010 4275 ss, p. 4316.

52 Cf. notamment TPF RR.2015.20 du 22 avril 2015 consid. 6.4.1.

53 Soit en particulier aux conditions énoncées ci-dessus ad § 41.

54 TPF RR.2015.37 du 9 février 2015; TPF RR.2015.20 du 22 avril 2015, cf. également TF 1C\_36/2015 du 19 janvier 2015.

55 TPF RR.2015.148 du 23 novembre 2015; TPF RR.2015.142 du 30 octobre 2015 et TF 1C\_594/2015 du 23 novembre 2015.

56 Entraide avec le Canada, cf. *supra* note 54.

Ce nonobstant, par une application analogique de l'art. 18a EIMP<sup>57</sup> – alors même que, comme on l'a vu<sup>58</sup>, l'art. 18a EIMP ne prévoit pas une telle possibilité – le Ministère public de la Confédération a, sur la base de la directive précitée de l'OFJ, obtenu l'aval du Tribunal des mesures de contrainte puis a procédé à la transmission immédiate du contenu des communications téléphoniques à l'État requérant, ce avant même la clôture de la procédure d'entraide et sans en informer préalablement les personnes concernées<sup>59</sup>.

**46.** De manière tout aussi surprenante, l'usage des voies de recours immédiates dans ce contexte s'est avéré complexe voire impossible pour les personnes intéressées.

Les garde-fous des articles 80b al. 2 EIMP et 93 al. 2 LTF – lesquels, comme on l'a vu précédemment, limitent sensiblement les possibilités de recours (que ce soit au TPF ou au TF) avant le stade de la clôture de la procédure d'entraide<sup>60</sup> – se sont en effet révélés être des obstacles quasi insurmontables pour les personnes touchées par les mesures en question<sup>61</sup>.

Or, si une limitation des possibilités de recours incidents afin de favoriser la célérité est concevable lorsque la communication à l'autorité étrangère n'intervient qu'après la décision de clôture, l'on voit mal en revanche ce qui pourrait justifier d'empêcher les personnes concernées de recourir immédiatement contre des décisions incidentes entraînant l'envoi *prématuré* à l'étranger

57 TPF RR.2015.20 du 22 avril 2015 consid. 5.2.2.

58 *Supra* § 44.

59 Dans l'arrêt en question, le TPF relevait dans un premier temps : « *La situation du cas d'espèce est cependant quelque peu particulière dans la mesure où les données transmises au Canada ne résultent pas de mesures de surveillance en cours, mais de contrôles téléphoniques exécutés en 2011. À ce titre, il ne peut plus être question ici d'une utilisation en temps réel par l'autorité requérante des résultats y relatifs afin qu'elle puisse immédiatement les exploiter et adapter ses actes d'instruction aux faits révélés par les écoutes. On peut dès lors se demander si, de ce point de vue, il était justifié que le MPC adresse les informations requises début décembre 2014 déjà avec son ordonnance d'entrée en matière complémentaire et s'il n'aurait pas dû, à l'instar par exemple de documents bancaires, les transmettre avec la décision de clôture.* ». Malgré cette réflexion et contre toute attente, le TPF finissait par ratifier l'envoi prématuré à l'État requérant en raison du fait que certains co-prévenus de la personne écoutée ignoraient l'existence des écoutes téléphoniques suisses (TPF RR.2015.20 du 22 avril 2015 consid. 6.4.2 ss).

60 Cf. *supra* § 3 et 4.

61 C'est ainsi que dans le cas de l'entraide avec le Canada, le recours formé directement auprès du Tribunal fédéral a été déclaré irrecevable le 9 janvier 2015 (1C\_36/2015), tandis que le recours formé auprès du Tribunal pénal fédéral avait été déclaré partiellement irrecevable (en tant qu'il portait sur le transfert immédiat des données à l'autorité étrangère) le 22 avril 2015 (RR.2015.20). Dans le cas de l'entraide avec la France, l'ensemble des recours formés ont été purement et simplement déclarés irrecevables tant par le TPF que par le TF (TPF RR.2015.142 du 30 octobre 2015; RR.2015 du 23 novembre 2015 et TF 1C\_594/2015 du 23 novembre 2015).

d'informations relevant du domaine secret. On relèvera, de surcroît que cette communication prématurée intervient sans aucune base légale à l'appui.

Le vice découlant de la lacune du texte légal (art. 18a EIMP) saute ici aux yeux : de l'absence de base légale permettant la transmission prématurée d'informations découle notamment l'absence de base légale pour recourir contre les décisions rendues dans ce contexte. Opposer toutefois cette absence de voie de recours aux personnes se plaignant des mesures dont elles font l'objet relève d'une forme certaine d'arbitraire et en toute hypothèse est contraire aux principes résultant de la jurisprudence rendue dans les domaines énoncés ci-dessus<sup>62</sup>.

#### IV. Conclusion

47. En 2007, ZIMMERMANN<sup>63</sup> soulevait la question de savoir si au vu de l'évolution des besoins de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, le paradigme de la décision de clôture était un paradigme perdu. Il concluait par la négative tout en réservant notamment l'audition par vidéoconférence dont il relevait le caractère très marginal.

Neuf ans plus tard, le bref survol effectué dans le cadre de la présente contribution met également en lumière un certain nombre de contradictions entre la volonté du législateur comme du Tribunal fédéral de conserver le « paradigme » de la décision de clôture et la nécessité, dans certaines situations, de faciliter l'accès anticipé par l'État requérant à des informations relevant pourtant clairement du domaine secret.

Ces contradictions peuvent être comprises voire acceptées, lorsqu'elles découlent d'une volonté claire du législateur, que ce soit dans le cadre de l'adoption d'un traité international ou de l'adaptation du texte de l'EIMP et qu'elles sont accompagnées, par la jurisprudence de modalités idoines. Il devient toutefois impossible de s'en accommoder lorsque, comme cela semble être le cas s'agissant de la surveillance de la correspondance et des télécommunications, ces contradictions se fondent sur une pratique que le texte légal n'autorise pas et que les moyens de recours immédiats ne sont pas donnés.

48. Sur ces points, une réflexion globale doit s'imposer et, s'agissant plus particulièrement des articles 18a et 18b EIMP, l'on ne peut que souhaiter que, la jurisprudence évolue ou qu'à défaut, le législateur se saisisse de la problématique et adapte le texte légal aux besoins de l'évolution de l'entraide pénale, en préservant les droits des personnes directement visées en leur offrant des voies de recours dignes de ce nom.

62 Cf. notamment TF 1C\_545/2013 du 11 juillet 2013 ou encore TF 1B\_271/2013 du 3 octobre 2013.

63 ZIMMERMANN, *Communications*, p. 68 s.

