



Strasbourg, 15/12/2016
[PC-OC/DOCS2016/PC-OC(2016)07F]
<http://www.coe.int/tcj>

PC-OC(2016)07

COMITÉ EUROPÉEN SUR LES PROBLÈMES CRIMINELS

(CDPC)

COMITÉ D'EXPERTS

SUR LE FONCTIONNEMENT DES CONVENTIONS EUROPÉENNES

SUR LA COOPÉRATION DANS LE DOMAINE PÉNAL

(PC-OC)

16 novembre 2016

**Session spéciale sur les nouvelles possibilités pour l'entraide judiciaire créées par le
Second Protocole Additionnel à la Convention sur l'entraide judiciaire en matière pénale**

(dans le cadre de la mise en œuvre du Plan d'Action sur le COT)

Contents

Programme de la Session speciale	3
Introduction par M. Eugenio Selvaggi (Italie)	4
Présentation par M. Vincent Jamin, Eurojust Secrétariat ECE	7
Atelier 1 : Échange d'informations Document de travail établi par Mme Eleni Loizidou (Chypre).....	8
Atelier 1 : Echange d'informations Résumé des discussions par Ms Barbara Goeth-Flemmich (Autriche)	11
Atelier 2 : collecte des preuves Document de travail établi par M. Erik Verbert (Belgique).....	13
Atelier 2 : Collecte des preuves Résumé des discussions par M. Juhan Korhonen (Finlande)	17

Programme de la Session spéciale

- 14h00: **Introduction générale** par M. Eugenio Selvaggi (Italie), Rapporteur sur l'entraide judiciaire
- Présentation** par M. Vincent Jamin, Eurojust Secrétariat ECE
- 14h30: **Atelier 1: Echange d'information** (Agora Salle 6)
(Portée du contenu et voies de communication ; par ex. Art. 1.3; 4; 11; 15; 16; 25; 26)
- Echange de vues sur la base d'un document de travail préparé par la modératrice
- Modératrice: Mme Eleni Loizidou (Chypre)
Rapporteuse: Mme Barbara Goeth-Flemmich (Autriche)
- Atelier 2: Collecte des preuves** (Agora Salle 3)
(Méthodes de collecte et admissibilité des preuves dans l'état requérant ; par ex. Art 9; 10; 12; 13; 14; 17; 18; 19; 20; 23)
- Echange de vues sur la base d'un document de travail préparé par le modérateur
- Modérateur: M. Erik Verbert (Belgique)
Rapporteur: M. Juhani Korhonen (Finlande)
- 16h00: Pause
- 16h30: **Présentation des discussions des ateliers par les Rapporteurs**
- 17h00: **Conclusion par Mme Joana Ferreira (Portugal), vice-Présidente du PC-OC**

Introduction

par M. Eugenio Selvaggi (Italie)

Le présent document vise à proposer aux participants de la Session spéciale consacrée à l'entraide judiciaire un certain nombre de sujets de réflexion. Mais leurs discussions ne doivent pas se limiter aux points mentionnés ci-dessous.

Remarques préliminaires. *Si tu ne sais pas où tu vas, sache au moins d'où tu viens, précise un dicton juif.*

D'où vient le Deuxième Protocole ?

Les changements qu'a connus la coopération judiciaire, en particulier depuis une vingtaine d'années, s'expliquent par un certain nombre de raisons.

1. Les personnes, les biens et les capitaux circulent très rapidement et librement, bien plus que par le passé. Les criminels se déplacent eux aussi plus souvent et plus librement que jamais (les procureurs et les services répressifs doivent les intercepter aux frontières). Cette situation est l'une des nombreuses conséquences de la mondialisation.

2. Plusieurs formes de criminalité sont transnationales par nature et il s'agit des plus dangereuses d'entre elles. Soit les activités criminelles (drogue, armes, traite des êtres humains, terrorisme) ont des répercussions sur plusieurs pays, soit les produits du crime sont placés dans des pays qui ne disposent pas de mesures effectives de coopération judiciaire (notamment les paradis fiscaux).

3. Le *modus operandi* des criminels a également évolué grâce aux nouvelles technologies (escroqueries sur internet, par exemple), ce qui pose le problème du lieu de l'infraction, autrement dit de l'État compétent.

La présente session spéciale s'inscrit dans le cadre du Plan d'action sur le COT, tel qu'il a été approuvé. Cela signifie que les débats et les résumés de ces débats devraient être orientés de manière à servir de contribution à de nouvelles initiatives. Il est donc particulièrement important de consacrer cette session aux experts de la coopération judiciaire internationale, qui pourront faire part de leur expérience, et de vérifier à partir de ces éléments si les problèmes rencontrés peuvent être réglés par des bonnes pratiques ou si une autre forme d'action s'impose, comme la rédaction de textes non contraignants ou d'instruments contraignants.

