

Université de Montréal

Entraide judiciaire en matière pénale : défis juridiques et administratifs liés à l'adéquation formelle et matérielle du processus de collecte de preuves à l'étranger

par Géorgia Araújo Agripino e Silva de Souza

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures et postdoctorales
en vue de l'obtention du grade de Maître
en droit international
Option L.L.M

Octobre 2018

© GEÓRGIA ARAÚJO AGRIPINO E SILVA DE SOUZA, 2018

Résumé

La quête d'une réponse aux problèmes sous-jacents à la poursuite des crimes internationaux a connu des progrès importants avec l'émergence de l'entraide judiciaire en matière pénale. Celle-ci renvoie au mécanisme par lequel les accords bilatéraux et les traités multilatéraux peuvent être appliqués par les États pour recueillir des éléments de preuve à l'étranger. Cependant, cette recherche aura permis de constater que la mise en œuvre effective de cet outil doit être nettement améliorée afin de remédier les obstacles d'ordre juridique et administratif qui entravent, voire empêchent, l'obtention des résultats recherchés. En effet, même lorsque les preuves recueillies sont mises à la disposition de l'État requérant, ces données s'avèrent souvent inadaptées ou insuffisantes au regard des conditions de fond et de forme fixées par chaque législation nationale.

Cette recherche passe en revue différentes études, les rapports d'évaluation mutuelle sur le respect de la législation anti-blanchiment publiés par le GAFI, des avis d'experts, la doctrine et la jurisprudence concernant les principaux problèmes qui ont jusqu'ici fait obstacle à l'obtention des éléments de preuve à l'étranger par le biais de l'entraide judiciaire en matière pénale. Après avoir analysé le cadre juridique et les raisons qui justifient l'institution de cet outil, ce mémoire passe en revue les différents aspects de notre hypothèse par l'examen des difficultés fondées sur les barrières juridiques et les entraves institutionnelles. En s'appuyant sur des exemples réussis, cette étude suggère des solutions pratiques visant l'optimisation de ce mécanisme de coopération juridique internationale comme moyen de renforcer le rapprochement entre les États et l'efficacité des poursuites pénales contre des crimes transnationaux par l'intermédiaire des technologies disponibles au bénéfice de la conformité aux exigences formelles, de la sécurité des données et de la confiance réciproque.

Mots-clés : Entraide judiciaire en matière pénale, autorités centrales, coopération juridique internationale, criminalité transnationale, obtention de preuves à l'étranger.

Abstract

The quest for an answer to the underlying problems related to the prosecution of international crimes has made significant progress with the emergence of mutual legal assistance in criminal matters, which is the official legal tool through which bilateral agreements and multilateral treaties can be applied by states to gather evidence abroad. However, the effective implementation of this tool needs to be significantly improved in order to address the legal and administrative obstacles that hinder, if not prevent, the achievement of the desired result. Indeed, even when the evidence gathered is made available to the requesting state, such data are often inadequate or insufficient in the light of substantive and formal conditions laid down by each national law.

To support this, this research reviews various studies, the FATF's Mutual Evaluation Reports on Compliance with Money Laundering Legislation, expert opinion, doctrine and jurisprudence on the priority issues that have hitherto hampered the gathering of evidence abroad through mutual legal assistance in criminal matters. After analyzing the legal framework and the reasons behind the emergence of mutual legal assistance in criminal matters, this dissertation dissects our hypothesis by analyzing the difficulties based on legal and institutional barriers. In the end, on the basis of successful examples, this study suggests practical solutions to optimize this mechanism of international legal cooperation as a means of enhancing the rapprochement between cooperating states and the effectiveness of criminal prosecution of transnational crimes through use of an information technology framework to the benefit of compliance with formal requirements, data security and mutual trust.

Keywords : Mutual legal assistance in criminal matters, central authorities, international legal cooperation, transnational crime, obtaining evidence abroad.

Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	ii
Table des matières.....	iii
Liste des sigles.....	v
Liste des abréviations.....	vi
Remerciements.....	viii
Introduction.....	1
Chapitre 1 – L'évolution de la coopération juridique internationale et l'émergence de l'entraide judiciaire pénale.....	11
1.1. Contexte historique de la coopération juridique internationale en matière pénale.....	12
1.2. Les fondements de la coopération juridique internationale en matière pénale.....	19
1.2.1. Les traités multilatéraux.....	21
1.2.1.1. La convention de La Haye de 1965.....	23
1.2.1.2. La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.....	25
1.2.1.3. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.....	27
1.2.1.4. La Convention des Nations Unies contre la corruption.....	29
1.2.1.5. Le potentiel et la limite des conventions multilatérales analysées.....	31
1.2.2. Les accords bilatéraux.....	33
1.2.3. Les instruments régionaux d'entraide judiciaire.....	35
1.2.4. Le droit national.....	38
1.3. Les outils traditionnels de coopération juridique internationale en matière pénale.....	41
Chapitre 2 – Les caractéristiques de l'entraide judiciaire en matière pénale.....	49
2.1. Le rôle des autorités centrales.....	51
2.2. L'octroi et le refus d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale.....	57
2.2.1. Le principe de réciprocité.....	61
2.2.2. La double criminalité.....	62
2.2.3. Les immunités.....	65

2.2.4. Le secret bancaire et infraction fiscale.....	69
2.3. Les réseaux de coopération internationale en matière pénale.....	73
Chapitre 3 - Les contraintes juridiques et institutionnelles liées à l'obtention des preuves à l'étranger par le biais de l'entraide judiciaire en matière pénale	80
3.1. Les difficultés fondées sur les obstacles juridiques	83
3.2. Les entraves institutionnelles et les initiatives mises en place pour les surmonter	93
Conclusion	110
Bibliographie.....	i

Liste des sigles

BCN – Bureau central national

CIPC – Commission internationale de police criminelle

Convention CTO – Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

CNUCC – Convention des Nations Unies contre la corruption

EAR – Échange automatique de renseignements

G20 – Groupe des vingt

GAFI – Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme

OCDE – Organisation de coopération et de développement économiques

OEA – Organisation des États américains

SEI – Service d'entraide internationale

SFO – Serious Fraud Office

ONUDDC – Office des Nations Unies contre la drogue et le crime

UE – Union européenne

Liste des abréviations

Adj. : Adjectif

Art. : Article

Etc. : Et cætera

À mon très cher époux Wendell et à notre fils Samuel.

À Nina, ma mère.

À tous ceux et toutes celles qui se battent en vue de réaliser leurs rêves.

Remerciements

Toute œuvre si modeste soit-elle est le résultat des efforts conjoints de plus d'une personne. Pour cela, je voudrais remercier toutes les personnes qui ont contribué à la réalisation de ce travail.

En premier lieu, je remercie mon directeur de recherche, le professeur Amissi Melchiade Manirabona du fait d'avoir accepté de m'encadrer tout au long de ma recherche malgré les barrières linguistiques. Sa disponibilité, ses remarques pertinentes, ses conseils judicieux et sa rigueur scientifique m'ont aidé à réaliser le mémoire.

En second lieu, je remercie la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal pour son soutien pendant mon séjour au Canada. Ce passage a été possible en vertu de l'attribution d'une Bourse d'exemption des droits de scolarité supplémentaires.

Je ne saurais ne pas remercier tous(tes) les professeur(e)s qui m'ont enseigné dans le cadre de ce programme de maîtrise en droit. Je remercie également le personnel administratif de la Faculté de droit en particulier Madame Claudia Escobar et les bibliothécaires pour leur soutien.

En dernier lieu, j'adresse mes sincères remerciements à ma famille pour leur soutien et leur patience.

Introduction

Les profonds bouleversements provoqués par la mondialisation ont occasionné des changements considérables aux sociétés globales et au droit international. Historiquement, la société internationale cherche à promouvoir la solidarité entre les États comme moyen de contribuer au développement humain. Cela implique qu'il incombe au droit international de régir les relations interétatiques sur la base des principes d'égalité, de réciprocité¹ et d'accès à la justice².

La mondialisation est généralement associée à l'émergence d'un « droit sans frontière » ou d'un « droit mondial » qui pourrait réduire la souveraineté des États dans divers champs qui sont de leurs compétences propres. Cette évolution peut être perçue ou interprétée comme une menace quant à l'intégrité des droits nationaux dont l'effectivité repose non seulement sur le principe de souveraineté, mais également sur la primauté des normes constitutionnelles » [notes omises]³.

L'émergence dudit « droit mondial » peut être interprétée comme étant une atteinte à l'intégrité des droits nationaux et, par conséquent, à la souveraineté des États. En fait,

« composant avec le principe de l'égalité souveraine des États et un ordre conséquemment décentralisé, le droit international a toujours davantage traduit une logique de coordination qu'une logique de subordination dans la production et l'application du droit »⁴.

