

# **LA DÉLÉGATION DE LA POURSUITE PÉNALE À LA SUISSE**

par

Maurice HARARI

Avocat au barreau de Genève, LL.M. New York,

Raphaël JAKOB

Avocat au barreau de Genève, LL.M. Leiden

et

Erwin JENNI

Avocat et chef de l'unité extradition auprès de  
l'Office fédéral de la justice

Tiré à part de la Semaine Judiciaire 2013 II 385 ss





## LA DÉLÉGATION DE LA POURSUITE PÉNALE À LA SUISSE

par

Maurice HARARI

Avocat au barreau de Genève, LL.M. New York,

Raphaël JAKOB

Avocat au barreau de Genève, LL.M. Leiden

et

Erwin JENNI

Avocat et chef de l'unité extradition auprès de  
l'Office fédéral de la justice\*

### I. INTRODUCTION

1. La délégation de la poursuite pénale est un accord international<sup>1</sup> ayant pour objet le transfert d'une poursuite pénale de l'Etat délégrant à l'Etat déléataire<sup>2</sup>. Elle peut être accompagnée du transfert de la compétence pénale appartenant à l'Etat délégrant<sup>3</sup>.
2. On distinguera la délégation 'active', de la Suisse vers un autre Etat, de la délégation 'passive', d'un autre Etat vers la Suisse. Cette contribution analyse principalement cette dernière, telle que la prévoient les art. 85 ss EIMP.
3. La délégation de la poursuite pénale est un instrument important de la coopération internationale, à l'instar de l'entraide proprement dite, de l'extradition, de la délégation de l'exécution de la peine ou encore du transfèrement. Il est par conséquent surprenant de constater que, contrairement à ces institutions plus

---

\* Les opinions exprimées dans la présente contribution sont les opinions personnelles de l'auteur et n'engagent aucunement l'Office fédéral de la justice.

<sup>1</sup> Cf. *infra*, §§ 18 et 63.

<sup>2</sup> Cf. *infra*, § 63.

<sup>3</sup> Cf. *infra*, §§ 13 et 14.

connues, la délégation de la poursuite pénale n'a pas souvent attiré l'attention de la doctrine ou celle de la jurisprudence<sup>4</sup>.

4. Ce constat s'explique peut-être par le fait qu'il s'agit d'un mode de coopération *subsidaire*. Cette subsidiarité résulte de trois éléments restrictifs qui caractérisent la conception helvétique de la délégation de poursuite.
5. Tout d'abord, la délégation est en principe subsidiaire à l'extradition: la délégation à la Suisse n'est ainsi possible que lorsque l'extradition est exclue<sup>5</sup> (art. 85 al. 1 let. a EIMP) ou ne se justifie pas (art. 85 al. 2 EIMP).
6. Ensuite, en application de l'art. 85 al. 3 EIMP, la compétence déléguée ne peut être conférée au juge suisse qu'en l'absence d'un critère de rattachement préexistant résultant des art. 3 à 8 CP ou des dispositions spéciales de compétence (p. ex. 19 al. 4 LStup ou 264<sup>m</sup> CP)<sup>6</sup>. Cette disposition permet ainsi d'effectuer d'emblée la distinction — approfondie plus loin — entre la délégation de poursuite à la Suisse assortie d'une délégation de compétence, soumise aux règles des art. 85 ss EIMP; et la délégation de poursuite opérée en présence d'une compétence suisse préexistante, à laquelle les dispositions de l'EIMP pourront s'appliquer par analogie.
7. Enfin, les conditions permettant la délégation relèvent, de par la volonté du législateur suisse, d'un examen en opportunité. Ainsi, la Suisse n'accepte en principe une délégation que si «la personne poursuivie doit répondre en Suisse d'autres infractions

---

<sup>4</sup> Le faible apport de la jurisprudence peut être en partie attribué aux limitations importantes du droit de recours. En cas de délégation 'active' de la Suisse vers l'étranger, seule peut recourir la personne qui a sa résidence habituelle en Suisse (art. 25 al. 2 EIMP), à moins que le recourant n'invoque le contournement des règles en matière d'entraide («entraide déguisée»); arrêt du Tribunal fédéral 1A\_117/2000 du 26 avril 2000, SJ 2000 I 501. Sur la notion de résidence habituelle et la *ratio legis* de la disposition, cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C\_525/2013 du 19 juin 2013, c. 2. Quant à la délégation 'passive' à la Suisse, elle ne fait pas l'objet d'un recours en tant que tel, mais sa légalité (et par conséquent le fondement de la compétence suisse) peut être contrôlée à titre préjudiciel dans la procédure pénale. Les possibilités de recours auprès du Tribunal fédéral sont ultérieurement limitées: une éventuelle décision sur recours du Tribunal pénal fédéral (compétent en vertu de l'art. 37 al. 2 let. a ch. 1 LOAP) ne peut pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (cf. art. 84 al. 1 LTF).

<sup>5</sup> Cette condition est particulière à la conception helvétique: par exemple, la Convention européenne de 1972 sur la transmission des procédures répressives (à laquelle la Suisse n'est pas partie) ne la prévoit pas, laissant le choix aux Etats entre l'extradition et la délégation. Il est soutenu *infra*, § 60 qu'il faut interpréter l'art. 85 al. 2 EIMP, en combinaison avec l'art. 37 al. 1 EIMP, comme offrant ce même choix à la Suisse lorsque le reclassement social du prévenu le justifie.

<sup>6</sup> Cf. *infra*, §§ 26 ss.

plus graves» (art. 85 al. 1 let. b EIMP)<sup>7</sup>, ou si les conditions de l'art. 85 al. 2 EIMP sont remplies. Un large pouvoir discrétionnaire est en outre conféré à l'Office fédéral de la justice (ci-après OFJ), qui «peut refuser la poursuite pénale, si des raisons majeures s'y opposent ou que l'importance de l'infraction ne la justifie pas» (art. 91 al. 4 EIMP), et qui est en outre chargé de vérifier que l'Etat étranger assure la réciprocité (art. 8 EIMP).

8. Cela étant, il nous a paru intéressant de nous pencher sur la théorie et la pratique suisse de la délégation de la poursuite et sur son rapport avec les autres modes d'entraide, notamment l'extradition dont elle représente le pendant<sup>8</sup>.

## II. DÉFINITIONS ET NOTIONS

9. Le principe de la délégation de la poursuite (*Übernahme der Strafverfolgung*<sup>9</sup>) et son corollaire (facultatif) de la compétence déléguée comme titre de juridiction sont établis en droit international, même s'ils n'ont jamais fait l'objet d'une pratique uniforme et très rarement d'études approfondies. La doctrine utilise souvent les termes de 'compétence déléguée' ou 'compétence de représentation' pour désigner indifféremment deux concepts qu'il convient au contraire de distinguer.
10. Dans le sens le plus large, il s'agit d'octroyer à un Etat un titre de compétence pour poursuivre en vertu d'une obligation *aut dedere aut iudicare* (plus exactement *aut prosequi*), lorsqu'il refuse d'extrader la personne poursuivie à un autre Etat disposant d'une compétence originaire<sup>10</sup> (ou que l'autre Etat ne demande pas

<sup>7</sup> Cf. *infra* §§ 55 ss, conditions d'application de l'art. 85 al. 1 EIMP.

<sup>8</sup> Alors que par l'extradition l'on cherche à amener l'accusé au lieu de la poursuite, la délégation offre la possibilité d'amener la poursuite au lieu où se trouve l'accusé. On retrouve un parallélisme analogue entre le transfèrement (remise à un autre Etat d'une personne condamnée en vue de l'exécution de sa peine) et la délégation de l'exécution (par laquelle la faculté d'exécuter la peine est déléguée à l'Etat dans lequel se trouve le condamné: cf. Cinquième partie EIMP).

<sup>9</sup> C'est l'expression employée également par le législateur autrichien; la notion autrichienne (art. 74 ARHG) se distingue toutefois de la conception suisse dans la mesure où la délégation par l'Autriche est subordonnée à l'existence d'une compétence originaire dans les deux Etats, et ne prévoit donc que ce que l'on désigne *infra* (§ 14) comme 'délégation de poursuite sans délégation de compétence'.

<sup>10</sup> Les principes de rattachement fondant une compétence originaire sont: le principe de territorialité; le principe de la personnalité active, fondant la compétence de l'Etat national (voire de l'Etat de domicile) de l'auteur; le principe, plus controversé en droit international, de la personnalité passive, fondant la compétence de l'Etat national de la victime; la compétence de représentation, abordée *infra*; le principe de protection, ou compétence réelle, appartenant à l'Etat dont les intérêts fondamentaux sont atteints; le principe du pavillon, fondant la compétence de l'Etat pour des faits réalisés sur un navire battant son pavillon; et encore la compétence universelle, également abordée ci-dessous.

l'extradition). La qualification de 'délégation' ou de 'compétence déléguée'<sup>11</sup> est alors trompeuse; il s'agit en fait d'une forme particulière de *compétence universelle*, qu'un Etat exerce unilatéralement (et non sur requête ou avec l'accord d'un autre Etat). Les termes choisis par la doctrine et la jurisprudence suisse sont ceux de 'compétence de remplacement' ou 'compétence de substitution' (*stellvertretende Strafrechtspflege, representational principle*)<sup>12</sup>; on la désigne également comme 'compétence de représentation'<sup>13</sup>. En Suisse, ce type de compétence est prévu par les art. 6 al. 1 let. b, 7 al. 1 let. c et 7 al. 2 let. a CP<sup>14</sup>. Il ne s'agit pas d'une compétence dérivée, mais d'un titre de juridiction originaire.

<sup>11</sup> Voir par ex. Rapport Amnesty International «Universal Jurisdiction: The duty of states to enact and enforce legislation» (2001), Chapitre 1.3.: «Representational principle – a special form of universal jurisdiction».