D'où vient le Deuxième Protocole ? La page internet qui lui est consacrée précise que « *ce Protocole a pour but de renforcer la capacité des Etats à réagir à la criminalité transfrontière en tenant compte de l'évolution politique et sociale en Europe et des développements technologiques intervenus dans le monde entier. Il aura ainsi pour effet d'améliorer et de compléter la Convention de 1959 et son Protocole additionnel de 1978 en diversifiant notamment les situations dans lesquelles l'entraide judiciaire peut être demandée, en facilitant cette entraide et en la rendant plus rapide et plus souple. Par ailleurs, il tient compte de la nécessité de protéger les droits individuels dans le cadre du traitement des données à caractère personnel* ».

Il convient de rappeler que la rédaction de ce protocole doit être mise en parallèle avec la Convention d'entraide judiciaire de l'UE de 2000 ; les deux textes sont, de fait, presque similaires. Mais ils s'inscrivaient (et s'inscrivent toujours) dans un cadre différent : au sein de l'UE, l'espace commun et la reconnaissance mutuelle créent une situation différente.

Il est également vrai qu'ils reposent tous deux sur l'idée qu'il vaudrait mieux confier la coopération judiciaire internationale aux autorités judiciaires qu'aux gouvernements : elle n'en serait que plus efficace, plus rationnelle et plus rapide.

Les initiatives antérieures et actuelles du PC-OC visent à simplifier les mécanismes de coopération judiciaire, y compris les voies de communication et la collecte des éléments de preuve.

La présente session est consacrée aux points prévus dans le cadre des deux ateliers.

Cela n'interdit pas bien entendu d'examiner d'autres questions au cours de cette session, notamment l'entraide judiciaire dans le cadre des procédures d'engagement de responsabilité des personnes morales ou la question de la proportionnalité d'une demande de coopération et de son acceptation. Les rapports entre la coopération judiciaire et la coopération policière pourraient également présenter un intérêt pour le PC-OC, en particulier pour les techniques spéciales d'enquête (livraisons surveillées, observation transfrontalière, etc.).

Pour ce qui est de l'atelier 1, Eleni Loizidou a mis en avant les principaux points examinés. Je pense que les questions relatives à la transmission spontanée d'informations et à la confidentialité seront examinées en profondeur ; on peut également imaginer que le traitement de ces points mène à traiter la question principale du transfert de procédure pénale.

Comme je l'ai indiqué plus haut, le cadre juridique du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne n'est pas le même. Mais il n'est pas rare, en raison de la mondialisation et du caractère transnational des infractions évoqués plus haut, que plusieurs États agissent en même temps dans les mêmes affaires ; il faut donc garder à l'esprit qu'une « coopération mixte » pourrait être envisagée (par exemple en utilisant les effets produits par les équipes communes d'enquête même dans les États dont l'ordre juridique ne prévoit pas encore cette possibilité).

En règle générale, je pense que la bonne volonté et l'imagination pourraient être utiles dans ce domaine.

Lorsque leur assistance leur est demandée, les autorités compétentes devraient examiner comment répondre au mieux aux besoins de l'État demandeur.

D'autre part, l'État demandeur est censé utiliser les éléments obtenus, qu'il s'agisse des éléments de preuve ou des prestations demandés (par exemple la communication de documents sous une forme ou par une voie particulière) ; en conséquence, il est indispensable que l'État requis fasse preuve d'une certaine souplesse dans l'exécution d'une demande, même s'il est souhaitable de réfléchir à la notion « d'exécution ». Je citerai à ce propos la formule un peu provocante d'Erik Verbert : *en matière d'exécution, la limite entre l'assistance et la véritable coopération est extrêmement ténue.*

Erik Verbert propose précisément l'examen de cette question (ce dont je me félicite) dans le cadre de l'atelier 2, qui donnera également lieu à l'examen des mesures spéciales d'enquête et de coopération prévues par le Deuxième Protocole.

Selon moi, l'article 8 du Deuxième Protocole est capital. Il pourrait être considéré comme un antécédent de la reconnaissance réciproque et, en définitive, de la décision d'enquête européenne en matière pénale de l'UE.

Dans le cadre du Plan d'action sur le COT, l'examen des questions relatives aux techniques spéciales d'enquête et aux nouvelles mesures ou aux mesures spéciales de coopération internationale est également primordial.

Vidéoconférence.

Observation/procédure transfrontalière.

Livraisons surveillées et opérations discrètes.

Transmission spontanée d'informations. Ce point devrait être élargi de manière à inclure la question du transfert de procédure.