Dans ce sens, comme réponse à la hiérarchisation des relations internationales, le droit international est fondé actuellement sur le signe de « l'Internationalisme (un système de puissances égales et indépendantes) »⁵.

From a purely legal perspective States still have the sovereign right not to be bound by an international accord supported by most or even all of their fellow States. However, in

¹ Roberto Senise Lisboa et Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, « Cooperação Internacional – Do Solidarismo Novecentista à Sociedade Internacional Desenvolvimentista » dans Alexandre Coutinho Pagliarini et Fauzi Hassan Choukr, dir, *Cooperação Jurídica Internacional*, Belo Horizonte, Fórum, 2014, 181, aux pp 181–182.

² Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior, « Cooperação Judiciária: Passo Fundante para a Jurisdição Internacional » (2015) 186 *Ciênc Juríd Ad Litteras Verba* 223 à la p 223.

³ Daniel Mockle, « Mondialisation et État de droit » (2000) 41:2 *C de D* 237 aux pp 239-40.

⁴ Isabelle Duplessis, « Le vertige et la soft law: reactions doctrinales en droit international » (2007) 20 *RQDI* 245 à la p 247.

⁵ Robert Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, à la p 7.

practice they are becoming increasingly enmeshed in a network of interdependencies and regulatory / collaborative arrangements from which exit is generally not a feasible option⁶.

Étant donné que l'un des piliers de la paix se fonde sur la capacité des États à tisser avec le reste du monde, la coopération internationale apparaît comme une réponse aux besoins de collaboration mutuelle. Ainsi, en ce qui concerne la nécessité des États de s'adapter au nouvel ordre mondial, l'échange de solutions aux problèmes qui leur sont communs est une pratique essentielle. Dans ce sens, la coopération internationale s'étend sur une multitude de domaines. Dans la sphère du droit international - habituellement dénommé coopération juridique internationale⁷, coopération juridique transfrontière ou coopération interjuridictionnelle, ce type de collaboration mutuelle englobe un élément important. Il s'agit, au sens large, de l'échange international. Celui-ci vise l'exécution extraterritoriale des actes de procédure c'est-à-dire la mise en place d'un ensemble ordonné d'actions qui dépendent de la transcendance des limites territoriales des juridictions pour atteindre leurs objectifs⁸.

L'expansion du crime est devenue une réalité qui menace indistinctement les États. En réaction, la coopération juridique internationale cherche à présenter des solutions aux défis liés à la poursuite des délits. Ceux-ci découlent de la porosité des frontières et, au cours des dernières années, du développement technologique. En effet,

When Professor Theodore Levitt coined the term 'globalisation' in 1983, referring to world markets⁹, little did he imagine that this phenomenon would affect every aspect of social organisation. Globalisation has clearly affected the way criminals conduct their business and the way law enforcers and jurists must conduct their investigations. Organised crime has transcended traditional borders with the aid of technology, posing an important challenge for prosecutors and investigators¹⁰.

⁶ Mark W Zacher, « The Decaying Pillars of the Westphalian Temple: Implications for International Order and Governance » dans James N. Rosenau et Ernest Otto Czempiel, dir, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 58 à la p 60.

⁷ Dans ce travail, cherchant à harmoniser les désignations, nous utiliserons le terme « coopération juridique internationale », ainsi que prévu dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée.

⁸ Nadia de Araujo, Carlos Alberto Salles et Ricardo Ramalho Almeida, « Medidas de Cooperação Interjurisdicional no Mercosul » [2005] 30 Rev Processo 77 à la p 80.

⁹ Voir : Theodore Levitt, « The globalization of markets », *Harvard Business Review* 61 : 3 (mai/juin 1983) 92.

¹⁰ Yara Esquivel, « The United Nation Convention against Corruption and Asset Recovery: The Trail to Repatriation » dans *Tracing Stolen Assets: A Practitioner's Handbook*, Basel, Basel Institute on Governance, International Centre for Asset

Dans un tel scénario, les frontières des États constituent un atout majeur pour les acteurs de crimes transnationaux et leurs nouvelles méthodes criminelles. En dépit du progrès réalisé par les modèles fondés sur la souveraineté westphalienne, il s'avère pertinent de revoir ce paradigme afin de permettre une meilleure collaboration entre les États à l'égard des crimes transnationaux¹¹. Ainsi, pour faire face à l'accroissement de crimes organisés, malgré la relation complexe et multiforme entre les États puissants et le reste du monde, le droit international est indispensable. Ainsi, le droit international et, surtout, le droit international pénal¹², ont dû instituer un processus constant de réflexion afin de rendre plus efficace et prompte la coopération juridique transfrontière entre les États.

Les États se sont rendu compte qu'en agissant seuls, leur système judiciaire n'était pas en mesure de recueillir les informations pertinentes permettant de diligenter une enquête, de mener une procédure judiciaire ou une des poursuites criminelles¹³. La dispersion des éléments de preuve s'est opérée avec beaucoup plus de créativité. Cela a rendu plus difficile la lutte contre ce type de criminalité. Voilà ce qui a contraint les États à optimiser leurs systèmes juridiques de poursuite et leurs instruments d'entraide mutuelle. Les États ont été invités à renforcer leur engagement en faveur d'une justice collaborative et d'agir de manière anticipée en se basant sur une approche moins bureaucratique et plus efficace. Les instruments traditionnels de coopération, comme la commission rogatoire¹⁴, n'étaient plus en mesure

Recovery, 2009, 117 à la p 119, en ligne : Tracing Stolen Assets: A Practitioner's Handbook <https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/asset-tracing_web-version_eng.pdf> (consulté le 12 août 2017).

¹¹ « The term 'transnational crime' is commonly used by criminologists, criminal justice officials and policymakers [...]. 'Transnational crime' is, however, in widespread use as a generic concept covering a multiplicity of different kinds of criminal activity ». [notes omises]. Neil Boister, « Transnational Criminal Law? » (2003) 14 EJIL 953 aux pp 953-54.

¹² « Les sources du droit pénal international résident, en effet, dans des instruments internationaux à savoir les conventions, les protocoles, la coutume internationale et les principes généraux du droit international ». Jean-Paul Laborde, *État de droit et crime organisé*, Paris, Dalloz, 2005 à la p XV.

¹³ La criminalité transnationale, qui traverse les frontières physiques et virtuelles, se présente aussi bien dans le contexte de transit du produit criminel que dans le transit du sujet ayant pratiqué le crime. C'est à dire, même si l'auteur de l'infraction n'a jamais traversé physiquement la frontière du pays où il se trouve, il se peut que le délit et la conséquente enquête du crime se produise sur un territoire étranger. De surcroît, dans une même procédure pénale, les parties et les preuves peuvent être disséminés sur des territoires étrangers. Ainsi, même si la compétence pour le traitement du fait instauré, dans l'objectif d'enquêter vis à vis d'un crime, appartenait à la juridiction d'un pays déterminé, celui-ci pourrait requérir la coopération d'autres nations pour le perfectionnement des recherches, et la pratique d'actes procéduraux essentiels.

¹⁴ « Entre les États de tradition civiliste, la signification des actes de procédure ou la production de preuves à l'étranger nécessitait traditionnellement l'autorisation préalable des autorités de l'État dans lequel ces mesures devraient être prises. Cela

d'accompagner la dynamique et la complexité des activités criminelles transnationales. L'utilisation de nouveaux moyens plus modernes a été présentée à titre d'une solution prometteuse comme l'a remarqué la Cour d'appel de l'Ontario dans l'*Affaire United Kingdom v. Ramsden* :

It has long been recognized that no nation can exist in isolation. Indeed, States have always regarded international co-operation as being essential to their good relations. In criminal matters, such co-operation has traditionally taken the following forms: extradition, commissioned evidence, service of documents issued by a foreign court and informal co-operation between police forces.

These types of assistance, although still useful and necessary, were developed at a time when crimes were not normally committed beyond the boundaries of any one country. Because of the spectacular increase in means of communication and transportation, criminals are no longer inhibited by territorial boundaries. Quite the contrary, criminals take advantage of the traditional notion of territorial jurisdiction to escape detection and prosecution.

Transnational crime has become an international problem which requires a solution at an international level. Hence, the purpose of mutual legal *assistance in criminal matters*¹⁵.

En fait, la coopération juridique internationale comprend « l'ensemble d'actes qui régissent la relation entre deux États ou plus, ou entre des États et des tribunaux internationaux, compte tenu du besoin engendré par les limites territoriales de la souveraineté » [notre traduction]. Dans l'univers du droit pénal international, l'un des plus récents moyens de coopération juridique internationale¹⁶ est l'entraide judiciaire internationale en matière pénale. Il est important de souligner, tout d'abord, que le terme coopération juridique internationale est utilisé ici au sens large, en faisant référence à l'ensemble des mécanismes internationaux de coopération juridique, tels que la commission rogatoire, l'extradition, l'entraide judiciaire, entre autres.

impliquait une demande formelle, initiée par un tribunal ou un responsable judiciaire, transmise par la voie diplomatique et finalement examinée par un tribunal ou une autre autorité de l'État de destination. Le document indiquant ce qui était requis était appelé « lettre (ou lettres) de demande » ou « commission rogatoire » [notre traduction]. David McClean, *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, 3^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2012 aux pp 6-7.