<sup>12</sup> Cf. CR CP I-HENZELIN Art. 7 N16 ss; et ATF 116 IV 244, SJ 1991 137, JdT 1992 IV 95, c. 3a et 3b, où le TF cherche à distinguer les trois concepts que sont la compétence universelle, la compétence de remplacement et la délégation.

<sup>13</sup> Il faut regretter que cette terminologie (elle-même pas toujours satisfaisante, notamment lorsqu'il s'agit de crimes de droit international) ne soit pas rigoureusement suivie, et que de nombreux auteurs entretiennent la confusion entre 'compétence de remplacement' et 'compétence déléguée' (voir remarques de LUDWICZAK, «La délégation internationale de la compétence pénale» (2013), pp. 313-315). Ainsi, en Suisse, la version allemande du titre de la quatrième partie de l'EIMP est trompeuse («*Stellvertretende Straverfolgung*» plutôt que «*Übernahme der Strafverfolgung*»). La confusion est présente également chez les auteurs francophones: ZIMMERMANN, dans son chapitre sur la délégation, consacre de nombreuses pages à la maxime *aut dedere aut iudicare* et à l'affaire de Lockerbie, qui ont plutôt trait à la 'compétence de remplacement' (ZIMMERMANN, *La coopération judiciaire internationale* (2009), pp. 701-711); LUDWICZAK (*op. cit.*, pp. 95-96, § 315) désigne comme «compétence originaire de représentation» la compétence exercée par l'Etat délégataire lorsque la délégation de poursuite ne s'accompagne pas d'une délégation de compétence (cf. *infra*, § 13). De même, la doctrine anglo-saxonne ne distingue pas les deux types de compétence. Ainsi, FREESTONE: «Although similar to the universality principle, the crucial feature of the representational principle appears to be that the decision to prosecute is taken in the context of an international agreement or other arrangement», FREESTONE, 'International cooperation against terrorism and the development of international law principles of jurisdiction' in HIGGINS / FLORY (ed.), *Terrorism and international law* (1997; e-book edition 2003), p. 43. L'erreur qui consiste à subsumer les deux types de compétence sous le 'representation principle' remonte à un rapport de 1990 du Conseil de l'Europe: «[The representation principle] refers to cases in which a state may exercise extraterritorial jurisdiction where it is deemed to be acting for another state which is more directly involved, provided certain conditions are met. In general, these are a request from another state to take over criminal proceedings, or either the refusal of an extradition request from another state and its willingness to prosecute or confirmation from another state that it will not request extradition». Plus loin, il est indiqué que «the principle is embodied in the 1972 European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters»; toutefois, la Convention de 1972 vise la délégation de la poursuite et non la compétence de représentation (cf. *infra*, note 15). Council of Europe, 'Extraterritorial Criminal Jurisdiction' (1990) 3 Crim. Law Forum 441, 452. Dans le même sens, STESENS, *Money laundering: a new international law enforcement mode* (2000), p. 246; GILBERT, *Responding to international crime* (2006), pp. 90-91. Mais cf. également *infra*, note 20.

<sup>14</sup> Voir également l'équivalent en droit allemand de cette dernière disposition: art. 7 al. 2 ch. 2 StGB/DE.

Elle s'insère dans la logique de lutte contre l'impunité propre à la compétence universelle, et vise à étendre les possibilités de répression pénale.

11. Au sens propre, la compétence déléguée repose au contraire sur un accord entre deux Etats. Il n'y a pas de compétence 'latente': la compétence, dérivée, ne naît que parce que l'Etat titulaire de la compétence originaire l'a librement transférée<sup>15</sup>. La classification de cette compétence déléguée *stricto sensu* comme compétence extraterritoriale est par conséquent à nouveau trompeuse. Certes, l'Etat n'a pas de rattachement propre à l'infraction, mais la compétence dérivée naît d'un rattachement originaire<sup>16</sup>.
12. La délégation n'a pas pour but premier la simple extension de la compétence, dans une logique de lutte contre l'impunité, mais répond également à des calculs d'opportunité et à la recherche d'un *forum conveniens*, tantôt pour les Etats concernés, tantôt pour la personne poursuivie elle-même. Par définition, la délégation repose sur une compétence existante (dans l'Etat délégant) et par conséquent n'étend pas les possibilités de la répression pénale<sup>17</sup> (sinon géographiquement) en les transférant à un autre Etat. Lorsque la délégation tend également à pallier l'absence

---

<sup>15</sup> C'est à cette catégorie de délégation que se rattache la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives de 1972 (à laquelle la Suisse n'est pas partie). La Convention dévie toutefois quelque peu d'une délégation au sens le plus strict, puisqu'elle crée une compétence latente pour tous les Etats parties (art. 2 § 1: «En vue de l'application de la présente Convention, tout Etat contractant a compétence pour poursuivre selon sa propre loi pénale toute infraction à laquelle est applicable la loi pénale d'un autre Etat contractant»). Cette compétence dérivée doit cependant être déclenchée par la requête de l'Etat qui dispose de la compétence originaire (art. 2 § 2: «La compétence reconnue à un Etat contractant exclusivement en vertu du paragraphe 1 du présent article ne peut être exercée qu'à la suite d'une demande de poursuite présentée par un autre Etat contractant»). On retrouve donc un mécanisme de délégation, la requête de l'Etat originellement compétent étant nécessaire pour l'exercice de la poursuite par un autre Etat.

<sup>16</sup> Typiquement, le principe de la territorialité — même si l'on peut tout à fait imaginer le cas de figure où un Etat délègue une compétence extraterritoriale qui dérive d'un traité, auquel l'Etat délégataire n'est par hypothèse pas partie, ou bien délègue une compétence fondée sur les principes de personnalité active ou passive. En ce sens, voir LUDWICZAK, *op. cit.*, p. 84, § 257: «A partir du moment où l'Etat délégataire l'accepte, la délégation est selon nous possible quel que soit le principe de compétence. Pour que la délégation soit reconnue par des Etats tiers en revanche, le principe de compétence devrait être généralement reconnu en droit international»; JENNI, 'Stellvertretende Strafverfolgung, Übersicht und Hinweise zu einer wenig bekannten Form internationaler Zusammenarbeit', in OFJ (ed.), *L'atelier du droit – Mélanges en l'honneur de Heinrich Koller* (2006), p. 351. Néanmoins, la Suisse n'accepte quant à elle de délégation de l'Etat étranger que lorsque celui-ci possède une compétence *territoriale* (art. 85 al. 1 EIMP: «A la demande de l'Etat où l'infraction a eu lieu (...)»).

<sup>17</sup> Ce d'autant plus qu'elle est soumise à l'exigence de la double incrimination, cf. *infra*, § 33.

de possibilité d'extradition<sup>18</sup>, la distinction entre 'compétence de représentation' et compétence déléguée *stricto sensu* est en revanche moins nette — elle repose alors uniquement sur la distinction entre un exercice unilatéral de la compétence pénale d'une part, et un exercice convenu entre les Etats concernés d'autre part.

13. Pour ce qui est de la 'délégation de la poursuite' telle qu'elle est conçue par l'EIMP, il faut distinguer entre les deux cas de figure déjà évoqués *supra*. D'une part, la délégation directement soumise aux art. 85 ss EIMP est *impossible* lorsque la Suisse est déjà compétente à un autre titre (art. 85 al. 3 EIMP) et appartient donc clairement à la catégorie de la *Kompetenzverteilung* au sens strict (ou pour employer une autre terminologie, il s'agit d'une délégation de poursuite *avec* délégation de compétence<sup>19</sup>).
14. D'autre part, une forme de délégation de poursuite à la Suisse est néanmoins possible même lorsque la Suisse est déjà compétente (délégation de poursuite *sans* délégation de compétence)<sup>20</sup>; elle échappe alors à l'application directe des règles de l'EIMP, qui vont toutefois s'appliquer par analogie<sup>21</sup>. Ce mode est en fait nettement plus fréquent en pratique qu'une délégation de poursuite *avec* délégation de compétence<sup>22</sup>. Il permet une transmission du dossier pénal de la part de l'Etat délégant. L'accord entre Etat délégant et Etat délégataire pourra comprendre en outre (la pratique ne connaît toutefois pas d'automatisme à ce sujet) une obligation *ne bis in idem*, offrant ainsi une garantie supplémentaire par rapport à une simple 'dénonciation' non contraignante<sup>23</sup>.

---

<sup>18</sup> Dans ce sens, ZIMMERMANN, qui, comme noté *supra* (note 13) assimile conceptuellement la délégation de la poursuite à la compétence résultant du principe *aut dedere aut iudicare*: «l'impossibilité pour l'Etat requis [délégataire] d'accorder l'extradition comporte le risque choquant de voir l'accusé échapper à toute poursuite. La délégation de la poursuite est certes de nature à contrecarrer un tel danger. Mais son acceptation dépend en fin de compte du bon vouloir de l'Etat requis [délégataire]» (ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 701).

<sup>19</sup> LUDWICZAK, *op. cit.*, pp. 95-96, § 315.

<sup>20</sup> Le fait que, en pratique, ces deux formes soient regroupées sous le terme de «délégation» contribuera inévitablement à alimenter la confusion terminologique dont il a été question *supra*, entre l'exercice d'une véritable compétence déléguée d'une part (délégation de la poursuite *avec* délégation de compétence), et l'exercice d'une compétence originaire avec une forme d'aval de l'Etat territorial d'autre part (exercice d'une compétence 'classique' en présence d'une délégation de la poursuite *sans* délégation de compétence, ou encore exercice d'une 'compétence de représentation').

<sup>21</sup> Cf. *infra*, § 23.

<sup>22</sup> JENNI, *op. cit.*, pp. 351-2.

<sup>23</sup> Cf. *infra*, § 20.