Le large éventail de questions à examiner exigerait naturellement que la Session spéciale dure plus d'un jour. Cela signifie qu'il nous est demandé d'entamer une réflexion qui devrait se poursuivre dans le cadre de l'action habituelle du PC-OC.

Présentation par M. Vincent Jamin, Eurojust Secrétariat ECE

Le Réseau d'experts nationaux sur les Equipes Communes d'Enquête (JITs Network) :

[Présentation Powerpoint](#) (en anglais seulement)

Atelier 1 : Échange d'informations

Document de travail établi par Mme Eleni Loizidou (Chypre)

Le Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (STE n° 182), qui est entré en vigueur en 2004, vise à renforcer la capacité des Etats à réagir à la criminalité transfrontière en tenant compte de l'évolution politique et sociale en Europe et des développements technologiques intervenus dans le monde entier. Il a ainsi pour effet d'améliorer et de compléter la Convention de 1959 et son Protocole additionnel de 1978 en diversifiant notamment les situations dans lesquelles l'entraide judiciaire peut être demandée, en facilitant cette entraide et en la rendant plus rapide et plus souple. Par ailleurs, il tient compte de la nécessité de protéger les droits individuels dans le cadre du traitement des données à caractère personnel.

Le PC-OC a décidé de consacrer une session spéciale au Deuxième Protocole additionnel pour examiner si les possibilités d'amélioration de la coopération qu'il offre sont exploitées par les États membres et réfléchir aux questions qui peuvent poser problème et aux solutions qui pourraient y être apportées.

Je propose que, dans le cadre de cet atelier 1 intitulé « Échange d'informations - Nouvelles possibilités de coopération », nous examinions :

- (a) si et dans quelle mesure chaque disposition pertinente présentée dans le résumé ci-dessous a effectivement offert de nouvelles possibilités d'amélioration de la coopération dans l'échange d'informations, tant sur le plan de la procédure que sur celui des contenus**
- (b) les éventuelles difficultés rencontrées dans l'application de ces dispositions**
- (c) les solutions à apporter aux problèmes rencontrés**

Article 1(3) – Champ d'application

Cet article élargit le champ d'application de la Convention à l'ensemble du « droit pénal administratif ».

Le paragraphe 3 vise à faire figurer dans le même instrument des dispositions relatives à l'entraide judiciaire applicables à deux types de procédures nationales, à savoir (a) les procédures engagées au titre d'infractions pénales et (b) les procédures engagées au titre des infractions (parfois appelées infractions réglementaires) punissables selon le droit pénal/administratif. La raison en est que, souvent, les mêmes faits (par exemple, un fait de pollution grave dû à la négligence ou les infractions au code de la route donnent lieu à des poursuites pénales dans un État et à des poursuites pénales/administratives dans un autre. Cette situation est soumise à une condition préalable : il doit être juridiquement possible, au final, d'engager cette procédure devant une juridiction compétente notamment, mais pas nécessairement exclusivement, en matière pénale.

Article 4 – Voies de communication

Cet article donne un nouveau libellé de l'article 15 de la Convention. Il dispose qu'en règle générale les demandes se font par écrit et sont envoyées par le biais des ministères de la Justice (systématiquement par le biais des ministères de la Justice pour les demandes de transfèrement des personnes détenues à la partie requérante). En principe, les demandes peuvent systématiquement être transmises directement d'une autorité judiciaire à l'autre, alors que les demandes portant sur des « infractions administratives/pénales » peuvent être transmises directement, par une autorité administrative, à une autre autorité administrative ou à une autorité judiciaire. Il convient de noter que le paragraphe 9 du présent article ouvre la voie à l'utilisation des télécommunications dans la transmission des demandes, ainsi qu'aux autres moyens de communication. La voie de communication d'Interpol est laissée ouverte seulement en cas d'urgence.

Article 11 – Transmission spontanée d'informations

Cet article étend à l'entraide en général une disposition réservée auparavant au domaine limité du blanchiment de capitaux, à savoir la possibilité (mais pas l'obligation) pour les Parties, sans demande préalable, de se communiquer des informations sur des investigations ou des procédures susceptibles de concourir à la réalisation de leur objectif commun de lutte contre la criminalité.

En vertu du paragraphe 2, l'utilisation de l'information fournie en application de cet article peut être soumise à certaines conditions et le paragraphe 3 dispose qu'en pareil cas, la Partie destinataire est tenue de respecter ces conditions. En fait, la Partie destinataire n'est liée par la Partie d'envoi que dans la mesure où la Partie destinataire accepte l'information spontanée. En acceptant l'information, elle accepte également d'être tenue de respecter les conditions dont est assortie la transmission de ladite information.