¹⁵ *United Kingdom v Ramsden*, [1996] 1527 au para 5 CanLII (ON CA) citant House of Commons Debates, 33rd Parliament, 2d Session, September 15, 1987, p 8933.

¹⁶ Fábio Ramazzini Bechara, *Cooperação jurídica internacional em matéria penal : Eficácia da prova produzida no exterior*, São Paulo, Saraiva, 2011 à la p 33.

L'entraide judiciaire internationale a été, à l'origine, inspirée par le modèle de coopération internationale prévu à la convention de *La Haye* du 15 novembre 1965¹⁷. Elle s'adressait exclusivement aux demandes de coopération juridique en matière civile ou commerciale. Il s'agit d'un mécanisme de coopération juridique internationale conçu pour aider les États à surmonter les obstacles de la procédure pénale internationale. De plus, elle est conçue comme « une procédure par laquelle les États sollicitent et fournissent une aide à la collecte de preuves destinées à être utilisées dans des affaires pénales »¹⁸.

L'entraide judiciaire en matière pénale est apparue sur la scène internationale pour la première fois en 1977 lors de l'entrée en vigueur de l'accord bilatéral entre les États-Unis et la Suisse¹⁹. Ce modèle a été repris dans la grande majorité des accords et traités qui traitent de plusieurs formes de criminalité transnationale. Ainsi, elle est conçue comme une alternative à la commission rogatoire qui « ne permettait pas d'obtenir une assistance suffisamment large et ne donnait pas les moyens de recueillir en temps utile les éléments recherchés »²⁰.

Il faut noter qu'aux fins de cette étude, les termes crime transnational, infraction transnationale, criminalité transnationale et crime transfrontalier, seront utilisés dans le sens que leur donne la disposition de l'article 3(2) de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée²¹. Ce texte prévoit « qu'une infraction est de nature transnationale si : Elle est commise dans plus d'un État; elle est commise dans un État dès qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État; elle est commise dans un État, mais implique un groupe

¹⁷ *Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale*, 26 septembre 1988, 658 RTNU 9432 (entrée en vigueur : 1er mai 1989) [Convention de la Haye de 1965].

¹⁸ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition*, New York, Nations Unies, 2012, à la p 19, en ligne : <https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_F.pdf> (consulté le 13 août 2017).

¹⁹ *Traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale (avec liste et six échanges de lettres interprétatives et un échange de lettres interprétatives en date du 23 décembre 1975)*, 25 mai 1973, 15865 RTNU 1052 à la p 61 (entrée en vigueur : 23 janvier 1977).

²⁰ Kimberly Prost, « Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale » (1998), en ligne : Organisation des États Américains <https://www.oas.org/juridico/mla/fr/can/fr_can_prost98.html> (consulté le 13 août 2017).

²¹ *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, I39574 (entrée en vigueur : 29 septembre 2003).

criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État; ou elle est commise dans un État avec des effets substantiels dans un autre État ».

Concrètement, le rôle de l'entraide judiciaire en matière pénale s'articule autour de deux axes : la normalisation et l'efficacité des actes judiciaires et de poursuite dont les finalités ne peuvent être atteintes sans la coopération d'une juridiction étrangère. En termes d'objectif, l'entraide judiciaire en matière pénale vise essentiellement la mise en œuvre des mesures capables de donner plus de fluidité et de souplesse à l'interaction entre les instances judiciaires ou les autorités de poursuite de pays différents.

En effet, l'entraide judiciaire en matière pénale devient une nécessité pour favoriser l'échange d'informations concernant les activités liées aux crimes transnationaux. Elle permet aussi et surtout d'accélérer les poursuites criminelles nationales tout en réduisant le nombre des corps intermédiaires et les limitations relatives à la compétence et la souveraineté des États concernés. Actuellement, l'entraide judiciaire en matière pénale est un instrument assez utilisé, vu que le pays qui reçoit une demande est libre d'appliquer le droit interne contrairement à la commission rogatoire.

Dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale, même lorsque les barrières linguistiques sont surmontées, un grand nombre de facteurs risquent de générer des contraintes au traitement des demandes. La raison en est que l'entraide judiciaire une forme d'ingérence dans la souveraineté des États. Sa finalité peut parfois aller à l'encontre des intérêts nationaux ou de la sécurité de l'État ou d'une enquête en cours dans cet État²².

²² Bernard Rabatel, « Legal challenges in mutual legal assistance » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 38 à la p 43, en ligne : [Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program <https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>](https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf).

D'une part, les entraves à la mise en œuvre de l'entraide judiciaire en matière pénale sont liées au cadre juridique régissant les relations de coopération entre les États. Ceux-ci peuvent légitimement refuser ou retarder une demande sur la base des motifs tirés des dispositions légales contenues dans une convention, dans un accord bilatéral, ou même sur le fondement du principe de réciprocité, par exemple. D'autre part, dans certains cas, les raisons du refus ou du retard ne sont pas fondées sur les textes légaux ou réglementaires en vigueur, mais sur des contraintes d'ordre pratique. Citons à titre d'exemples, les problèmes de communication et le fonctionnement inefficace des autorités centrales, qui représentent l'une des questions les plus épineuses et qui a d'emblée suscité le plus de discussion.

Les difficultés des États à traiter de façon rapide et efficace ces demandes peuvent porter des graves préjudices aux poursuites criminelles ou aux procédures judiciaires en cours. Par contre, l'étude de ce sujet n'est pas abordée dans les facultés de droit. De plus, la matière est souvent méconnue de la plupart des juristes en dépit des interactions de plus en plus fréquentes entre les tribunaux et les services administratifs des différents pays. Ceci étant, il est dans l'intérêt de tous d'entreprendre des efforts conjoints dans le but d'identifier les causes des entraves, de suggérer de solutions et de suivre la mise en place des engagements des États concernant la lutte contre la criminalité transnationale.

Ainsi, considérons le principe selon lequel les preuves légalement recueillies au cours d'une enquête ou d'une poursuite criminelle devraient être admissibles devant les juridictions internationales. Nous faisons allusion aux États qui se sont engagés par le biais des conventions internationales, des traités, voire par réciprocité, à surmonter les barrières juridiques et les difficultés bureaucratiques. La problématique qui se pose gravite autour des limites et des possibilités de l'entraide judiciaire en matière pénale de surmonter les difficultés posées par la diversité des règles d'admissibilité des preuves.

L'origine de ces barrières varie considérablement au sein de chaque État. Il peut être question du rejet d'une demande fondé exclusivement sur des critères objectifs et transparents. Citons à titre d'exemples son incompatibilité avec les exigences techniques et fonctionnelles définies par la législation applicable. Il en est de même pour l'inefficacité des actes de procédure

pratiqués à l'étranger en fonction des contraintes techniques et logistiques, tels que des retards dans l'établissement des réquisitions, du traitement et du renvoi de ces demandes.

Cela dit, il est évident que, *prima facie*, les États qui se sont engagés à mettre en œuvre les traités et les conventions qui visent à l'utilisation de l'entraide judiciaire en matière pénale pour recueillir des preuves à l'étranger éprouvent de difficultés. Celles-ci sont d'ordre administratif, juridictionnel, technique et juridique pour appliquer les mesures visant l'exécution des actes de procédure nécessaires à la poursuite criminelle transnationale.

En effet, notre hypothèse est que même lorsque les preuves recueillies sont mises à la disposition de l'État requérant, ces données s'avèrent souvent inadaptées ou insuffisantes, tant au regard de la notion de procédure équitable et efficace (conditions formelles) que de la conformité avec les prescriptions de fond (conditions matérielles) applicables par le droit interne des États.

Pour justifier cette hypothèse, au cours de notre recherche, nous tâcherons de répondre aux questions suivantes: est-ce que l'évolution des instruments normatifs conçus pour favoriser l'exécution uniforme des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale a réussi à mettre en place un processus homogène et concerté? Si la réponse est négative, quels sont les principaux obstacles juridiques et administratifs à l'obtention d'un résultat positif? Et, dans tel cas, quelles mesures ont été mises en œuvre par l'objectif de prévenir la résurgence de ces obstacles?