15. Cette contribution analysera en premier lieu la délégation de poursuite 'passive' avec délégation de compétence, soit le mode d'entraide prévu par les art. 85 ss EIMP. La définition des conditions qui président à la délégation de poursuite et des effets de celle-ci permettront contextuellement d'établir ensuite une comparaison avec la délégation de poursuite sans délégation de compétence.
16. Une autre caractéristique importante de la délégation telle que régie par les art. 85 ss EIMP est la condition *sine qua non* de la requête d'un Etat étranger, sans laquelle la délégation à la Suisse n'est jamais possible. La présence d'une requête n'est donc pas qu'une condition formelle, mais une véritable condition matérielle<sup>24</sup> pour que naisse une compétence dérivée en faveur du juge suisse<sup>25</sup>.
17. Aux bases légales de l'EIMP s'ajoutent des instruments internationaux liant la Suisse. Ainsi, l'art. 21 CEEJ prévoit une «dénonciation» qui s'apparente fortement à une délégation de poursuite sans délégation de compétence<sup>26</sup>; et l'art. 6 § 2 CEEtr

<sup>24</sup> Tel n'est apparemment pas le cas dans le cadre de la Convention européenne de 1972 (cf. *supra*, note 15), qui crée comme on l'a vu une compétence matérielle latente; la requête est alors, à la lumière du texte, une condition formelle pour l'exercice de cette compétence dérivée.

<sup>25</sup> BERNASCONI explique la nécessité d'un accord entre Etats de par le fait que la poursuite sur délégation représente une dérogation au principe de territorialité: «Da die stellvertretende Strafverfolgung eine Abweichung vom Territorialitätsprinzip darstellt, kann sie nur gestützt auf eine Vereinbarung der zwei in Frage kommenden Staaten erfolgen» (BERNASCONI, 'Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertem Verbrechen und Geldwäscherei', in: SCHMID (éd.), *Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei*, Band II, (2002), 143, 299; notes omises). Un tel point de vue est toutefois trop restrictif. On l'a déjà souligné, la délégation d'une compétence extraterritoriale (que ce soit sur la base de la personnalité active/passive, ou une compétence conférée par un traité) est tout à fait envisageable, bien que l'EIMP ne la retienne pas lorsque la Suisse est l'Etat délégataire. La nécessité de l'accord entre Etats doit plutôt être interprétée sous l'angle plus large du respect de la souveraineté, ainsi que sous celui du principe de la légalité.

<sup>26</sup> Contrairement à la dénonciation, la délégation doit à notre avis entraîner des effets contraignants même lorsqu'elle est opérée en faveur d'un Etat déjà compétent à titre originaire. Il faut en revanche remarquer que l'application de l'art. 21 CEEJ est rapprochée d'une véritable délégation (comme le souligne le Tribunal fédéral, ATF 137 IV 33, JdT 2011 IV 338, c. 2.2.3) dans les rapports entre la Suisse d'une part, la France, l'Italie, l'Autriche et l'Allemagne d'autre part. Ainsi, l'Accord franco-suisse en vue de compléter la CEEJ du 20 avril 1959 (RS 0.351.934.92) prévoit à son Art. XVI al. 1 l'obligation pour l'Etat qui reçoit la dénonciation de soumettre le dossier aux «autorités judiciaires», qui examineront si des poursuites doivent être engagées. L'Art. XVI de l'Accord conduit ainsi à ce que la dénonciation effectuée entre la France et la Suisse ait les mêmes effets que nous prêtons (cf. *infra*, §§ 63 ss) à la délégation, à savoir l'obligation de transmettre aux autorités de poursuite compétentes et une obligation *ne bis in idem* (Art. XVIII Accord). Voir également l'Accord entre la Suisse et l'Autriche en vue de compléter la CEEJ et de faciliter son application (RS 0.351.916.32, art. XIII); Accord entre la Suisse et l'Italie en vue de compléter la CEEJ et d'en faciliter l'application (RS 0.351.945.41, art. XXIV ss); Accord entre la Suisse et l'Allemagne en vue de compléter la CEEJ et de faciliter son application (RS 0.351.913.62, art. XII).

consacre un mécanisme *aut dedere aut prosequi* prévoyant *de facto* une forme de délégation de poursuite comme alternative à l'extradition. Ces mécanismes ne feront pas ici l'objet d'une étude approfondie.

### III. CONTENU DE L'ACCORD DE DÉLÉGATION DE POURSUITE, AVEC OU SANS DÉLÉGATION DE COMPÉTENCE

18. L'accord portant sur la délégation doit être assimilé à un traité international<sup>27</sup>. Ceci signifie qu'il doit être interprété et appliqué sur la base du droit des traités, et que les violations de l'accord passé entre les Etats doivent être évaluées sous l'angle de la responsabilité de l'Etat pour faits internationalement illicites. En ce sens, il importe de définir le contenu principal de l'accord.
19. Pour ce qui est de la délégation de poursuite *avec* délégation de compétence, régie par les art. 85 ss EIMP, le texte légal permet une délimitation relativement aisée des éléments qui composent l'accord. Il s'agit d'une obligation minimale de poursuivre<sup>28</sup> pour l'Etat délégataire, ainsi que de la garantie du respect du principe *ne bis in idem* par l'Etat délégant (expressément prévue par l'art. 85 al. 1 let. c EIMP), qui équivaut à un dessaisissement de compétence de la part de ce dernier<sup>29</sup>. Ces éléments sont approfondis et définis ci-après.
20. La délégation de poursuite à la Suisse opérée *sans* délégation de compétence, c'est-à-dire lorsque la Suisse dispose déjà d'un rattachement propre, ne se prête pas à une analyse aussi aisée. Elle ne fait d'ailleurs pas l'objet d'une acceptation formelle de l'OFJ au sens de l'art. 91 al. 1 EIMP. Ainsi, l'EIMP ne trouvant pas d'application directe, il n'y a pas d'automatisme quant à l'application du principe *ne bis in idem* (qui néanmoins résultera souvent d'autres instruments applicables aux relations entre la Suisse et l'Etat délégant<sup>30</sup>, voire — et cela nous paraît souhaitable — d'un accord *ad hoc* au moment de la délégation).

<sup>27</sup> Pour WITSCHI, *op. cit.*, p. 115, la requête étrangère est une offre de conclure un traité, qui est ensuite scellée par l'acceptation par la Suisse.

<sup>28</sup> Dans les limites définies *infra*, §§ 64 ss.

<sup>29</sup> Cf. *infra*, §§ 71-73, réflexions sur la garantie *ne bis in idem* et les conséquences en cas de classement ou non-lieu par le procureur ou le juge suisse.

<sup>30</sup> Ainsi l'art. 54 de la Convention d'application du 19 juin 1990 de l'Accord de Schengen (CAAS) impose-t-il le respect du principe *ne bis in idem* au sein de l'espace Schengen. Voir aussi les accords cités *supra*, note 26, entre la Suisse d'une part, la France, l'Autriche, l'Italie et l'Allemagne d'autre part.

21. De même, la Suisse n'assume pas envers l'Etat délégrant d'obligation de poursuivre lorsque la délégation de poursuite s'opère *sans* délégation de compétence. L'OFJ observe toutefois dans sa pratique une obligation (comparable à celle postulée par l'art. 21 CEEJ) d'informer l'Etat délégrant des suites données à la délégation.
22. Ainsi, la délégation de poursuite *avec* délégation de compétence, régie par les art. 85 ss EIMP, représente le mode le plus avancé de ce type de coopération et les règles formelles et matérielles qui y président sont les plus complètes. En revanche, la délégation de poursuite *sans* délégation de compétence est un outil plus flexible, cette flexibilité dérivant du fait que les deux Etats sont déjà compétents à titre originaire pour poursuivre. L'accord de délégation conserve toutefois même dans ce cas un contenu contraignant. La délégation, qui entraîne une obligation d'informer, va donc plus loin qu'une transmission spontanée d'informations telle que la prévoit l'art. 11 du Deuxième Protocole additionnel à la CEEJ<sup>31</sup>.
23. La pratique de la délégation de poursuite *sans* délégation de compétence, échappant à l'application stricte de l'EIMP, connaîtra une flexibilité semblable en ce qui concerne les suites procédurales. Seront ainsi appliquées par analogie les dispositions de l'EIMP qui s'y prêtent: l'art. 91 al. 4 EIMP, permettant à l'OFJ de refuser la délégation lorsque des raisons majeures s'y opposent ou lorsque l'importance de l'infraction ne la justifie pas<sup>32</sup>; l'art. 92 EIMP, qui détermine le traitement procédural des actes d'instruction opérés par l'Etat délégrant; l'art. 93 EIMP, relatif aux frais. L'application analogique d'autres dispositions doit en revanche être exclue: ainsi, lorsque la Suisse dispose d'une compétence originaire, il ne se justifie pas d'appliquer le droit étranger comme *lex mitior* (contrairement à ce que prévoit l'art. 86 al. 2 EIMP), à moins qu'une norme spéciale ne le requière (par ex. art. 6 al. 2, art. 7 al. 3 CP). De même, l'exclusion de la procédure par défaut (art. 86 al. 3 EIMP) n'a pas lieu d'être étant donné que le droit suisse interne connaît cette modalité de jugement.
24. Le chapitre suivant de cette contribution analyse de façon plus approfondie les conditions qui président à l'acceptation d'une

---

<sup>31</sup> Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 novembre 2001, RS 0.351.12. A la date de publication de la présente contribution, ce texte est en vigueur pour vingt-neuf Etats, dont la Suisse.

<sup>32</sup> A ce propos, voir également l'art. 4 EIMP.

délégation de poursuite *avec* délégation de compétence au sens des art. 85 ss EIMP, ainsi que les effets contraignants qui découlent de la conclusion d'un «mini-accord international» de délégation de poursuite. Les considérations suivantes ne s'appliquent donc qu'à la délégation de poursuite telle que la prévoit *stricto sensu* l'EIMP, et non à la délégation de poursuite *sans* délégation de compétence telle qu'elle a été abordée ci-dessus.