Comme il peut être difficile pour certains Etats de ne pas accepter les informations une fois qu'elles ont été transmises, par exemple lorsque le droit national impose une obligation d'intervenir aux autorités qui ont accès à ces informations, le paragraphe 4 permet aux Etats de déclarer que ces informations ne peuvent être transmises sans leur accord préalable si l'Etat qui envoie ces informations assortit de conditions l'utilisation de ces informations.

Article 15 – Langue des actes de procédure et des décisions judiciaires à remettre

Article 16 – Remise par voie postale

Ces deux articles remplacent la formule « actes de procédure et de décisions judiciaires », employée par les articles 7 et suivants de la Convention, par les termes « actes de procédure » et « décisions judiciaires », non pour se démarquer de l'article 7, mais simplement pour employer une formulation utilisée aujourd'hui dans un grand nombre de pays. L'article 15 prévoit que les actes de procédure et les décisions judiciaires soient systématiquement transmis dans la langue originale. Mais si l'autorité qui les a émis à des raisons de penser que leur destinataire comprend uniquement une autre langue, les passages les plus importants de ces documents devraient s'accompagner d'une traduction dans cette langue. Cette disposition est conforme à l'exigence de l'article 6(3)(a) de la Convention européenne des droits de l'homme, selon lequel « tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et de

manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ». En outre, dans l'intérêt des autorités de la Partie requise, les documents doivent être accompagnés d'un court résumé de leur contenu dans la langue de cette Partie.

En permettant la remise par voie postale des actes de procédure et des décisions judiciaires à des personnes qui se trouvent sur le territoire d'une autre Partie, l'article 16 vise à ce que l'envoi et la remise de ces documents soit aussi rapide que possible.

Article 25 Confidentialité

Cet article vise à reconnaître que la Partie requérante est habilitée à imposer une obligation de confidentialité à la Partie requise pour la requête et son contenu, sous réserve que ces éléments ne soient pas nécessaires à l'exécution de la demande.

Article 26 Protection des données

Cet article vise uniquement les données à caractère personnel « transmises ». L'expression « données à caractère personnel » est à prendre au sens que lui donne l'article 2 a) de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel de 1981. Les données à caractère personnel transmises peuvent uniquement être utilisées aux fins des procédures auxquelles s'applique la Convention ou de l'un de ses Protocoles ou pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique, sauf consentement préalable donné par l'autre Partie ou la personne concernée. Une Partie peut refuser de transmettre des données à caractère personnel lorsque celles-ci sont protégées par sa législation nationale et que l'autre Partie n'est pas liée par la Convention de 1981. Toute Partie peut, par une déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, exiger que les données à caractère personnel transmises ne soient utilisées qu'avec son accord préalable.

Atelier 1 : Echange d'informations

Résumé des discussions par Ms Barbara Goeth-Flemmich (Autriche)

(Champ d'application et voies de communication ; articles 1.3, 4, 11, 15, 16, 25 et 26 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe d'entraide judiciaire en matière pénale)

Modératrice : M^{me} Eleni Loizidou (Chypre)

Rapporteuse : M^{me} Barbara Goeth-Flemmich (Autriche)

Participants de la Croatie, de l'Estonie, de la France, d'Israël, du Japon, de la Lettonie, du Liechtenstein, de la Lituanie, de la Moldova, du Monténégro, de la Norvège, du Portugal, de la Roumanie, de l'Estonie, de la Suède, de l'Ukraine, d'Interpol.

Eleni Loizidou présente le sujet et invite les participants à partager leur expérience de l'application des articles 1 paragraphe 3, 4, 11, 15, 16, 25 et 26 du Deuxième Protocole additionnel (STE 182), afin d'évoquer les difficultés rencontrées et les éventuelles solutions à ces problèmes.

Article 1 paragraphe 3 (Champ d'application) et 4 (Voies de communication) :

Si le STE 182 prévoit des voies de communication directes entre les autorités judiciaires (article 4 paragraphe 1) et entre les autorités administratives ou entre les autorités judiciaires et administratives (article 4 paragraphe 3), celles-ci ne sont pas pour autant utilisées de manière régulière. En outre, les Etats favorables aux voies directes ont mentionné la lourdeur des procédures pour identifier l'autorité compétente. Les informations nécessaires pour utiliser les voies directes ne sont pas (facilement) accessibles (faute de listes des autorités compétentes et de guides, etc...).

Certaines délégations craignent le risque que les demandes ne soient pas (ou mal) exécutées si l'on passe par des communications directes n'associant pas les autorités centrales. Selon elles, les autorités judiciaires administratives ne sont pas préparées à recevoir les demandes par voie directe. D'autres délégations estiment que l'implication des autorités centrales ne semble justifiée que dans les cas où l'autorité centrale a un rôle à jouer (contrôle qualité, etc.). Lorsque le rôle de l'autorité centrale se limite à transmettre les documents reçus à l'autorité compétente, il faudrait passer par les voies directes.