Dans le but de trouver des réponses à ces questions, nous comptons faire une analyse des différents textes législatifs et des précédents jurisprudentiels où l'entraide judiciaire en matière pénale a été traitée. Nous passerons en revue également des sources doctrinales concernant son émergence ainsi que des documents qui décrivent les démarches anticipatives et la mise en œuvre de ce type de coopération juridique internationale aussi bien que les enjeux qui lui sont connexes. L'analyse de la manière dont la coopération juridique internationale pénale est mise en place au fil des années, des principales barrières à l'exécution des actes de procédure à l'étranger et des pratiques exemplaires concernant la mise en œuvre de l'entraide judiciaire en

matière pénale a pour but de donner un aperçu de la situation et de faire des suggestions pour réduire la portée des motifs de refus et le temps de traitement de ces demandes.

L'examen de quelques exemples tirés des rapports du 4^e cycle des évaluations mutuelles des pays membres du Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme (GAFI) élaboré en 2015 - dont l'un des critères observés porte sur la coopération internationale, y compris l'entraide judiciaire en matière pénale - sera utile à l'identification des obstacles auxquels certains des pays évalués sont confrontés. Il en est de même pour l'analyse des meilleures pratiques concernant l'amélioration du traitement des demandes d'entraide judiciaire pénale. En outre, vu que la mise en œuvre de l'entraide judiciaire en matière pénale fait l'objet d'actualité, il se révèle pertinent de passer en revue des sources documentaires à savoir des manuels, des blogues et des chroniques judiciaires qui se rapportent à ce sujet.

Finalement, afin de mener la recherche, nous divisons le mémoire en trois chapitres. Le premier chapitre est consacré à une brève contextualisation de l'évolution historique de la coopération juridique internationale jusqu'à l'émergence de l'entraide judiciaire en matière pénale. Il sera question de mettre en évidence l'encadrement normatif de ce mécanisme au moyen d'une approche théorique qui vise uniquement à décrire les étapes de la mise au point de l'outil juridique objet de cette étude.

Le deuxième chapitre met en lumière les principales caractéristiques de l'entraide judiciaire en matière pénale. Il tiendra compte du rôle des autorités centrales conçues pour répondre aux défis qui se présentent à la mise en œuvre de ce mécanisme de coopération et les fondements juridiques selon lesquels les demandes peuvent être accordées ou refusées. Le troisième chapitre se penche sur l'encadrement structurel et formel de la mise en œuvre de l'entraide judiciaire en matière pénale. Il aborde deux points cruciaux qui entravent l'obtention de preuves à l'étranger par le biais de l'entraide judiciaire en matière pénale. Il s'agit des difficultés fondées sur les obstacles juridiques et les entraves institutionnelles relatives au fonctionnement inefficace des autorités centrales. Ce dernier chapitre porte également sur l'utilisation de nouvelles technologies mises au point au niveau national et international pour

alléger les contraintes juridiques et administratives liées à l'élaboration, l'envoi, le traitement et le renvoi des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale.

Par l'entremise de ces trois chapitres, nous serons en mesure de trouver des réponses à nos questions de recherche. Une conclusion ainsi que des recommandations mettront un terme à ce travail.

Chapitre 1 – L'évolution de la coopération juridique internationale et l'émergence de l'entraide judiciaire pénale

Dans le domaine juridique, « il est parfois difficile de saisir les effets de la mondialisation, puisque la dogmatique juridique nous présente le droit par le seul prisme national rendant, dès lors, difficile une juste appréhension des enjeux normatifs afférents à la mondialisation »²³. Ainsi, en tenant compte des impératifs de coordination, de coopération mutuelle, d'unité, ainsi que d'égalité de traitement, les législations nationales ont dû s'adapter à la nouvelle société internationale issue de l'interaction des communautés hétérogènes comme jamais auparavant.

La quête de l'efficacité du droit pénal international et son adéquation à l'âge de la mondialisation devinrent alors un besoin urgent et immédiat, et l'on constata aussi qu'« [i]l est urgent qu'à l'internationalisme du crime s'oppose l'internationalisme de la répression »²⁴. Dans cet ordre d'idées, la Cour Suprême du Canada, reconnaissant le besoin d'internationalisation de la répression de la criminalité, se prononça comme suit en 1989, dans l'affaire *États-Unis c. Cotroni* : « [I]es enquêtes et les poursuites criminelles ainsi que la répression du crime pour la protection des citoyens et le maintien de la paix et de l'ordre public constituent un objectif important de toute société organisée. Il ne serait pas réaliste que la poursuite de cet objectif se confine à l'intérieur des frontières nationales »²⁵.

Au fur et à mesure qu'une législation correspondant aux aspirations de la communauté internationale devint indispensable, une multitude de traités, d'accords et d'instruments furent signés. Il a été question de relativiser les critères de souveraineté par le biais de méthodes d'intégration du droit international aux droits internes. En fait, la promotion de l'internationalisation du droit pénal et de la justice présuppose des efforts communs pour

²³ Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008 à la p 1.

²⁴ Henri Donnedieu de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928 à la p 1.

²⁵ *États-Unis c Cotroni*, [1989] 106 au para 215 CanLII (CSC).

l'intégration de la norme internationale pénale à l'ordre juridique interne, avec l'application réelle et effective des accords signés²⁶.

La coopération internationale s'établit ainsi comme une forme de collaboration entre les États. Elle est fondée sur des traités, des accords et des conventions internationales prévoyant notamment le devoir d'assistance mutuelle entre les pays comme une obligation qu'ils s'imposent eux-mêmes. L'organisation des règles qui régissent les relations transnationales ne vise point exclusivement l'atteinte de l'exercice de la souveraineté interne en tant que moyen de contrôle. Dans le cadre de la coopération juridique internationale, cette coordination cible principalement la garantie de la sécurité juridique, à partir d'une perspective intégrée et systémique. Elle implique que la limite de la juridiction d'une nation ne soit pas traversée de façon inaperçue par une autre pour répondre à ses propres intérêts²⁷.

Bien que la coopération juridique soit une réalité quotidienne du XXI^e siècle, il s'agit d'une notion qui s'est progressivement construite et qui, de ce fait, mérite d'être analysée depuis ses origines anciennes²⁸.

1.1. Contexte historique de la coopération juridique internationale en matière pénale

La solution aux conflits par le biais de la coopération entre les peuples des différentes nations est recherchée par l'humanité depuis l'Antiquité. Stephen Neff signale que « *[o]ne of the earliest surviving treaty texts is between Egypt and the Hittite Empire, from the thirteenth century BC. The agreement concerned an imperial division of spheres of influence, but it also*

²⁶ Bérangère Taxil, *Méthodes d'intégration du droit international en droits internes*, 3^{ème} Congrès de l'AHJUCAF présentée à la Cour suprême du Canada, du 21 au 23 juin 2010 [non publiée] 104 à la p 104, en ligne : <http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internationalisation_du_droit.pdf>.

²⁷ Wagner Menezes, « *Cooperação Jurídica Internacional e seus Paradoxos* » dans André Carvalho Ramos et Wagner Menezes, dir, *Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional*, Belo Horizonte, Arraes, 2015, 17 à la p 17.

²⁸ Sandro Brescovit Trotta et Luciano Vaz Ferreira, « *International legal cooperation in criminal matters : Historical outline* » (2013) 5:1 *Sist Penal Violência* 1 aux pp 1–2.

dealt with the extradition of fugitives »²⁹. Certains auteurs ajoutent que les premières études en la matière furent découvertes, accessoirement, chez Bartolo de Sassoferrato et, de façon plus précise, dans l'œuvre de Grócio, de Puffendorf et de Wolff de l'École hollandaise³⁰.

La transition entre la justice privée et celle sous la tutelle de l'État posa le problème de la juridiction et ensuite les inconvénients imposés par les limites de la souveraineté³¹ de chaque nation. Historiquement, les nations puissantes n'avaient pas d'intérêt à entretenir des relations avec d'autres pays, étant donné qu'au besoin elles pouvaient subjuguier les plus faibles par la force. Toutefois, la nécessité de résoudre les conflits sans l'utilisation de solutions belliqueuses constitua un facteur qui motiva la création de règles internationales aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle³².

Au XIXe siècle, les nations lancèrent une régulation graduelle des sociétés internationales et de leurs relations. En fait, après la Révolution française et pendant la Révolution industrielle, il y eut une poussée de l'idéal de l'État de Droit, ainsi qu'une montée du flux de personnes liées au développement des moyens de transport. Cela entraîna aussi la circulation de fugitifs et, par conséquent, la nécessité de formalisation des traités d'extradition³³.

Le Traité de la Paix d'Amiens, conclu le 25 mars 1802 entre la France, l'Angleterre et l'Espagne, établissait de façon concrète, dans son article XX, les modalités par lesquelles l'extradition pouvait être opérée entre les États signataires :

²⁹ Stephen Neff, « A Short History of International Law » dans Malcolm Evans, dir, *International Law*, 4^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2014, 3, à la p 5.

³⁰ Trotta et Ferreira, *supra* note 28 à la p 4.