#### IV. LA DÉLÉGATION À LA SUISSE SELON LES ART. 85 SS EIMP

##### A. Deux fondements distincts pour l'acceptation de la délégation

25. L'EIMP conçoit deux cas dans lesquels la Suisse peut accepter la délégation de la poursuite. L'art. 85 al. 1 EIMP vise les situations dans lesquelles l'extradition est exclue. L'art. 85 al. 2 EIMP permet d'accepter la délégation lorsque l'extradition n'est pas exclue, mais que l'opportunité d'un meilleur reclassement social de la personne poursuivie rend la délégation préférable. Ce chapitre analyse tour à tour les conditions communes aux deux dispositions et les conditions particulières à chacune d'entre elles.

##### B. Conditions communes aux art. 85 al. 1 et al. 2 EIMP

###### 1. Art. 85 al. 3 EIMP: la compétence déléguée comme critère de rattachement subsidiaire

26. Au sens des art. 85 ss EIMP, la délégation de poursuite n'offre au juge suisse qu'un «pouvoir juridictionnel purement subsidiaire»<sup>33</sup>. La règle de l'art. 85 al. 3 EIMP trouve son fondement logique dans le fait que, pour exercer une compétence originaire telle que prévue par les articles 3 à 8 CP ou par des dispositions spéciales de compétence, la Suisse n'a évidemment pas besoin de la requête de l'Etat étranger<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> FF 1976 II 432. On peut noter que ce caractère subsidiaire est commun à la délégation et à l'extradition, puisque cette dernière n'est possible que si l'infraction «ne relève pas de la juridiction suisse» (art. 35 al. 1 let. b EIMP).

<sup>34</sup> Dans ce cas de figure, la requête de l'Etat étranger n'est pas une condition à l'exercice de la compétence suisse et s'apparente par conséquent à une simple dénonciation. A noter cependant que tel n'est pas le cas pour la délégation de poursuite par la Suisse vers l'étranger, qui intervient le plus souvent sans délégation de compétence et alors même que l'Etat délégataire est déjà compétent (cf. *supra*). Comme souligné ci-dessous, l'Autriche, par exemple, va jusqu'à subordonner l'acceptation de la délégation au fait que les deux Etats soient compétents à titre originaire (art. 74 AHRG).

27. Ceci a notamment pour conséquence d'exclure, sauf exceptions<sup>35</sup>, la délégation concernant un accusé ressortissant suisse, vis-à-vis duquel la Suisse disposera d'une compétence fondée sur le rattachement de la nationalité (personnalité active)<sup>36</sup>.
28. Le Tribunal fédéral a souligné en outre que l'art. 85 al. 3 EIMP rend la délégation de poursuite subsidiaire même à la compétence fondée sur l'art. 19 al. 4 LStup, qui crée une compétence de remplacement *sui generis*<sup>37</sup>. La même solution s'impose pour l'art. 101 LCR<sup>38</sup>.
29. L'art. 85 al. 3 EIMP a également pour conséquence de rendre la compétence déléguée subsidiaire à la compétence fondée sur le principe d'universalité (art. 5, 6 et 7 al. 2 CP<sup>39</sup>, art. 264m CP, art. 10 al. 1<sup>bis</sup> CPM et autres dispositions spéciales<sup>40</sup>). Il est vrai qu'en présence d'une compétence universelle fondée sur un traité ou sur le droit international coutumier, la Suisse n'a pas besoin, en droit, de la délégation effectuée par un Etat étranger. On peut constater cependant que la poursuite fondée sur la compétence déléguée peut représenter une solution dont la légitimité est plus forte, puisqu'elle évite les risques intrinsèques à la compétence universelle de porter atteinte à la souveraineté d'un autre Etat<sup>41-42</sup>. A tout le moins peut-on imaginer qu'une délégation de

<sup>35</sup> Cf. *infra*, § 57.

<sup>36</sup> Art. 7 al. 1 CP, 7 al. 2 *a contrario*. Voir ATF 117 IV 369, SJ 1992 466, JdT 1993 IV 127, c. 5c et 6.

<sup>37</sup> ATF 137 IV 33, JdT 2011 IV 338, c. 2.1.3: «Cette norme se rattache au principe de la compétence de remplacement. Elle consacre une réglementation située entre l'universalité pure et la délégation de la poursuite instituée par l'art. 85 de la loi sur l'entraide internationale en matière pénale, dont l'application est exclue lorsque les conditions de l'art. 19 ch. 4 LStup sont réalisées». Voir également la Convention du 26 juin 1936 pour la répression du trafic illicite des drogues nuisibles (RS 0.812.121.6), art. 8 let. a; et la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 telle que modifiée par le Protocole du 25 mars 1972 (RS 0.812.121), art. 36 § 2 let. a ch. iv.

<sup>38</sup> JEANNERET, *Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR) du 19 décembre 1958* (2007), N15 ad art. 101 LCR. Cette norme se rapproche d'autant plus de la délégation de la poursuite que la compétence suisse ne naît qu'à la demande de l'Etat étranger.

<sup>39</sup> «[L]es articles 6 et 7 du CP (...) reconnaissent tour à tour la compétence universelle sur base conventionnelle et extra-conventionnelle», KOLB / SCALIA, *Droit international pénal* (2012, 2<sup>ème</sup> éd.), p. 254.

<sup>40</sup> Voir p. ex. ATF 112 Ib 149, JdT 1987 IV 28, p. 33, c. 5.d.

<sup>41</sup> Un risque auquel la Suisse est sensible, cf. p. ex. ATF 108 IV 145, JdT 1984 IV 2, p. 3; arrêt du Tribunal pénal fédéral BB.2011.140 du 25 juillet 2012, c. 3.5.

<sup>42</sup> Dans ce sens, voir également la résolution du 26 août 2005 de l'Institut de droit international sur la compétence universelle, § 3c: «L'Etat détenant un suspect devrait, avant l'ouverture d'un procès fondé sur la compétence universelle, demander à l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis, ou à l'Etat de la nationalité de la personne concernée, s'il est disposé à poursuivre cette personne, sauf si ces Etats n'en ont manifestement pas la volonté ou sont dans l'incapacité de le faire».

poursuite (qui interviendra dès lors *sans* délégation de compétence) vienne 'renforcer' la compétence universelle dont dispose déjà la Suisse; ce d'autant plus qu'elle pourra être accompagnée de pièces transmises par l'Etat délégant, souvent indispensables à l'ouverture ou à l'instruction d'une procédure.

## 2. *Droit applicable et double incrimination*

30. La fiction selon laquelle, par le biais de la délégation de la procédure, l'Etat délégataire «steps into the shoes»<sup>43</sup> de l'Etat délégant trouve ses limites dans le choix du droit applicable. Contrairement à ce qui prévaut, par exemple, en droit international privé, le juge pénal n'a en principe pas la faculté d'appliquer le droit étranger<sup>44</sup>; bien qu'il agisse sur la base de la compétence déléguée par l'autre Etat, le juge suisse applique le droit suisse.
31. La première conséquence en est que la procédure pénale est ouverte comme si le rattachement était fondé sur les articles 3 à 8 CP; de même, «l'infraction est réprimée selon le droit suisse, comme si elle avait été commise en Suisse» (art. 86 al. 1 EIMP)<sup>45</sup>.
32. Cette règle trouve cependant son exception dans le principe de *lex mitior*<sup>46</sup>, prévu par l'art. 86 al. 2 EIMP<sup>47</sup>: ainsi, «le droit étranger s'applique s'il est plus favorable. Le juge ne peut prononcer que les sanctions prévues par le droit suisse»<sup>48</sup>. Malgré la

<sup>43</sup> GILBERT, *op. cit.*, p. 90. LUDWICZAK, p. 95, § 315, évoque «l'octroi d'une fonction de représentation».

<sup>44</sup> WITSCHI, pp. 76 ss, retrace le débat sur l'opportunité d'appliquer le droit matériel étranger. D'une part, l'application de la *lex fori* pose problème parce que les faits jugés ne concernent en rien l'ordre juridique de l'Etat délégataire. D'autre part, l'application du droit étranger peut soulever des difficultés pratiques difficilement surmontables.

<sup>45</sup> Ceci entraîne notamment l'applicabilité des règles suisses en matière de prescription; la délégation à la Suisse est dès lors impossible lorsque la prescription est déjà intervenue selon le droit suisse.

<sup>46</sup> MARKEES y voit l'expression d'une exigence minimale de l'Etat de droit, à savoir «l'idée selon laquelle le jugement prononcé à l'égard de la personne poursuivie dans un autre Etat que l'Etat d'infraction ne doit pas placer cette personne dans une situation plus mauvaise que si elle avait été jugée par ce dernier Etat». MARKEES, FSJ 424a, N4.112. Cet objectif pourrait toutefois être également atteint par une application du droit suisse en réservant le droit étranger comme seuil de la répression.

<sup>47</sup> Il s'agit de la codification d'une règle générale identifiée par la jurisprudence suisse: ATF 118 IV 305, JdT 1995 IV 66.