La possibilité d'utiliser des voies de télécommunications électroniques ou autres (article 4 paragraphe 9) est un atout certain à cause de la rapidité de la transmission bien que de nombreuses autorités judiciaires/administratives demandent encore les documents originaux afin de pouvoir exécuter la demande.

La transmission par l'intermédiaire d'Interpol dans les affaires urgentes (article 4 paragraphe 7) est mentionnée. Il est évident que certaines BCN ne transmettent pas les documents reçus à l'autorité compétente mais passent par l'autorité centrale.

Article 11 (Transmission spontanée d'informations) :

S'agissant de la disposition assez similaire de l'article 21 de la Convention STE 30 (Dénonciation aux fins de poursuites), la question est soulevée de savoir dans quelles

situations on utilise l'article 11 du deuxième Protocole additionnel ou l'article 21 de la Convention. Il est souligné que l'article 21 ne peut être utilisé que lorsque l'Etat qui fournit l'information en a la compétence. Si tel n'est pas le cas, l'information ne peut être transmise que conformément à l'article 11 du Deuxième Protocole additionnel. Selon un avis, l'article 11 est utilisé dans un contexte plus informel afin de partager des informations importantes avec une autre partie parallèlement aux procédures afin de coordonner lesdites procédures, de créer une équipe commune d'enquête, etc. L'information transmise en vertu de l'article 11 peut aussi être nécessaire pour permettre à l'Etat destinataire d'envoyer une demande formelle d'assistance spécifique (perquisition, saisie, etc.).

Article 15 (Langue des actes de procédure et des décisions judiciaires à remettre), article 16 (Remise par voie postale) :

Une délégation donne des informations sur la pratique des autorités administratives de transmettre par voie postale à la personne concernée les décisions/documents sans la traduction des informations et documents (article 16 paragraphe 2 et article 15 paragraphe 3). Une délégation donne l'exemple d'une personne à laquelle il faut remettre les documents et qui ne parle pas la langue officielle des pays requis. Si, dans de tels cas, les documents sont transmis par le biais des autorités centrales (et non par voie postale), la traduction dans les deux langues est nécessaire, ce qui double les coûts et le travail. Une délégation exprime sa réticence concernant la remise par voie postale. Il est fréquent que celle-ci ne puisse être effectuée à cause de l'absence de la personne concernée à l'adresse dont dispose la partie requérante.

Article 25 (Confidentialité) :

Bien qu'il ait été fait usage de la possibilité de demander à l'Etat requis d'assurer la confidentialité de la requête et de son contenu, aucun problème n'est signalé.

Article 26 (Protection des données) :

La discussion ne permet pas de dégager une interprétation commune et claire de l'article 25 paragraphe 5. Aucun problème n'est évoqué concernant l'application de l'article 26.

Atelier 2 : collecte des preuves

Document de travail établi par M. Erik Verbert (Belgique)

(Méthodes de collecte et admissibilité des preuves dans l'état requérant ; par exemple articles 9, 10, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 23)

Les articles indiqués du Protocole STCE n° 182 sont précisément les articles 9 (Audition par vidéoconférence) ; 10 (Audition par conférence téléphonique) ; 12 (Restitution) ; 13 (Transfèrement temporaire de personnes détenues, sur le territoire de la Partie requise) ; 14 (Comparution personnelle de personnes condamnées et transférées) ; 17 (Observation transfrontalière) ; 18 (Livraison surveillée) ; 19 (Enquêtes discrètes) ; 20 (Equipes communes d'enquête) et 23 (Protection des témoins).

Comme il ne sera pas possible d'examiner les points de droit, les pratiques et les problèmes associés à *tous* les articles énumérés, j'aimerais me concentrer sur un article essentiel, qui ne figure pas dans cette liste indicative, mais qui est essentiel au vu de la question centrale de la recevabilité (ou de l'irrecevabilité) des éléments de preuve obtenus à l'étranger. Cette question centrale peut être associée à chacune des catégories particulières d'entraide judiciaire (l'observation transfrontalière par exemple) prévues au titre des articles 12 à 23 ou aux voies d'exécution plus perfectionnées des demandes d'entraide judiciaire prévues aux articles 9 à 12.

Je me concentrerai sur l'application du Protocole STCE n° 182 envisagé comme un instrument « classique » d'entraide judiciaire, ce qui exclut l'examen de l'application des équipes communes d'enquête (articles 20 à 22). L'équipe commune d'enquête est plus une autre forme qu'une nouvelle forme d'entraide judiciaire. L'élaboration de l'équipe commune d'enquête et son suivi, en cas d'accord conclu en la matière, relève systématiquement ou presque systématiquement de la compétence d'EUROJUST.