³¹ La souveraineté extérieure est une partie du pouvoir de l'État qui est soumise aux limites imposées par le droit international, mais ne rend compte à aucun autre État. Dans son opinion distincte convergente dans l'affaire du régime douanier austro-allemand, le juge Azilotti a déclaré que l'indépendance pourrait être décrite comme « sovereignty (suprema potestas), or external sovereignty, by which is meant that the state has over it no other authority than that of international law ». Il a ajouté que « [i]ndependance as thus understood is really no more than the normal condition of states. » Le juge Azilotti a également expliqué qu'aujourd'hui l'indépendance ou la souveraineté est pratiquement la règle universelle et c'est, en effet, l'aspect extérieur de la souveraineté qui nous donne l'image complète du concept (Donat Pharand, « Perspectives on Sovereignty in the Current Context: A Canadian Viewpoint », *Canada-United States Law Journal* 20 (1994) 19 à la p 21. En ligne : <<http://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2005&context=cuslj>>).

³² Trotta et Ferreira, *supra* note 28 aux pp 4-5.

³³ Milton Fornazari Junior, *Cooperação Jurídica Internacional: Auxílio Direto Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016 aux pp 15-16.

Il est convenu que les parties contractantes, sur les réquisitions faites par elles respectivement, ou par leurs ministres et officiers dûment autorisés à cet effet, seront tenues de livrer en justice les personnes accusées des crimes de meurtre, de falsification ou banqueroute frauduleuse, commis dans la juridiction de la partie requérante, pourvu que cela ne soit fait que lorsque l'évidence du crime sera si bien constatée, que les lois du lieu où l'on découvrira la personne ainsi accusée, auraient autorisé sa détention et sa traduction devant la justice, au cas que le crime y eût été commis. Les frais de la prise de corps et de la traduction en justice seront à la charge de ceux qui feront la réquisition : bien entendu que cet article ne regarde en aucune manière les crimes de meurtre, de falsification ou de banqueroute frauduleuse, commis antérieurement à la conclusion de ce traité définitif³⁴.

Des lois nationales commencent également à promouvoir l'assistance entre les états en matière pénale, ainsi que l'application extraterritoriale du droit pénal à l'instar de la Loi belge, du 1^{er} octobre 1833³⁵. Un phénomène semblable est survenu dans le cadre du Code pénal allemand de 1871 et du Code pénal italien de 1889. Dans le même ordre d'idées, pour faire face de façon conjointe et plus effective à la criminalité transnationale, un grand mouvement de rapprochement entre les polices de différents États européens a donné lieu à une série de Congrès à Londres (1872), à Rome (1885) et à Paris (1895)³⁶.

En 1914, le Premier Congrès international de police judiciaire a eu lieu à Monaco, où des policiers, des juristes et des magistrats de 24 pays se sont réunis pour débattre des procédures d'arrestation, des techniques d'identification. Les discussions portaient également sur la création d'un fichier central international des antécédents judiciaires et des procédures d'extradition³⁷.

En 1919, avec la fin de la Première Guerre mondiale, un accord de nature politico-juridique a fait l'objet de discussions par une Commission constituée de délégués de plusieurs des États

³⁴ *Traité de la Paix d'Amiens*, en ligne : <<<https://www.napoleon.org/histoire-des-2-empires/articles/le-traite-de-la-paix-damiens/>>>.

³⁵ Fornazari Junior, *supra* note 33.

³⁶ Trotta et Ferreira, *supra* note 28 à la p 5.

³⁷ « INTERPOL - Historique », en ligne : INTERPOL <<https://www.interpol.int/fr/%C3%80-propos-d'INTERPOL/Historique>> (consulté le 13 août 2017).

représentés à la Conférence de la Paix à Paris³⁸. Le Pacte de la Société des Nations a été le résultat de ces délibérations et fut adopté par la Conférence et incorporé dans le traité de Versailles³⁹. Le Pacte rappelle, en préambule, que :

[l]es hautes parties contractantes, considérant que, pour développer la coopération entre les nations et pour leur garantir la paix et la sûreté, il importe d'accepter certaines obligations de ne pas recourir à la guerre, d'entretenir au grand jour des relations internationales fondées sur la justice et l'honneur, d'observer rigoureusement les prescriptions du droit international, reconnues désormais comme règle de conduite effective des gouvernements, de faire régner la justice et de respecter scrupuleusement toutes les obligations des traités dans les rapports mutuels des peuples organisés, adoptent le présent pacte qui institue la Société des Nations⁴⁰.

En 1923 il a été créé, à l'initiative du chef de la police de Vienne, Johannes Schober, la Commission internationale de police criminelle (C.I.P.C.). À l'issue de trois ans de négociations, il a été proposé que chaque pays mette en place un point de contact central au sein de sa police nationale, l'ancêtre du Bureau central national (B.C.N.). Mais en 1938, la C.I.P.C. cesse d'exister en tant qu'organisation internationale lorsque les nazis prennent sa direction et la plupart des pays mettent fin à leur participation⁴¹. Ce n'est qu'après la fin de la Deuxième Guerre mondiale, en 1946, que la Belgique entreprend la reconstruction de l'Organisation et le nouveau siège est établi à Paris⁴².

À compter de la seconde moitié du XXe siècle, une révolution dans les communications et les moyens de transport mena à la reformulation des constitutions occidentales. Celles-ci commencèrent à instituer la coopération et l'intégration entre les peuples comme l'un des objectifs pour la promotion du progrès de l'humanité. À une époque où la circulation des personnes, des biens, des services et du capital est appelée à s'intensifier, ce phénomène de rapprochement des peuples déclencha non seulement des effets positifs, mais aussi un certain

³⁸ M Paul Hymans, « Les débuts de la Société des Nations » [1921] 2 Rev Droit Int'l Legis Comp 3d 5 à la p 5.

³⁹ *Ibid* aux pp 5-6.

⁴⁰ « Société des Nations, Pacte du 28 juin 1919, MJP », en ligne : <<http://mjp.univ-perp.fr/traites/sdn1919.htm>> (consulté le 13 août 2017).

⁴¹ « INTERPOL - Historique », *supra* note 37.

⁴² *Ibid*.

nombre d'effets négatifs⁴³. Citons à titre d'exemples les difficultés à identifier des pratiques criminelles transnationales mises en œuvre par le biais d'un modus operandi sans précédent. Dès lors, une séquence d'initiatives conjointes fut déclenchée pour faire face à ce nouveau type de criminalité, notamment en Europe. Plusieurs organismes internationaux furent créés pour intensifier, entre autres objectifs, la coopération entre les peuples, particulièrement l'Organisation des Nations Unies, établie par la Charte des Nations Unies⁴⁴.

La Charte des Nations Unies voulait assurer transition entre le « monopole de la force légitime » des États et le système de police globalement intégré⁴⁵. Plusieurs événements sont organisés successivement pour augmenter les politiques de répression contre la criminalité transnationale. En 1953, à Rome, l'Association internationale de Droit pénal organise son IV^e congrès, où l'on reconnaît le besoin d'agir de façon conjointe et l'assistance mutuelle pour combattre les délits. En 1957, la Convention européenne sur l'extradition est signée. En 1959, la Convention européenne pour la coopération juridique en matière pénale est approuvée. Il en est de même pour la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe⁴⁶. Celle-ci a été décrite par Kimberly Prost comme « *[t]he first significant instrument for mutual assistance [...]* »⁴⁷.

En 1965, la Conférence de La Haye a établi des règles sur la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale. La Convention qui fut adoptée à cet effet est importante dans le sens où elle fut la première à prévoir et à établir le rôle d'une autorité centrale. Ainsi, dans les dispositions de son article 2 elle a établi que chaque État contractant doit désigner une autorité centrale pour être

⁴³ Fornazari Junior, *supra* note 33 à la p 3.

⁴⁴ Adoptée le 26 juin 1946, la Charte des Nations Unies, aussi appelée Charte de San Francisco, est le traité qui a établi la nature et la portée d'action de l'Organisation des Nations Unies ainsi que le Statut de la Cour internationale de Justice, qui fait partie intégrante de la Charte.

⁴⁵ Philippe Moreau Defarges, « La réforme de l'ONU, obsédante et impossible » (2006) 7 *Annuaire de Droit International* 1 à la p 3.

⁴⁶ *1959 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, Council of Europe Treaty Series No 30, 1959 [1959 European Convention].

⁴⁷ Kimberly Prost, « The need for multilateral cooperative framework for mutual legal assistance » dans Larissa van den Herik et Nico Schrijver, dir, *Counter Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 93 aux pp 96-97.

responsable de la réception des demandes de signification ou de notification en provenance d'un autre État contractant et d'y donner suite⁴⁸.

Le 24 octobre 1970, la Résolution n° 2625 (XXV) de l'Assemblée générale de l'ONU débute un nouveau panorama dans les relations internationales. Le devoir des États de coopérer mutuellement en conformité à leurs constitutions fut établi et recommandé, bien entendu, en préservant le respect de la souveraineté et le principe de la non-intervention⁴⁹.