<sup>48</sup> Il ne s'agit pas d'effectuer une comparaison abstraite mais plutôt une analyse concrète des résultats auxquels mèneraient l'un et l'autre droit: la *lex mitior* est celle qui, prise dans son ensemble et appliquée au cas particulier, aboutit au résultat le plus favorable à l'accusé (CR EIMP-MOREILLON Art. 86 N2). La comparaison doit s'effectuer *in concreto* également selon LUDWICZAK, qui exclut la possibilité d'une combinaison entre les droits des deux Etats: LUDWICZAK, pp. 93-94.

formulation différente, il faut lire à notre sens cette disposition de la même façon que les art. 6 al. 2 et 7 al. 3 CP: le juge suisse ne peut appliquer que le genre de peines prévues par le droit suisse, mais ce dans la limite de la quotité maximale prévue par le droit étranger<sup>49,50</sup>

33. Puisque le droit étranger ne peut s'appliquer qu'en tant que *lex mitior*, la délégation de la poursuite vers la Suisse n'est possible que si la Suisse réprime le crime en question. En plus des conditions explicites prévues par l'art. 85 EIMP, il faut par conséquent retenir la condition — classique — de la *double incrimination*<sup>51</sup>.
34. *Mutatis mutandis*, il semble logique de renvoyer pour l'interprétation de cette condition à ses modalités d'application dans le cadre de l'extradition<sup>52</sup>.
35. Il faut retenir toutefois que le seuil minimum de la peine<sup>53</sup>, en-dessous duquel l'extradition n'est pas possible en vertu de l'art. 35 al. 1 let. a EIMP, n'entre pas en ligne de compte en matière de délégation<sup>54</sup>. Ceci s'explique de par la nature différente des deux institutions, et leur impact sur l'individu. On veut ainsi éviter l'utilisation d'une procédure aussi lourde et intrusive que l'extradition pour l'auteur de délits mineurs, alors que la délégation de poursuite présente précisément l'avantage d'un moindre impact sur le prévenu, qui bénéficie de la commodité relative d'une poursuite 'à domicile'.
36. Une telle conception est conforme au but premier de la délégation, qui n'est pas seulement de permettre ou de faciliter une poursuite pénale. WITSCHI souligne qu'il s'agit avant tout de mener la poursuite «wo dies für den Täter am günstigsten ist», là où elle est la plus avantageuse pour l'accusé. L'objectif est d'éviter que ce

---

49 MOREILLON (CR EIMP Art. 86 N2) s'inspire de l'art. 2 al. 2 CP pour affirmer que «[s']agissant des peines à prononcer, la comparaison doit être faite en se fondant exclusivement sur la sanction principale».

50 Comparer avec les règles qui gouvernent la délégation en matière de circulation routière (art. 101 LCR).

51 JENNI, *op. cit.*, p. 352. Pour une discussion sur le rôle de la condition de double incrimination dans le cadre de la délégation de poursuite, et plus généralement dans la systématique de l'entraide internationale, voir WITSCHI, pp. 40 ss.

52 La condition de la double incrimination est posée par l'art. 35 al. 1 let. a et al. 2 EIMP.

53 Art. 35 al. 1 let. a EIMP: «(...) une sanction privative de liberté d'un maximum d'au moins un an ou d'une sanction plus sévère».

54 L'art. 4 EIMP, selon lequel «[l]a demande est rejetée si l'importance des faits ne justifie pas la procédure», reste toutefois applicable.

dernier ne se trouve poursuivi dans une langue qui n'est pas la sienne et confronté à une mentalité différente<sup>55</sup>.

37. L'absence de seuil minimum de la peine a pour conséquence importante que la délégation peut être appliquée aux conventions<sup>56-57</sup>.

**3. Art. 85 al. 1 EIMP ab initio et art. 85 al. 1 let. b et c EIMP: conditions générales?**

38. L'art. 85 al. 1 EIMP pose quatre conditions cumulatives: la délégation à la Suisse doit être requise par l'Etat territorial (*ab initio*), l'extradition doit être exclue (let. a), la personne poursuivie doit répondre en Suisse d'autres infractions plus graves (let. b) et l'acceptation de la requête de délégation doit être subordonnée à la garantie octroyée par l'Etat délégant du respect du principe *ne bis in idem* (let. c).
39. Se pose dès lors la question de savoir dans quelle mesure ces conditions sont transposables à l'acceptation de la délégation en vertu de l'art. 85 al. 2 EIMP, qui prévoit la possibilité d'accepter la délégation de poursuite lorsque celle-ci permet un meilleur reclassement social de la personne poursuivie.
40. L'art. 85 al. 2 déroge clairement à l'art. 85 al. 1 let. a EIMP, dans la mesure où il s'applique à des situations dans lesquelles l'extradition n'est pas exclue<sup>58</sup>. Quant à la let. c, il paraîtrait raisonnable et souhaitable de l'appliquer par analogie à l'al. 2 afin d'obtenir la garantie *ne bis in idem* dans le cadre de l'art. 85 al. 2 EIMP<sup>59</sup>, du moins dans la mesure où le droit de l'Etat délégant le permet.
41. La question est plus complexe en ce qui concerne la let. b (poursuite existant en Suisse pour d'autres infractions plus graves). D'après MARKEES, cette condition s'applique également à l'art. 85 al. 2 EIMP<sup>60</sup>. Son interprétation est fondée sur le projet du

<sup>55</sup> WITSCHI, p. 35; LUDWICZAK, p. 68, § 205 et p. 82, § 247; et réf. citées. Cf. également *infra* au sujet de l'art. 85 al. 2 EIMP.

<sup>56</sup> JEANNERET, *Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR) du 19 décembre 1958*, p. 559; MARKEES, FJS 424a N4.10.

<sup>57</sup> Les infractions qui tombent en-dessous du seuil minimum de la peine de l'art. 35 EIMP sont également les seules pour lesquelles un ressortissant suisse peut faire l'objet d'une délégation de poursuite avec délégation de la compétence: cf. *infra* § 57.

<sup>58</sup> Cf. *infra*, §§ 59 ss.

<sup>59</sup> Sur le contenu de la garantie, cf. *infra*, §§ 67 ss.

<sup>60</sup> «[C]ette disposition ne touche pas aux conditions prévues sous les let. b et c», MARKEES, FSJ 424a N4.111.

Conseil Fédéral, dont l'al. 2 commençait par «[l]e 1<sup>er</sup> al. est aussi applicable (...)»<sup>61</sup>. L'interprétation sur la base des travaux préparatoires n'est toutefois pas nécessairement convaincante. En l'occurrence, il se justifierait de renoncer à cette condition très restrictive, contraire au caractère réciproque de l'entraide internationale, dans le cas où la délégation entraînerait une meilleure possibilité de reclassement social de la personne poursuivie<sup>62</sup>. Nous lisons sous cet angle l'art. 85 al. 2 EIMP comme le corollaire de la «norme analogue»<sup>63</sup> qu'est l'art. 37 al. 1 EIMP: lorsque le reclassement social le justifie, la Suisse peut à la fois refuser l'extradition et en lieu et place de celle-ci accepter une délégation de poursuite. L'absence, en ce qui concerne l'art. 37 al. 1 EIMP, de la condition de l'existence d'une poursuite en Suisse pour des infractions plus graves, nous fait affirmer que cette condition ne doit pas s'appliquer à l'art. 85 al. 2 EIMP.

42. Quant à l'exigence de l'Etat territorial comme Etat délégant (art. 85 al. 1 EIMP *ab initio*: «A la demande de l'Etat où l'infraction a eu lieu...»), le fait que l'art. 85 al. 2 EIMP ne mentionne nullement la nécessité d'une demande d'un autre Etat (pourtant une condition manifestement nécessaire) indique qu'il convient d'appliquer la clause initiale de l'art. 85 al. 1 EIMP également à l'al. 2. La compétence territoriale de l'Etat délégant doit donc être retenue comme une condition générale pour l'acceptation de la délégation par la Suisse.

#### 4. *Garantie ne bis in idem*

43. L'acceptation par la Suisse de la délégation de la poursuite étrangère est subordonnée à l'obtention de la garantie de l'Etat délégant «de ne plus (...) poursuivre [la personne poursuivie] pour le même acte après qu'elle aura été acquittée ou qu'elle aura subi une sanction en Suisse» (art. 85 al. 1 let. c EIMP). Le terme 'sanction', dans le cadre de l'EIMP, désigne «toute peine ou mesure» (art. 11 al. 2 EIMP).

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, § 14.

<sup>62</sup> *Contra*, LUDWICZAK (p. 142, § 375), qui semble considérer que toutes les conditions des al. 1 et 2 sont cumulatives, les deux seules conditions alternatives étant l'exclusion de l'extradition (al. 1) ou sa non-justification jointe à l'opportunité en termes de reclassement social (al. 2).

<sup>63</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1A\_262/2004 du 7 décembre 2004, c. 4.3.

44. Cette 'garantie *ne bis in idem*', en même temps qu'elle représente une condition de l'acceptation de la délégation, détermine le principal effet de celle-ci vis-à-vis de l'Etat délégant. Sa portée est donc approfondie ci-dessous (§§ 67 ss).

**5. Droits de l'homme: procédure viciée à l'étranger**

45. MARKEES écrivait (en 1986) que le refus d'extrader lorsque la procédure dans l'Etat requis est 'suspecte' ne trouve pas son pendant dans la procédure de délégation, car «une acceptation de la poursuite pénale par la Suisse, combinée avec l'obligation de l'Etat d'infraction (l'Etat requérant [délégant]) de respecter le principe *ne bis in idem* a justement pour effet d'empêcher que la personne poursuivie ne fasse l'objet d'une procédure pareillement suspecte. *Il serait par conséquent absurde que la Suisse refuse, par analogie avec l'extradition, d'accepter une poursuite pénale par délégation*»<sup>64</sup>.
46. Au vu des développements en matière de garanties procédurales, une telle position ne saurait être retenue aujourd'hui. L'art. 2 EIMP subordonne désormais toute forme d'octroi de la coopération au respect, par la procédure étrangère, des normes de la CEDH et du Pacte ONU II. S'il est manifeste que l'enquête ou la procédure étrangère ne respectent pas ces normes, la Suisse peut être dans l'obligation de refuser la délégation. La décision dépendra cependant des circonstances et de la nature des vices constatés dans la procédure étrangère. Ainsi, des éléments justifiant un refus d'extrader n'imposent pas nécessairement le refus d'accepter la délégation<sup>65</sup>.
47. En ce qui concerne les actes de procédure déjà accomplis par l'Etat délégant, l'art. 92 EIMP prévoit que «[t]out acte d'instruction légalement accompli par les autorités de l'Etat requérant est assimilé à un acte de même nature accompli en Suisse». La légalité des actes selon le droit étranger, mais également leur

---

<sup>64</sup> MARKEES, FSJ 424 N4.041.2.d; citations omises, mise en évidence ajoutée.