La caractéristique la plus frappante du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 (STE n° 030) figure peut-être dans son **article 8**¹.

« Article 8 – Procédure

Nonobstant les dispositions de l'article 3 de la Convention, lorsqu'une demande prescrit une formalité ou une procédure donnée qu'impose la législation de la Partie requérante, même si la formalité ou la procédure demandée n'est pas familière à la Partie requise, cette Partie donne satisfaction à la demande dans la mesure où cela n'est pas contraire aux principes fondamentaux de son droit, sauf dispositions contraires du présent Protocole ».

Pour commencer, l'article est uniquement intitulé « Procédure ». Alors que tous les instruments, et pas uniquement ceux du Conseil de l'Europe, ne règlent presque jamais ou,

¹ Voir également les paragraphes 58 à 69 du Rapport explicatif.

pour l'essentiel, ne règlent jamais la procédure d'assistance, qu'il s'agisse d'extradition, d'entraide judiciaire ou de toute autre forme de coopération internationale en matière pénale, l'article 8 du Protocole STCE n° 182 indique expressément la procédure nationale qui peut, voire devrait, s'appliquer lorsque l'État requis procède à l'entraide judiciaire demandée.

La règle « en vigueur » en matière de droit international de la coopération veut que la procédure, ou les *instructions*, moins réglementées, appliquées par et, mutatis mutandis, dans l'État requis soient celles « de » l'État requis. L'État requérant n'a pas son mot à dire et encore moins d'influence sur la manière dont « sa » demande est exécutée par ou dans l'État requis. Le principe classique de la coopération internationale en matière pénale est que la forme des actes juridiques est soumise à la loi du lieu de leur formation (*locus regit actum*). C'est la raison pour laquelle les conventions et traités se gardent bien de prévoir toute forme de réglementation de la procédure et des instructions suivies pour exécuter une demande, même lorsque cette procédure et ces instructions ont un effet direct sur la manière dont un État requis applique la convention ou le traité concerné, autrement dit respecte son obligation fondamentale de coopération.

L'article 8, qui reprend l'article 4.1. de la Convention d'entraide judiciaire de l'UE de 2000², effectue en un sens une révolution copernicienne, puisqu'il permet à l'État requérant de demander *qu'il soit tenu compte de ses propres exigences procédurales par/dans l'État requis*, même si ces exigences sont incompatibles – l'article parle d'une procédure qui « n'est pas familière » – avec la législation de l'État requis. Cette obligation d'adaptation des dispositions procédurales étrangères lors de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire émanant d'un État étranger, qui est peut-être en pratique quelque peu dépourvue de caractère contraignant, a cependant une limite : la demande ne doit pas être « contraire aux principes fondamentaux » du droit de la procédure de l'État requis.

À première vue, l'article énonce une évidence ; j'entends par là qu'il donne – enfin, 44 ans après la Convention d'entraide judiciaire initiale – un fondement juridique conventionnel à un élément sans doute essentiel, qui garantit non seulement que les demandes d'entraide judiciaire soient exécutées, mais surtout qu'elles soient exécutées *de manière à éviter tout problème d'irrecevabilité au sein de l'État requérant*. En somme, cet article semble apporter une solution simple à une question complexe. Est-ce bien le cas ?

On peut se demander si l'article 8 parvient bel et bien à éviter tout problème de recevabilité dans l'État requérant. L'expérience, bonne ou mauvaise, acquise par les parties dans ce domaine, et surtout l'issue finale des problèmes d'irrecevabilité, sont essentielles pour répondre à cette question. Mais peut-être faut-il reformuler la question principale comme suit : dans quelle mesure les parties au Protocole STCE n° 182 sont-elles prêtes à accepter et à

² A comparer avec: article 6.1.b. de la *Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative*, 24.XI.1977 (STCE n° 094): « Article 6 -Modes de notification

1 L'autorité centrale de l'Etat requis procède, aux termes de la présente Convention, à la notification:

- a. soit selon les formes prescrites par la législation de l'Etat requis pour la notification des documents dressés dans cet Etat et qui sont destinés aux personnes se trouvant sur son territoire,
- b. *soit selon la forme particulière demandée par l'autorité requérante, pourvu que cette forme ne soit pas incompatible avec la loi de l'Etat requis.* »

appliquer les exigences procédurales de la Partie requérante qui ne leur sont pas « familières » ? On peut se demander en outre si la réponse à la première question serait différente si la demande d'entraide judiciaire risque d'avoir ou a une conséquence sur une enquête en cours dans l'État requis.