Deux conventions liées à la coopération juridique internationale en matière pénale se distinguent dans cette période. Il s'agit de la Convention européenne sur la valeur internationale des sentences pénales⁵⁰ de 1970 et la Convention européenne sur la transmission de procédures pénales⁵¹ de 1972. En 1975, au Panama, la Convention interaméricaine sur les Commissions rogatoires a mis en relief l'utilisation des commissions rogatoires comme moyen pour demander la mise en œuvre des notifications, des citations et de l'obtention de preuves en matière civile et commerciale à l'étranger⁵². La même année, toujours au Panama, la Convention interaméricaine sur l'Obtention de Preuves à l'étranger a établi que l'État requis pourra employer des moyens compulsifs prévus dans sa législation interne. Il est intéressant de souligner ici que l'instrument procédural prévu à l'occasion de ces conventions fut la commission rogatoire. Il s'agit d'un mécanisme notablement lent qui s'est vu remplacer graduellement par l'utilisation de l'entraide judiciaire en matière pénale acheminée par les autorités centrales⁵³.

En analysant conjointement les modèles traditionnels de coopération juridique internationale, la conclusion des accords bilatéraux, régionaux et multilatéraux surgit comme une lueur d'espoir en vue des poursuites effectives contre les auteurs des crimes transnationaux à complexité croissante. L'entraide judiciaire en matière pénale en tant qu'outil prévu aux

⁴⁸ Convention de la Haye de 1965, *supra* note 17.

⁴⁹ Fornazari Junior, *supra* note 33 à la p 18.

⁵⁰ *Convention européenne sur la valeur internationale des sentences pénales*, 28 mai 1970, 14098 RTNU 973 à la p 57.

⁵¹ *Convention européenne sur la transmission de procédures pénales*, 15 mai 1972, 17825 RTNU 1137.

⁵² Trotta et Ferreira, *supra* note 28 à la p 7.

⁵³ *Ibid* aux pp 7-8.

accords précités, fut alors conçue comme l'instrument pour vaincre les entraves à la procédure pénale internationale. Un des premiers accords bilatéraux - *Mutual legal assistance treaties* (MLATs) - eut à prévoir que cet outil entra en vigueur à compter de 1977 après avoir été signé entre les États-Unis et la Suisse. Ainsi, « *[i]t is referred to as the seminal mutual legal assistance instrument because of its innovative measures aimed at bridging the differences between common law and civil law states* »⁵⁴.

Cet accord entre la Suisse et les États-Unis a contribué à un engagement prioritaire en faveur de la coopération internationale en matière pénale. De plus, il a prouvé qu'il était possible de signer un traité de ce type entre les pays de droit romano-germanique et les pays de *common law*. En fait, des mesures de contrainte devaient être applicables dans l'État requis même si l'enquête ou la procédure menée dans l'État requérant concernait un acte non punissable selon le droit en vigueur dans l'État requis ou non prévu par l'accord (article 7, alinéa 1)⁵⁵.

En 1991, le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale⁵⁶ fut développé par les Nations Unies dans une perspective didactique. Le traité visait à assister les pays qui souhaitent négocier et éventuellement signer des accords d'entraide judiciaire en matière pénale.

Depuis 1992, deux accords de nature régionale peuvent être cités comme exemples. Il s'agit de la convention interaméricaine sur l'entraide judiciaire en matière pénale et l'extradition⁵⁷ et la Convention de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest relative à l'entraide judiciaire en matière pénale (ECOWAS Convention)⁵⁸.

Enfin, il y a lieu de signaler les accords multilatéraux visant des actions conjointes pour la

⁵⁴ Prost, *supra* note 47 à la p 97.

⁵⁵ *Traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale (avec liste et six échanges de lettres interprétatives et un échange de lettres interprétatives en date du 23 décembre 1975)*, *supra* note 19.

⁵⁶ Organisation des Nations Unies, *Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale*, 1991, en ligne : <<https://www.unodc.org/tldb/pdf/MLA%20FR.pdf>>.

⁵⁷ *Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, 23 may 1992, Treaty Series, OAS, No 75 (entrée en vigueur : 14 avril 1996).

⁵⁸ *Convention de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest relative à l'entraide judiciaire en matière pénale*, 29 juillet 1992, 2329 RTNU 301 (entrée en vigueur : provisoirement 29 juillet 1992 et définitivement 28 octobre 1998) [ECOWAS Convention].

lutte contre certains types de pratiques criminelles transnationales et les mesures liées à l'entraide judiciaire pénale. Mentionnons à cette fin, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes⁵⁹, la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée⁶⁰, la Convention des Nations unies contre la corruption⁶¹ et la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales⁶². Celle-ci est adoptée par les États membres de l'OCDE en 1997⁶³. Tous ces traités prévoient la reconnaissance juridique de la demande d'entraide judiciaire en matière pénale. De plus, ils demandent aux États parties de prendre toutes les mesures nationales, bilatérales et multilatérales nécessaires pour la lutte contre la criminalité transnationale.

En dépit des récentes avancées, « *progress in mutual assistance in criminal matters can fairly be said to be half a century behind* »⁶⁴ en comparaison au développement de l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale dans le contexte de la propagation des accords bilatéraux et multilatéraux de cette nature. En effet, « *[i]f mutual assistance in criminal matters developed relatively slowly, the last decade or so of the twentieth century saw almost frenetic activity, which continues unabated* »⁶⁵, comme il est présenté ci-après.

1.2. Les fondements de la coopération juridique internationale en matière pénale

Nous avons étudié minutieusement l'historique des traités internationaux et leur applicabilité pratique de nos jours. Elle illustre que la prolifération de ces traités, bien que relativement

⁵⁹ *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, 19 décembre 1988, 1582 RTNU I-27627 (entrée en vigueur : 11 novembre 1990).

⁶⁰ *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, supra note 21.

⁶¹ *Convention des Nations Unies contre la corruption*, 9 décembre 2003, 2349 RTNU à la p 41.

⁶² Prévoyant l'entraide judiciaire en matière pénale dans son article 9.

⁶³ OECD, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997.

⁶⁴ John David McClean, *International co-operation in civil and criminal matters*, 3^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 153.

⁶⁵ *Ibid* aux pp 153-54.

nouveaux dans le domaine du Droit international pénal, représente une réponse concrète aux mouvements associés à la mondialisation et spécialement au comportement du crime transnational contemporain⁶⁶ dont la complexité du *modus operandi* augmenta considérablement au fil des années.

Sur ce point, il est intéressant de spécifier qu'il existe des différences entre ce que la doctrine désigne comme « crimes soumis au Droit pénal international » et les autres crimes internationaux. Gerhard Werle signale que les crimes soumis au Droit pénal international appartiennent au genre des crimes internationaux⁶⁷. Werle ajoute que dans la coopération juridique internationale en matière pénale, les règles sont purement procédurales et ne créent point de responsabilité pénale individuelle. De surcroît, les autorités judiciaires nationales dépendent des accords de coopération juridique signés entre les États (ce qui est connu sous l'appellation de coopération horizontale) qui complètent les règles internes de coopération internationale⁶⁸.

Les mécanismes de coopération juridique internationale en matière pénale permettent de

⁶⁶ Trotta et Ferreira, *supra* note 28 à la p 3.

⁶⁷ « Crimes under international law differ from other international crimes in that they are directly punishable under international law. In contrast, the basis for prosecution and punishment of other international crimes is not international law, but domestic (implementing) legislation; in such cases, international law, in particular international agreements, merely obligate states to declare certain offenses criminal. In these cases, one may speak at most of *indirect* criminality under international law, mediated through the domestic legal system. In contrast to crimes under international law, these other international crimes may be classified as treaty-based crimes. These include, for example, piracy crimes against air traffic and maritime navigation, certain forms of narcotics crimes, acts of terrorism, counterfeiting, and torture.

[...]

International criminal law must be distinguished from certain related disciplines that also share both international and criminal characteristics, though in different ways. These include supranational criminal law, the laws of international judicial assistance and cooperation in criminal matters, and the rules of extraterritorial jurisdiction.

International criminal law is most closely related to supranational criminal law. However, the latter is not based on interstate agreements or customary international law. Instead, supranational criminal law is created directly by supranational institutions with their own legal authority and the competence to create criminal norms, it is not surprising that supranational criminal law is barely developed today. The first serious beginnings of such criminal law may be discerned within the framework of the "Europeanization of criminal law".

[...]

In contrast, rules on extraterritorial jurisdiction are purely domestic in nature. They determine whether a case that involves a foreign element is subject to domestic criminal jurisdiction and which norms are to be applied. Several principles of extraterritorial jurisdiction can be distinguished: the nationality or active personality principle, the passive personality principle, the protection principle, the principle of vicarious administration of justice and the universality principle. The latter is also relevant in the context of international criminal law, since it establishes the jurisdiction of domestic courts to prosecute and punish crimes under international law » [notes omises] (Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2e éd, The Hague, T M C Asser Press, 2009 au pp 42, 44).