<sup>65</sup> La Suisse a par exemple refusé une demande d'extradition émanant du Rwanda au motif que «il n'est pas exclu que la personne poursuivie subisse des atteintes à ses droits fondamentaux si elle venait à être remise aux autorités rwandaises» (le renvoi de la personne au Rwanda avait d'ailleurs été jugé impossible par l'Office fédéral des migrations); mais la Suisse a par la même occasion indiqué au Rwanda qu'il pouvait déléguer la poursuite à la Suisse (Communiqué de l'Office fédéral de la justice du 30 juin 2009, «Le Rwanda peut présenter à la Suisse une demande de délégation de la poursuite pénale»). Une telle solution s'insère dans la même logique que celle de l'art. 7 al. 1 let. c CP, disposition qui s'applique notamment aux réfugiés qui ne peuvent être extradés vers leur Etat d'origine.

conformité aux droits fondamentaux, pourront et devront être contrôlées préjudiciellement par les autorités pénales suisses.

48. Une situation peut toutefois se présenter dans laquelle le vice de la procédure étrangère n'apparaît qu'une fois la délégation acceptée, et le juge<sup>66</sup> suisse déjà saisi. La question qui se pose alors tient à nouveau aux conséquences d'un éventuel classement par le juge suisse, au regard du principe *ne bis in idem* et de la nature conventionnelle de la délégation; on peut renvoyer ici le lecteur aux considérations exprimées ci-dessous à ce sujet (§§ 67 ss).

### 6. *Présence en Suisse de la personne poursuivie*

49. En vertu de l'art. 86 al. 3 EIMP, la procédure par défaut est exclue en cas de délégation 'passive'. La conséquence en est que la présence de la personne poursuivie est nécessaire pour mener à bien une procédure fondée sur une délégation. Il faut y voir une limite, justifiée par des questions d'opportunité, à l'assimilation de la compétence étrangère à la compétence suisse.
50. L'EIMP ne fait cependant pas de la présence en Suisse une condition formelle d'acceptation de la délégation, ni une condition d'existence de la compétence déléguée. On peut donc imaginer qu'une requête de délégation soit valablement acceptée par la Suisse alors même que la personne poursuivie n'a pas encore été localisée avec certitude. Il s'agit toutefois d'un obstacle procédural qui viderait de son sens la délégation de la poursuite s'il n'y avait pas d'espoir *concret* que la personne poursuivie comparaisse devant les autorités suisses. Dans ce dernier cas, un refus de la délégation se justifierait.
51. L'exigence de la présence en Suisse est à distinguer de celle de la résidence habituelle en Suisse prévue par l'art. 85 al. 2 EIMP. Il faut rapprocher la condition de la présence en Suisse de celle prévue par les art. 6 al. 1 let. b et 7 al. 1 let. b CP<sup>67</sup>.
52. Lorsqu'une procédure sur délégation a été initiée en Suisse, on peut se poser la question des conséquences d'un départ de la personne poursuivie (qu'il s'agisse d'un départ licite ou d'une fuite) et de son défaut subséquent devant les autorités de poursuite.

---

<sup>66</sup> Qu'il s'agisse de l'autorité de poursuite ou du juge du fond.

<sup>67</sup> Du moins dans la mesure où l'on appliquerait la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux art. 5 et 6 aCP, selon laquelle le jugement *in absentia* n'était pas possible; cf. CR CP I-HENZELIN Art. 6 N26 et réf. citées. On retiendra, par analogie avec ces dispositions, une obligation pour les autorités de faire le nécessaire pour conserver les preuves disponibles (*ibid.* Art. 6 N30).

A notre avis, l'art. 86 al. 3 EIMP ne suffit pas pour considérer qu'un tel départ rend *ipso facto* sans objet la compétence déléguée conférée à la Suisse. Celle-ci pourrait théoriquement se servir des instruments d'entraide normalement disponibles pour s'assurer de la présence du prévenu: notification à l'étranger d'une citation à comparaître, audition par commission rogatoire, voire requête d'extradition<sup>68</sup>. Il nous semble plus ardu d'imaginer une nouvelle délégation de la poursuite. En tout état, il nous paraît indiqué, lorsque ce problème se pose en raison du défaut de la personne poursuivie, que la Suisse en informe l'Etat délégant et dans la mesure du possible décide de la suite à donner en concertation avec ce dernier. L'objectif commun devrait être celui de garantir la continuation de la poursuite afin d'éviter de 'récompenser' l'auteur fugitif<sup>69</sup>.

### 7. *Autres motifs de refus*

53. Rappelons enfin que l'OFJ «peut refuser la poursuite pénale, si des raisons majeures s'y opposent ou que l'importance de l'infraction ne la justifie pas» (art. 91 al. 4 EIMP)<sup>70</sup>. De même, l'art. 1a EIMP réserve dans tous les cas « la souveraineté, [...] la sûreté, [...] l'ordre public ou d'autres intérêts essentiels de la Suisse». On pourrait imaginer — en s'inspirant de la doctrine du *forum non conveniens*<sup>71</sup> — un refus lorsque la présence en Suisse de la personne poursuivie n'est que transitoire.
54. De même, comme déjà rappelé *supra*, l'OFJ est également chargé en vertu de l'art. 8 EIMP de vérifier que l'Etat délégant accorde la réciprocité à la Suisse<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Ces possibilités resteront exceptionnelles dans les cas visés par l'art. 85 al. 2 EIMP.

<sup>69</sup> Dans ce sens, voir les considérations du Conseil fédéral à propos de l'art. 264m al. 2 CP: «[l]a let. b de l'al. 2 n'a pas pour but d'accorder un avantage légal à l'inculpé qui, ayant pris la fuite, se soustrait en cours de procédure à l'action pénale», Message du 23 avril 2008 relatif à la modification de lois fédérales en vue de la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2008 3461, p. 3547.

<sup>70</sup> Cf. également art. 4 EIMP.

<sup>71</sup> Cf. AKEHURST, 'Jurisdiction in International Law' (1974) 46 British Year Book of International Law 145, 170-171.

<sup>72</sup> La Suisse a par exemple par le passé refusé d'accepter des requêtes de délégation émanant de la Finlande, dont la législation ne permettait alors pas d'accepter des requêtes suisses.

### C. Conditions spécifiques à l'application de l'art. 85 al. 1 EIMP

55. Dans la règle, la délégation ne peut être acceptée qu'à condition que l'extradition à l'Etat délégant de la personne poursuivie (qui se trouve alors en Suisse) soit exclue (let. a), et qu'en outre la personne soit déjà poursuivie en Suisse pour d'autres infractions plus graves (let. b). En d'autres termes, la Suisse n'accepte la délégation que s'il n'y a pas de possibilité de se défaire autrement du prévenu (ce qui souligne, une fois de plus, le caractère subsidiaire de la délégation), et que la Suisse elle-même y trouve son compte en joignant la poursuite déléguée à une poursuite préexistante<sup>73</sup>.
56. La première condition («extradition exclue») permet de circonscrire les infractions pour lesquelles l'art. 85 al. 1 est applicable.
57. Il s'agit essentiellement des infractions qui n'atteignent pas le seuil prévu par l'art. 35 al. 1 let. a EIMP<sup>74</sup>. Ces actes, n'étant pas susceptibles de donner lieu à extradition, ne permettent pas non plus d'appliquer l'art. 7 al. 1 CP. C'est donc là également le seul cas de figure dans lequel un ressortissant suisse pourrait faire l'objet d'une délégation de poursuite (pour autant qu'il n'ait pas consenti à son extradition: art. 25 al. 1 Cst., art. 7 al. 1 EIMP)<sup>75-76</sup>. La Suisse prévoit ainsi une possibilité d'accepter la délégation de poursuite dirigée contre ses propres ressortissants pour des délits dont la peine maximale est inférieure au seuil donnant lieu à extradition, possibilité qui n'est pas connue de nombreux droits étrangers.

---

<sup>73</sup> Nous avons noté *supra* (note 5) que la Convention européenne de 1972 sur la transmission des procédures répressives (à laquelle la Suisse n'est pas partie) ne prévoit pas une telle condition. Il est également soutenu *supra* (§ 41) qu'elle ne s'applique pas à l'art. 85 al. 2 EIMP: lorsque le reclassement social de la personne poursuivie le justifie, la Suisse peut refuser l'extradition (art. 37 al. 1 EIMP) et accepter une éventuelle demande de délégation de poursuite sans qu'il n'y ait déjà de poursuite en Suisse pour d'autres infractions.

<sup>74</sup> Pour autant que l'art. 4 EIMP ne trouve pas application, cf. *supra*, note 54.

<sup>75</sup> Par rapport au ressortissant suisse qui refuse l'extradition, l'art. 7 al. 1 CP reste applicable, parce que la condition d'acte qui «peut donner lieu à extradition» est liée à l'acte lui-même et est indépendante de la punissabilité ou 'extradabilité' de l'auteur (CR CP I-HENZELIN, Art. 7 N10). Il y a donc des situations où «l'extradition est exclue» au sens de l'art. 85 EIMP, pour des actes qui «peuvent donner lieu à extradition» au sens de l'art. 7 al. 1 CP: c'est dans cette marge, déterminée par le seuil de l'art. 35 al. 1 let. a EIMP, qu'il faut rechercher les cas où le ressortissant suisse peut faire l'objet d'une délégation de poursuite.

<sup>76</sup> On peut en outre réserver le cas théorique d'infractions pour lesquelles l'extradition est exclue en vertu d'une règle spéciale prévue par un traité d'extradition.