Précisons, pour donner quelques éléments d'orientation supplémentaires concrets, que l'interrogatoire des suspects ou des suspects possibles *sous serment* pose fréquemment problème sur le plan de sa recevabilité. Voyons un exemple concret³ :

- l'État A demande à l'État B d'interroger M. T., qui est soupçonné d'avoir participé à une affaire de meurtre. Au moment où cette demande d'interrogatoire est adressée, les éléments de preuve contre M. T. sont pour le moins fragiles, mais certaines informations – surtout celles qui proviennent d'informateurs dignes de confiance – justifient un complément d'enquête et par conséquent la demande. L'État B., qui ne connaît pas les exigences procédurales particulières de l'État A, exécute la demande comme n'importe quelle autre demande étrangère, c'est-à-dire conformément à sa propre législation. Or la législation de l'État B. prévoit que les suspects (possibles) doivent être interrogés à des fins judiciaires sous serment. Par la suite, parfois des années plus tard, le procès-verbal de l'interrogatoire doit être supprimé du dossier parce que le droit procédural de l'État A interdit d'interroger un suspect sous serment : celui-ci a en effet la faculté de mentir et le serment le priverait de son droit de ne pas témoigner contre lui-même.
- Supposons un instant que l'État A ait d'emblée demandé, sur le fondement de l'article 8, que M. T. ne soit pas interrogé sous serment. L'État B. refuserait-il de le faire, considérant que cet interrogatoire est contraire aux principes fondamentaux de son propre droit ? Ce refus serait-il valable, même si l'affaire n'a pas le moindre lien avec une affaire interne de l'État B ?
- Il est fréquent que les policiers de l'État requérant qui assistent l'État requis dans le cadre de la demande rendent compte à l'État requérant de l'aide fournie. Si ce compte rendu comporte les aveux du suspect et que ces aveux ont été faits en

³ Dans une certaine mesure, l'exemple provient de la CEDH, *Stojkovic c. France et Belgique*, n° 25303/08 jugement du 27 octobre 2011. La France avait demandé à la Belgique d'interroger le citoyen serbe Stojkovic qui était en détention provisoire en Belgique et un suspect en France. L'interrogatoire devait être conduit par la police belge, assistée par des policiers français et un juge d'instruction français. Stojkovic avait le statut de témoin assisté, à savoir un suspect qui est prêt à coopérer mais aussi un témoin de délits commis par lui-même et par d'autres. Ainsi Stojkovic était disposé à témoigner contre d'autres suspects. Même s'il était informé de son statut et des conséquences légales, conformément au code de procédure français (qui requiert que l'interrogatoire ait lieu en présence d'un avocat), l'interrogatoire s'était déroulé sans la présence d'un avocat. Stojkovic avait admis son rôle dans les différents délits commis en France. Finalement, l'Etat requérant (la France) s'est retrouvé être en violation avec l'article 6§1 *juncto* 6§3 c de la Convention. Etant donné que la Belgique avait exécuté la demande selon les indications fournies par la France, la requête était irrecevable en ce qui concerne la Belgique.

L'affaire est une illustration parfaite du fait que malgré l'assistance d'officiels de l'état requérant et la prise en compte des exigences légales de l'état requérant, des erreurs peuvent se produire dès lors qu'il n'y a pas d'arrangements clairement définis avant l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire.

infraction de la législation de l'État requérant ou de l'État requis (par exemple pendant un interrogatoire) et sont présentés comme des éléments de preuve, quelle est la valeur de ce compte rendu ?

Des problèmes de recevabilité tout aussi complexes peuvent survenir dans des situations plus complexes encore. C'est par exemple le cas lorsque l'État A demande à l'État B, dans le cadre d'une enquête sur un trafic international de drogue, d'autoriser une personne C à agir en qualité d'agent infiltré dans l'État B.

La demande précise que l'agent infiltré n'est pas un agent professionnel, mais un suspect qui coopère avec les services de police. Supposons que l'État B autorise uniquement les opérations infiltrées effectuées par les fonctionnaires de police et non par les civils (éventuellement délinquants) ; la demande doit-elle être refusée catégoriquement ? Qu'en est-il lorsque l'importance de cette question est telle qu'elle peut permettre d'obtenir dans l'État B des résultats considérables, qui ne pourraient être obtenus d'une autre manière ?

L'article 8 ne peut être envisagé comme un article autonome : selon une pratique établie de longue date, il arrive souvent que les fonctionnaires de police, les procureurs ou les juges de l'État requérant chargés de l'enquête concourent à l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire dans l'État requis – cf. l'article 2 du Protocole STCE n° 182, qui modifie l'article 4 de la Convention STE n° 030. Les raisons de ce concours sont assez évidentes : l'État requis n'est en principe pas informé des détails de l'enquête. L'exécution efficace, complète et en temps utile de la demande est parfois uniquement possible si des policiers ou des magistrats de l'État requérant sont présents pendant l'exécution de cette demande. Il arrive même que cette assistance soit capitale pour garantir l'application satisfaisante des procédures ou formalités nécessaires prévues à l'article 8. Mais une question se pose : dans quelle mesure l'État requis autorisera-t-il une telle assistance, puisque dans la pratique, en matière d'exécution, la limite entre l'assistance et la véritable coopération est extrêmement ténue ?