⁶⁸ Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2^e éd, The Hague, T M C Asser Press, 2009 à la p 44.

transférer la juridiction d'un État. Cela permettra aux démarches visant l'instruction de la poursuite des crimes soumis à son droit interne soient mises en œuvre dans la juridiction d'un autre État. Pour minimiser les éventuels obstacles, cette tâche requiert le pré-établissement de règles claires pour sauvegarder la souveraineté des États, leurs législations, ainsi que les droits fondamentaux de l'individu sujets des interventions étatiques. Ainsi, d'autres mesures ont facilité et simplifié la coopération juridique entre les États. Il s'agit, entre autres, de la fixation préalable des termes de la transmission de la demande et de la réalisation de démarches pour la production de preuves, la mise en œuvre de mesures de gel de biens et de rapatriement des avoirs en territoire étranger, mesures.

Selon Werle, en fonction de l'objet de l'affaire et des résultats attendus, une demande d'entraide judiciaire doit avoir une base juridique fondée sur les conventions, les traités ou les accords multilatéraux contenant des dispositions relatives à sa mise en œuvre. De même, la demande peut baser sur les traités et les accords bilatéraux d'entraide judiciaire, la législation nationale autorisant la coopération internationale dans les affaires pénales ou une promesse de réciprocité par la voie diplomatique généralement appelée commission rogatoire⁶⁹.

Le fondement juridique de ces demandes de coopération juridique internationale en matière pénale peut, par tradition, s'appuyer sur un traité, une convention, le droit interne voire même un principe de droit international. Ces dernières décennies, les accords bilatéraux, régionaux et multilatéraux ont joué un rôle important dans ce processus en facilitant et en modifiant substantiellement le traitement des crimes transnationaux.

1.2.1. Les traités multilatéraux

Les traités multilatéraux en matière pénale sont conçus comme des accords conclus entre trois États souverains ou plus établissant les droits et obligations entre les parties, fournissent aux

⁶⁹ Jean-Pierre Brun et al, *Asset Recovery Handbook A Guide for Practitioners*, Washington DC, World Bank Publications, 2011 à la p 139 (<https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/asset_recovery_handbook_0.pdf>).

États les outils et les mécanismes juridiques nécessaires à la bonne marche des poursuites criminelles transfrontalières. Comme l'affirme l'ONU, « les instruments universels mettent à la disposition de tous les États parties des bases juridiques illimitées géographiquement pour la coopération juridique. [...] Ils ont en effet pour but de faciliter les enquêtes et les poursuites pénales lorsque les infractions ont un élément d'extranéité »⁷⁰.

Selon Marie Chêne, le principal avantage des traités multilatéraux est qu'ils contiennent des règles contraignantes qui obligent les signataires à fournir une entraide judiciaire en rapport avec les infractions visées par les divers instruments. Les traités et la législation nationale contiennent certaines conditions préalables à remplir avant que la demande d'entraide judiciaire en matière pénale soit accordée. Il s'agit, notamment, de la réciprocité, de la criminalité mutuelle et de la sévérité de l'infraction. Ils précisent également les raisons pour lesquelles la coopération peut être refusée à titre d'exception à l'infraction à caractère politique, à l'intérêt de l'État, à l'équité du procès. Voilà ce qui apporte plus de prévisibilité au processus⁷¹.

Il y a un désavantage lorsque deux pays ne sont pas signataires d'un traité ou d'une convention internationale. La raison est que la coopération juridique relative à l'engagement entre les organismes chargés d'appliquer la loi pénale et de lutter conjointement contre la criminalité dans différents pays ne sera possible que par le biais de voies diplomatiques⁷².

Dans ce sens, il convient de présenter ci-après les principaux jalons du cadre législatif qui est parvenu à constituer, au fil du temps, les réglementations de base pour la mise en œuvre et le fonctionnement de l'entraide judiciaire en matière pénale. Il s'agit de la Convention de La Haye de 1965, de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de

⁷⁰ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *La coopération internationale en matière pénale contre le terrorisme*, 2011, en ligne : <https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module_3_FR07072011.pdf>.

⁷¹ Marie Chêne, « Mutual legal assistance treaties and money laundering », *U4 Anti-Corruption Resource Centre* (29 juillet 2008) à la p 6, en ligne : U4 Anti-Corruption Resource Centre <<http://www.u4.no/publications/mutual-legal-assistance-treaties-and-money-laundering/>> (consulté le 13 août 2017).

⁷² Peter Schlosser, « Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation » (2000) 284:9 Rec Cours 24 à la p 92.

substances psychotropes, de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

1.2.1.1. La convention de La Haye de 1965

La Convention de La Haye ou Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale a été conclue en 1965. Elle ne concernait pas encore la coopération internationale en matière pénale, mais elle comporte une énorme importance dans le cadre de la coopération juridique internationale.

L'Autorité centrale est l'élément essentiel dans l'ensemble de mesures prévues dans cette convention dont l'objectif est la modernisation de la coopération juridique internationale. Avant cette convention, l'autorité centrale n'était pas encore une réalité et l'intégration entre les pays prêts à coopérer entre eux était très limitée en raison de la complexité des démarches bureaucratiques requises. Comme l'explique McClean,

[l]a principale innovation de la Convention de 1965 a été la création du système des Autorités centrales. Chaque État contractant doit désigner une telle Autorité centrale pour recevoir les demandes de signification émanant d'autres États contractants; l'attente, confirmée dans la pratique, était que ceci n'impliquerait pas la création d'une nouvelle agence, mais la désignation comme Autorité centrale aux fins de la présente Convention de quelque ministère ou bureau existant [notre traduction]⁷³.

À partir de là, l'intervention de l'autorité centrale fut répandue dans les conventions relatives à la coopération juridique internationale qui ont été conclues après l'année 1965. Ces conventions remplacent graduellement la voie traditionnelle de coopération qui a été tracée par les canaux diplomatiques⁷⁴. En ce qui concerne l'important rôle joué par cette convention dans l'augmentation des communications entre les États coopérants, la création d'un lien de contact

⁷³ McClean, *supra* note 64 à la p 35.

⁷⁴ Trotta et Ferreira, *supra* note 28 à la p 6.

distinct des représentations diplomatiques marqua la nouvelle phase. Celle-ci débutait par la transmission de demandes de citations et notifications d'actes judiciaires de nature civile. La nouvelle forme de communication par le biais des autorités centrales élimina le besoin de légaliser les documents par voie diplomatique ou consulaire comme il avait été établi originellement dans la Convention de Vienne sur les Relations consulaires de 1963⁷⁵. Désormais, ces documents sont directement reconnus dans le pays de destination.

En résumé, selon Peter Schlosser, il y a cinq caractéristiques qui ressortent de la Convention de La Haye. Premièrement, la mention de l'autorité centrale, déjà évoquée, qui souvent est une sous-division du Ministère de la Justice. Les fonctionnaires ont une maîtrise des langues étrangères et sont spécialistes en coopération juridique transfrontalière. Deuxièmement, l'établissement de « *predrafted uniform formulas* », c'est à dire, la fixation de termes techniques standard devant être employés dans la demande. Cela facilite la compréhension des autorités qui reçoivent les demandes, déjà familiarisées avec le jargon préétabli. Troisièmement, l'attribution d'un statut privilégié à la langue anglaise et à la langue française. Cela facilite la communication transfrontalière (vu que les fonctionnaires des autorités centrales doivent maîtriser ces langues). Enfin, l'absence de pouvoir discrétionnaire des autorités qui reçoivent les demandes.

Selon la Convention de La Haye de 1965⁷⁶, seulement l'autorité ou l'officier ministériel compétent est habilité à adresser une demande de coopération à l'Autorité centrale de l'État requis. Il s'agit d'un sujet controversé entre les pays qui adoptent des systèmes de common law et de droit civil lorsque la prérogative de formuler des demandes de coopération ne

⁷⁵ Rosa Ana Morán Martínez, « La cooperación judicial internacional en el siglo XXI : Especialización y creación de unidades especializadas en las Fiscalías » dans Vladimir Aras, Wellington Cabra Saraiva et Carlos Bruno Ferreira da Silva Silva, dir, *Temas de cooperação internacional*, Brasília, Ministério Público Federal - Secretaria de cooperação internacional, 2015, 109 à la p 110.