58. L'art. 85 al. 1 let. b EIMP et le critère de «autres infractions plus graves» peuvent être interprétés à la lumière (analogique) de l'art. 34 al. 1 CPP: il faut donc comprendre cette notion comme faisant référence à la peine-menace des infractions poursuivies. Le concours entre plusieurs infractions devra être pris en compte pour déterminer la peine concrètement encourue.

**D. Conditions spécifiques à l'application de l'art. 85 al. 2 EIMP**

59. L'art. 85 al. 2 EIMP permet d'accepter la délégation de poursuite à l'encontre d'une personne résidant habituellement en Suisse dont l'extradition n'est pas justifiée et «si l'acceptation de la poursuite semble opportune en raison de sa situation personnelle et de son reclassement social».
60. Cette disposition a pour but de remplir l'un des objectifs de la délégation, à savoir le 'déplacement' de la poursuite dans l'Etat où l'accusé se trouve déjà et dont il connaît la langue et la mentalité<sup>77</sup>. Il faut selon nous la lire en parallèle avec l'art. 37 al. 1 EIMP, qui permet de refuser l'extradition lorsque le reclassement social de la personne poursuivie le justifie<sup>78</sup>. La combinaison des deux articles offre donc à la Suisse la possibilité de choisir d'accepter la délégation plutôt que d'extrader la personne poursuivie. Cette possibilité est toutefois subordonnée à la volonté — et, formellement, à la requête de délégation — de l'Etat requérant, puisqu'une demande d'extradition refusée ne fournit pas en soi de compétence déléguée<sup>79</sup>. Comme souligné plus haut, contrairement à la compétence fondée sur le principe de représentation (art. 6 al. 1 let. b, 7 al. 1 let. c, 7 al. 2 let. a CP), la délégation de la poursuite ne s'insère pas dans une logique de lutte contre l'impunité et d'extension de la compétence, mais

---

<sup>77</sup> Cf. *supra*, § 36 et note 55.

<sup>78</sup> La Suisse doit être «en mesure d'assumer la poursuite de l'infraction»; la compétence de la Suisse peut toutefois à notre sens également se fonder sur la délégation d'un Etat étranger.

<sup>79</sup> Le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral ont ainsi estimé que la Suisse ne pouvait se prévaloir d'une compétence déléguée sur la base d'une requête d'extradition qu'elle a refusée: «les autorités françaises, en optant pour l'extradition, ont clairement exprimé qu'elles n'entendaient pas se dessaisir de la procédure ouverte contre la recourante» (arrêt du Tribunal fédéral 1A\_262/2004 du 7 décembre 2004, c. 4.3); «Festzuhalten ist, dass die Schweiz selbst bei Anwendbarkeit von Art. 85 IRSG die Strafverfolgung nur stellvertretend übernehmen kann, wenn die ausländische Behörde ausdrücklich darum ersucht. Im hier zu beurteilenden Fall wäre auch diese Voraussetzung nicht erfüllt, haben die polnischen Behörden doch kein entsprechendes Ersuchen gestellt, sondern verlangen vielmehr die Auslieferung» (arrêt du Tribunal pénal fédéral RR.2009.76 du 9 juillet 2009, c. 11.2, et réf. citées).

visé plutôt la recherche d'un *forum conveniens*, tantôt pour l'Etat, tantôt pour l'individu concerné.

61. Par analogie avec ce que retient le Tribunal fédéral au sujet de l'art. 36 al. 1 EIMP<sup>80</sup>, il faut considérer que l'art. 85 al. 2 EIMP est une disposition *potestative* et accorde à l'autorité un très large pouvoir d'appréciation.
62. Selon le Tribunal fédéral (et par analogie avec l'art. 37 al. 1 EIMP) l'art. 85 al. 2 EIMP n'est pas applicable à un Etat auquel la Suisse est liée par un traité qui interdit de refuser l'extradition pour des motifs tenant à l'état de santé ou au reclassement de la personne poursuivie. Tel serait par exemple le cas de la France<sup>81</sup>.

## **E. Effets de la délégation de la poursuite avec délégation de compétence à la Suisse**

63. Comme souligné ci-dessus, la délégation à la Suisse doit être comprise comme un accord international entre l'Etat délégant et la Suisse comme Etat délégataire; le contenu de cet accord se résume en deux points, à savoir une obligation de poursuivre<sup>82</sup> pour la Suisse et une obligation *ne bis in idem* pour l'Etat délégant. Ces deux éléments représentent donc les effets juridiques principaux de la délégation à la Suisse, dont il convient à présent de préciser la portée.

### **1. Obligation de poursuivre**

64. En ce qui concerne l'obligation de poursuivre, la décision des autorités politiques d'accepter une requête de délégation ne saurait bien sûr avoir pour conséquence de lier les autorités judiciaires. Il faut par conséquent retenir — par analogie avec l'obligation de *prosequi* dans les clauses *aut dedere aut prosequi* — qu'une fois la requête acceptée, l'affaire doit nécessairement être déférée aux autorités de poursuite compétentes<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1C\_515/2013 du 19 juin 2013, c. 1.2; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_525/2013 du 19 juin 2013, c. 2.1.1, et réf. citées.

<sup>81</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1A\_262/2004 du 7 décembre 2004, c. 4.3, et arrêts cités. En revanche, il est possible pour la Suisse, sur la base des art. 36 al. 1 EIMP et 85 al. 2 EIMP, d'extrader alors même que la Suisse est l'Etat territorial et simultanément de déléguer la poursuite des faits commis en Suisse: cf. arrêts du Tribunal fédéral 1C\_515/2013 et 1C\_525/2013 du 19 juin 2013.

<sup>82</sup> Dans les limites définies *infra*, 1.

<sup>83</sup> Cf. CR CP I-HENZELIN Art. 6 N5; ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 705-706.

C'est la solution retenue par l'art. 91 al. 3 EIMP, qui rappelle que l'autorité de poursuite n'est pas obligée d'ouvrir une action pénale. Elle reste dès lors libre de décider du sort de la procédure, et donc de rendre une ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 CPP), et *a fortiori* toute autre décision, telle une ordonnance de classement<sup>84</sup>.

85. L'autorité de poursuite aura d'ailleurs, conformément à l'art. 36 al. 1 OEIMP, l'obligation d'informer l'OFJ sur les suites données à la procédure. Ceci permettra à son tour à l'OFJ d'informer l'Etat délégant en application de l'art. 36 al. 2 OEIMP.
66. La poursuite est menée par les autorités suisses de la même manière que si elle était fondée sur une compétence suisse originale. Le for cantonal de la procédure pénale (et donc l'autorité compétente à laquelle l'OFJ transmettra le dossier) sera déterminé par l'art. 32 CPP (infractions commises à l'étranger; cf. ancien art. 348 CP), à moins que l'infraction ne ressortisse à la juridiction fédérale. On soulignera que les documents officiels de l'Etat délégant se voient attribuer par l'art. 37 OEIMP la même valeur procédurale que des documents suisses analogues.

## 2. *Obligation ne bis in idem*

67. Le pendant de l'obligation de poursuivre de l'Etat déléataire est l'obligation *ne bis in idem* incombant à l'Etat délégant, dont la garantie donnée à la Suisse est une condition formelle d'acceptation de la délégation<sup>85</sup>. Le contenu exact de cette obligation prête à débat; sa délimitation permet de déterminer dans quelles circonstances la reprise de la poursuite par l'Etat délégant est envisageable.
68. Il faut tout d'abord rappeler que la portée de *ne bis in idem* dans les rapports entre Etat délégant et Etat déléataire ne peut être trop rapidement assimilée à la portée générale de *ne bis in idem* dans les rapports internationaux<sup>86</sup>. Il ne s'agit pas en effet d'un simple conflit positif de compétences répressives, que l'on chercherait à résoudre en attribuant à la première poursuite un effet opposable

---

<sup>84</sup> Il sied de souligner que lorsqu'une poursuite a eu lieu, l'acquittement de la personne poursuivie satisfait l'obligation *prosequi* de l'Etat déléataire.

<sup>85</sup> Cf. *supra*, § 43.

<sup>86</sup> A ce propos, voir notamment art. 54 CAAS. Cf. CR CP I-HARARI / LINIGER Art. 3 N32 ss; ROTH, 'Non bis in idem transnational: vers de nouveaux paradigmes' in BRAUM / WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen* (2009), pp. 121-141.

à l'Etat de la seconde poursuite. Dans le cas de la délégation *avec* délégation de compétence, un Etat a volontairement transféré sa compétence répressive à un autre Etat. Il s'en trouve momentanément dessaisi<sup>87</sup>, et il est logique que le jugement rendu dans l'Etat délégataire ait un effet analogue à celui qu'aurait comporté une décision rendue dans l'Etat délégant.

69. Les dispositions relatives à la délégation par la Suisse ne sont guère utiles dans la détermination de la portée de *ne bis in idem*. Tout comme l'art. 85 al. 1 let. c EIMP, l'art. 3 al. 3 CP emploie les termes «acquitté» et «subi une sanction» pour déterminer les cas dans lesquels la Suisse ne peut pas reprendre la poursuite après l'avoir déléguée à un autre Etat. La portée de cet article est controversée et n'a jamais été abordée par le Tribunal fédéral<sup>88</sup>.
70. On peut en revanche trouver une indication plus précise à l'art. 5 EIMP, qui empêche la Suisse d'accepter une demande d'entraide — et donc une requête de délégation — non seulement lorsqu'une sanction, prononcée en Suisse ou à l'étranger, a été exécutée ou en cas d'acquiescement en Suisse ou à l'étranger, mais également en cas de non-lieu prononcé par le juge (art. 5 al. 1 let. a ch. 1 EIMP). Il y a donc, dans le cadre de l'entraide, une conception suisse de *ne bis in idem* qui s'applique également au non-lieu. Dans l'optique de réciprocité prônée par l'EIMP (art. 8), il serait par conséquent logique d'étendre cette conception à la garantie *ne bis in idem* que la Suisse doit obtenir de l'Etat délégant en vertu de l'art. 85 al. 1 let. c EIMP<sup>89</sup>.
71. Que ce soit dans le sens 'actif' ou 'passif' de la délégation, la même solution s'impose. Lorsque la procédure dans l'Etat délégataire a respecté les exigences minimales relatives aux droits des parties et qu'elle met un terme définitif à la poursuite, la décision

---

<sup>87</sup> LUDWICZAK p. 90, § 289: «La délégation de poursuite n'entraîne pas une perte de la compétence de l'Etat délégant. Son exercice est suspendu pendant toute la durée de la poursuite dans l'Etat délégataire. On pourrait ainsi dire que la compétence de l'Etat délégant est figée» (notes omises). A ce propos, on soulignera que l'art. 8 al. 3 CPP, selon lequel les autorités de poursuite «peuvent renoncer à engager une poursuite pénale si aucun intérêt prépondérant de la partie plaignante ne s'y oppose et (...) que la poursuite est déléguée à une [autorité étrangère]», relève du contresens: les autorités de poursuite suisses *doivent* renoncer à la poursuite lorsque celle-ci a été déléguée.