Atelier 2 : Collecte des preuves

Résumé des discussions par M. Juhan Korhonen (Finlande)

(Méthodes de collecte et recevabilité des preuves dans l'Etat requérant ; par exemple articles 9, 10, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20 et 23 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale)

Modérateur : M. Erik Verbert (Belgique)

Rapporteur : M. Juhan Korhonen (Finlande)

Le modérateur présente le sujet en déclarant que le Deuxième Protocole additionnel modernise considérablement la Convention mère pour ce qui est de la collecte de preuves. L'article 8 en particulier est un revirement complet par rapport au principe de *locus regit actum* selon lequel la législation de l'Etat requis est déterminante dans l'exécution d'une demande. En vertu de l'article 8, le droit de l'Etat requérant prévaut sauf si les formalités ou les procédures sont contraires aux principes fondamentaux de l'Etat requis, d'où d'éventuelles questions de recevabilité dans l'Etat requérant.

Le groupe se contente d'examiner les implications de la mise en œuvre de l'article 8 dans l'exécution de demandes d'entraide judiciaire.

La recevabilité peut être illustrée par une situation dans laquelle l'Etat A demande à l'Etat B d'interroger une personne X qui réside dans l'Etat B et qui est mise en cause dans l'Etat A. L'Etat B, qui n'est pas informé des exigences procédurales spécifiques de l'Etat A, exécute la demande conformément à son propre droit, en l'espèce sous serment. Les preuves ainsi réunies pourraient être jugées irrecevables dans l'Etat A si les règles de procédure de cet Etat interdisaient d'interroger des suspects sous serment. Par ailleurs, s'il était demandé que cet interrogatoire soit mené conformément à l'article 8 sans que la personne soit sous serment, que se passerait-il si l'Etat B considérait que cela est contraire aux principes fondamentaux de son droit ?

Lors de la discussion qui suit, l'interrogatoire d'un suspect en présence ou en l'absence d'un conseil est devenu une source probable de problèmes de recevabilité. Le sentiment général était que les Etats souhaitent, en tant qu'Etats requis, tenir compte des exigences étrangères dans l'esprit de l'article 8.

En tant qu'Etats requérants, les Etats essaient de garantir la recevabilité en formulant les demandes en conséquence. Il arrive néanmoins que des problèmes de recevabilité se posent. Il a été signalé que les Etats requis ne tiennent pas toujours compte des souhaits des Etats requérants dans l'exécution des demandes. Par ailleurs, certains Etats exécutent invariablement les demandes de la manière indiquée par l'Etat requérant. Or, les procédures particulières exigées pour la recevabilité dans l'Etat requérant de documents commerciaux et la certification de documents ont posé des problèmes.

Quant aux équipes communes d'enquête, si elles peuvent permettre d'éviter les problèmes de recevabilité, elles peuvent aussi en créer. Il a en outre été indiqué que les problèmes sont dus à des législations nationales différentes et non aux équipes communes d'enquête. Certains hésiteraient également à faire partie de ces équipes en raison d'éventuels problèmes de recevabilité.

De l'avis général, moins la participation à l'exécution d'une demande est directe, plus le risque de problèmes de recevabilité est grand.

Il a été noté que le Deuxième Protocole additionnel offre une vaste gamme de méthodes nouvelles de collecte de preuves mais qu'il est étonnamment peu ratifié et fait l'objet de nombreuses réserves et déclarations, qui pourraient être déjà dépassées.

Le groupe a conclu ce qui suit :

- il est capital de bien préparer une demande, en particulier si un suspect doit être interrogé en présence d'un conseil ; il pourrait aussi être utile d'élaborer, aux fins d'observations, un projet de demande sur les modalités d'exécution d'une demande et l'ouverture de consultations au besoin,
- les problèmes de recevabilité peuvent être réduits au minimum en permettant à des représentants de l'Etat requérant de participer à l'exécution d'une demande, ce qui allégerait aussi la charge imposée à l'Etat requis,
- il convient de favoriser la souplesse pour surmonter les problèmes dus à des règles de procédure différentes, sachant que les équipes communes d'enquête sont un exemple de souplesse,
- les Etats ne devraient plus reporter la ratification du deuxième protocole additionnel et ils devraient, s'ils souhaitent formuler des réserves ou des déclarations, faire preuve de sagesse.