<sup>88</sup> Voir CR CP I-HARARI / LINIGER Art. 3 N57 ss, et références citées.

<sup>89</sup> Une telle conception ne s'est toutefois pas imposée dans la pratique, les Etats auxquels la Suisse délègue appliquant le principe *ne bis in idem* de façon plus laxiste que la Suisse: JENNI, *op. cit.*, pp. 359-60. Il faut peut-être y voir une conséquence de ce que la délégation à la Suisse peut intervenir *avec* délégation de compétence, alors que la délégation *par* la Suisse a lieu le plus souvent *sans* délégation de compétence: lorsque l'Etat délégataire est déjà compétent à titre originaire, il peut paraître moins opportun d'assortir la délégation d'effets contraignants pour l'Etat délégataire.

de non-lieu<sup>90</sup> ou de classement<sup>91</sup>, fondée sur des considérations matérielles<sup>92</sup> et dûment motivée, doit être assimilée à un acquittement au sens des art. 3 al. 3 CP et 85 al. 1 let. c EIMP. Il serait en revanche exagéré d'y assimiler également la décision de non-entrée en matière au sens de l'art. 310 CPP, fondée sur des considérations formelles ou sous l'angle de la vraisemblance. L'ordonnance de non-entrée en matière par le procureur suisse constituerait ainsi un cas dans lequel, après s'être dessaisi de sa compétence en faveur de la Suisse, l'Etat délégant la retrouverait et pourrait reprendre la poursuite à son compte.

72. L'Etat délégant retrouve également sa compétence si l'Etat délégataire communique qu'il n'est pas à même de mener à bien la poursuite<sup>93</sup>. Il est en revanche moins aisé de déterminer si l'Etat délégant peut à nouveau poursuivre en se fondant seulement sur sa propre constatation de la 'passivité' de l'Etat délégataire.
73. Dans le cadre de l'art. 85 al. 1 let. c EIMP, la garantie *ne bis in idem* n'est pas (seulement) une garantie procédurale en faveur de l'individu; elle s'insère dans le cadre d'un rapport conventionnel interétatique. L'éventuelle reprise de la poursuite par l'Etat étranger délégant, après une décision suisse définitive rendue sur la base de la compétence déléguée, devrait constituer un acte internationalement illicite, engageant la responsabilité de l'Etat étranger<sup>94</sup>.

### 3. Effets sur les saisies ou séquestres

74. Notons enfin que la délégation à la Suisse n'a pas automatiquement pour effet de transférer à la Suisse la compétence relative aux saisies (ou séquestres) opérés dans l'Etat délégataire. Dans l'arrêt *Salinas*, le Tribunal fédéral a estimé que, lorsque la Suisse

---

<sup>90</sup> Le nouveau droit suisse ne connaît que le 'classement': cf. CR CPP-ROTH Intro. Art. 319-323.

<sup>91</sup> Il est vrai en revanche que l'art. 323 CPP (*cum* art. 11 CPP) permet de reprendre une poursuite close par un classement, ce qui plaiderait en faveur d'une reprise possible de la procédure par l'Etat délégant également. Voir également l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne C-491/07 du 22 décembre 2008, dans lequel la Cour a considéré qu'une «suspension de la poursuite» ne constituait pas un jugement définitif et ne tombait donc pas sous le coup du principe *ne bis in idem* tel que stipulé par l'art. 54 CAAS.

<sup>92</sup> JENNI, *op. cit.*, p. 359.

<sup>93</sup> Cf. art. 89 al. 1 let. a EIMP.

<sup>94</sup> Il convient de répéter que la pratique n'a pas consacré cette vision, JENNI, *op. cit.*, pp. 359-60.

délègue la poursuite à un Etat étranger, le séquestre pénal ordonné en Suisse n'est pas automatiquement délégué avec le reste de la procédure: «qu'une autorité étrangère dispose à son gré d'un séquestre peut porter atteinte à la souveraineté de la Suisse»<sup>95</sup>. Selon cet arrêt, il appartiendrait par la suite à l'Etat délégataire de demander, par une requête d'entraide ultérieure, la remise d'objets ou valeurs séquestrés. La même solution semble donc devoir s'imposer, en vertu du principe de réciprocité, à la Suisse en tant qu'Etat délégataire. La décision du Tribunal fédéral dans le cas d'espèce doit à notre sens être comprise comme une exception. En principe, le droit de décider du sort des séquestres ne devrait pas être dissocié du 'droit de punir' octroyé avec la délégation de la poursuite.

## V. CONCLUSION

75. Le caractère subsidiaire de la délégation de la poursuite à la Suisse, ancré avant tout dans l'art. 85 EIMP, ainsi que dans la préférence accordée à l'extradition, rend en principe exceptionnel l'utilisation de ce mode d'entraide.
76. Il l'est moins si l'on y assimile les délégations de poursuite *sans* délégation de compétence, ainsi que les transmissions spontanées d'informations et de preuves ('dénonciation'). La délimitation entre la dénonciation — simple transmission par un Etat étranger, sans effet contraignant particulier pour aucun des deux Etats — et la délégation — assortie des conséquences et des contraintes que nous avons tenté de mettre en lumière — paraît d'autant plus ténue que la 'transmission' d'un dossier pénal à la Suisse n'offre dans les deux cas aucune possibilité de recours à la personne poursuivie.
77. L'assimilation à la délégation proprement dite (*avec* délégation de la compétence) de la délégation *sans* délégation de la compétence ainsi que de la 'dénonciation' s'explique également par une tendance naturelle (et vérifiée) de la pratique de la coopération internationale, marquée par la réciprocité. Les demandes de délégation 'actives' formulées par la Suisse à un Etat étranger le sont le plus souvent alors même que l'Etat étranger est déjà compétent à titre originaire; de nombreux Etats en font même une condition de l'acceptation de la délégation. Il paraît dès lors

---

<sup>95</sup> ATF 129 II 449, SJ 2004 I 213, JdT 2006 IV 35, c. 2.3.

compréhensible, malgré la lettre claire de l'art. 85 al. 3 EIMP et les difficultés conceptuelles qui en résultent, d'admettre que la Suisse, par hypothèse déjà compétente pour poursuivre, puisse accepter sous forme de «délégation» la transmission d'un dossier étranger.

78. Telle que nous l'avons analysée ici, la délégation de la poursuite, qu'elle intervienne *avec* ou *sans* délégation de la compétence, présente des effets contraignants qui résultent de l'accord intervenu entre les Etats. Idéalement, la délégation devrait être accompagnée d'une obligation *ne bis in idem* de la part de l'Etat délégant. Ceci plaide également pour que la Suisse puisse accepter, en dehors du cadre strict de l'EIMP, les délégations *sans* délégation de compétence. Cet outil permet alors d'éviter les problèmes issus de la collision de différentes souverainetés étatiques, et les risques de 'multi-poursuites' qui en résultent pour les personnes poursuivies<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Dans ce sens, voir arrêt du Tribunal pénal fédéral RR 2013.22 du 17 mai 2013, c. 5.4.2: «(...) soll die stellvertretende in erster Linie die nachteiligen Wirkungen mehrfacher Strafverfahren wegen Taten, die unter die Gerichtsbarkeit verschiedener Staaten fallen, beseitigen».

**TABLE DES MATIÈRES**

I.	INTRODUCTION .....	385
II.	DÉFINITIONS ET NOTIONS .....	387
III.	CONTENU DE L'ACCORD DE DÉLÉGATION DE POURSUITE, AVEC OU SANS DÉLÉGATION DE COMPÉTENCE .....	392
IV.	LA DÉLÉGATION À LA SUISSE SELON LES ART. 85 SS EIMP.....	394
	A. Deux fondements distincts pour l'acceptation de la délégation .....	394
	B. Conditions communes aux art. 85 al. 1 et al. 2 EIMP .....	394
	1. Art. 85 al. 3 EIMP: la compétence déléguée comme critère de rattachement subsidiaire.....	394
	2. Droit applicable et double incrimination .....	396
	3. Art. 85 al. 1 EIMP <i>ab initio</i> et art. 85 al. 1 let. b et c EIMP: conditions générales? .....	398
	4. Garantie <i>ne bis in idem</i> .....	399
	5. Droits de l'homme: procédure viciée à l'étranger .....	400
	6. Présence en Suisse de la personne poursuivie .....	401
	7. Autres motifs de refus.....	402
	C. Conditions spécifiques à l'application de l'art. 85 al. 1 EIMP.....	403
	D. Conditions spécifiques à l'application de l'art. 85 al. 2 EIMP.....	404
	E. Effets de la délégation de la poursuite <i>avec</i> délégation de compétence à la Suisse .....	405
	1. Obligation de poursuivre .....	405
	2. Obligation <i>ne bis in idem</i> .....	406
	3. Effets sur les saisies ou séquestres.....	408
V.	CONCLUSION .....	409