⁷⁶ Article 3 L'autorité ou l'officier ministériel compétents selon les lois de l'État d'origine adresse à l'Autorité centrale de l'État requis une demande conforme à la formule modèle annexée à la présente Convention, sans qu'il soit besoin de la légalisation des pièces ni d'une autre formalité équivalente. La demande doit être accompagnée de l'acte judiciaire ou de sa copie, le tout en double exemplaire (*Convention Relative à la Signification et la Notification à L'Étranger des Actes Judiciaires en matière Civile ou Commerciale*, conclue le 15 novembre 1965, en ligne : <<https://assets.hcch.net/docs/54f29c24-a77b-4570-ab95-cb5b6907a821.pdf>>).

s'étend pas aux avocats. Cela limite ainsi cette fonction aux autorités judiciaires et gouvernementales⁷⁷.

Depuis 1965, les innovations établies dans la Convention de La Haye symbolisent l'amélioration progressive du traitement des demandes de coopération juridique internationale. Cela prend en considération notamment celles concernant l'envoi des entrades judiciaires par le biais des autorités centrales et la simplification des démarches administratives.

1.2.1.2. La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes

La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes a été adoptée le 19 décembre 1988 à Vienne, en Autriche. Selon les dispositions de son article premier, elle a pour objectif de promouvoir la coopération entre les parties de telle sorte qu'elles puissent s'attaquer, avec plus d'efficacité, aux divers aspects du trafic illicite des stupéfiants et des substances psychotropes qui ont une dimension internationale⁷⁸. Plus de 100 États ont ratifié ladite convention. Parmi eux, 25 viennent du continent américain. Cela montre le caractère universel du traité en raison de sa ratification par des États qui font partie de régions géographiques distinctes ainsi que de systèmes juridiques différents⁷⁹.

En ce qui concerne l'entraide judiciaire, l'article 7 établit les conditions et la finalité de la Convention. Il souligne que les parties s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus étendue pour toutes enquêtes, poursuites pénales et procédures judiciaires concernant les infractions établies selon le paragraphe 1 de l'article 3, aux fins de :

- Recueillir des témoignages ou des dépositions;

⁷⁷ Schlosser, *supra* note 72 aux pp 94–102.

⁷⁸ *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, *supra* note 59.

⁷⁹ Trotta et Ferreira, *supra* note 28 à la p 9.

- Signifier des actes judiciaires;
- Effectuer des perquisitions et des saisies;
- Examiner des objets et visiter des lieux;
- Fournir des informations et des pièces à conviction;
- Fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents, y compris des relevés bancaires, documents comptables, dossiers de sociétés et documents commerciaux;
- Identifier ou détecter des produits, des biens, des instruments ou d'autres choses afin de recueillir des éléments de preuve⁸⁰.

Contrairement à ce qui se passait lorsque l'octroi d'une demande d'entraide se fondait exclusivement sur le principe de la *comitas gentium*, la Convention prévoit que les Parties peuvent s'accorder, entre elles, toute autre forme d'entraide judiciaire autorisée par le droit interne de la Partie requise.

En vertu de leurs législations et pratiques internes, il est également possible que les Parties facilitent ou encouragent « la présentation ou la mise à disposition de personnes, y compris de détenus qui acceptent d'apporter leur concours à l'enquête ou de participer à la procédure »⁸¹.

La responsabilité et le pouvoir de répondre aux demandes d'entraide judiciaire ou de les transmettre aux autorités compétentes pour leur traitement sont prévus à l'article 7 plus précisément au paragraphe 8. À ce sujet, la Convention établit que la transmission des demandes d'entraide judiciaire et de toute communication y relative se fait entre les autorités désignées par les Parties. Cette transmission se fait sans préjudice du droit de toute Partie d'exiger que ces demandes et ces communications lui soient adressées par la voie diplomatique et encore, selon le cas et à la convenance des Parties, par d'autres intermédiaires⁸².

⁸⁰ *Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes*, supra note 59.

⁸¹ *Ibid* art 7.

⁸² *Ibid*.

Sur le plan pratique, « la disposition autonome portant sur l'entraide judiciaire inscrite dans la Convention marquait également la reconnaissance du rôle essentiel de l'entraide judiciaire dans la lutte contre la criminalité, en l'occurrence contre le trafic de stupéfiants »⁸³. Il faut noter ainsi que la Convention encourage les Parties à conclure des accords ou des arrangements bilatéraux et multilatéraux qui servent les objectifs, donnent un effet pratique ou renforcent les dispositions concernant l'entraide judiciaire.

1.2.1.3. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

Dans les années 2000, à Palerme, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (Convention CTO) a réuni la communauté internationale. Le but de la rencontre consiste à démontrer la volonté politique⁸⁴ des acteurs de promouvoir un cadre juridique favorable à la coopération internationale dans la lutte contre des activités criminelles. Cette initiative vise, entre autres, le blanchiment d'argent, la corruption, le trafic illicite des espèces de la faune et de la flore sauvages menacées d'extinction. Elle vise également les atteintes au patrimoine culturel et contre les liens croissants entre la criminalité transnationale organisée et les crimes terroristes⁸⁵.

Cette convention se donne pour but d'améliorer les mécanismes d'entraide judiciaire visant l'obtention de preuves et de renseignements à l'étranger. Ainsi, elle favorise la création d'organes d'enquête conjoints, l'établissement de voies de communication entre les autorités compétentes. Elle favorise également la mise en place d'un large éventail d'instruments de

⁸³ Prost, *supra* note 20.

⁸⁴ « Si la criminalité traverse les frontières, la répression doit les traverser. Si l'état de droit est sapé non pas dans un, mais dans beaucoup de pays, alors ceux qui le défendent ne peuvent se limiter à des moyens purement nationaux. Si les ennemis du progrès et des droits de l'homme cherchent à exploiter à leurs fins l'ouverture et les possibilités que leur offre la mondialisation, alors, nous devons exploiter ces mêmes possibilités pour défendre les droits de l'homme et vaincre les forces du crime, de la corruption et de la traite d'êtres humains » (Avant-propos de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, 15 novembre 2000, I39574 (entrée en vigueur : 29 septembre 2003)).

⁸⁵ *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, *supra* note 21.

coopération y compris l'entraide judiciaire afin de rendre possible la mise en œuvre de certaines mesures coercitives dans un autre pays, telles que la saisie, la confiscation et l'exercice des pouvoirs d'arrestation⁸⁶.

La convention entend promouvoir la protection de la souveraineté des États. Ainsi, article 4 (2)⁸⁷ précise qu'aucune disposition n'habilite un État Partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne. La Convention souligne ainsi la sauvegarde des droits internes des États Parties en établissant que la demande d'entraide sous le signe de la Convention sera faite dans la mesure où leur droit interne le permet⁸⁸ et dans toute la mesure possible dans le cadre de leur système juridique national⁸⁹. Selon le Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition élaboré par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) :

La Convention contre la criminalité organisée peut être considérée comme un modèle ou un cadre pour la coopération internationale en matière d'extradition et d'entraide judiciaire. L'article 16 de la Convention autorise les États parties qui subordonnent l'extradition à l'existence d'un traité à considérer la Convention comme la base juridique de l'extradition dans leurs relations avec d'autres États parties. [...]

En ce qui concerne l'entraide judiciaire, l'article 18 de la Convention est souvent qualifié de "mini-traité". Cet article autorise les États parties à s'accorder l'entraide judiciaire la plus large possible en ce qui concerne les infractions prévues par la Convention⁹⁰.

En vertu de ses trois protocoles, qui portent sur des domaines spécifiques de la criminalité organisée, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée prévoit également plusieurs mécanismes internationaux de coopération juridique et établit certains concepts connexes tels que la communication spontanée.

⁸⁶ Giulio Illuminati, « Transnational Inquiries in Criminal Matters and Respect for Fair Trial Guarantees » dans Stefano Ruggeri, dir, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 2013, 15 à la p 19.

⁸⁷ *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, supra note 21.

⁸⁸ *Ibid* art 29.

⁸⁹ *Ibid* art 12.

⁹⁰ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, supra note 18 à la p 2.

1.2.1.4. La Convention des Nations Unies contre la corruption

Elle est signée à Mérida plus précisément au Mexique le 31 octobre 2003. Elle a obtenu à l'occasion de l'Assemblée générale des Nations Unies. Elle est signée à Mérida plus précisément au Mexique le 31 octobre 2003. Elle a obtenu à l'occasion de l'Assemblée générale des Nations Unies⁹¹ l'adhésion de 140 pays,⁹² dont 134 ratifications, jusqu'en novembre 2017. Considérant la complexité de la répression des crimes transnationaux et des effets néfastes qui en découlent, cette convention met en relief que la lutte contre la corruption ne doit plus être une préoccupation purement nationale. En effet, la corruption transnationale désavantage indistinctement le développement des pays et doit être combattue au niveau international notamment par le biais de l'entraide judiciaire.

Tout comme la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, la Convention des Nations Unies contre la corruption a favorisé des moyens alternatifs et novateurs de promouvoir la coopération internationale. Elle encourage, par exemple, le recours à des équipes d'enquête conjointes, consistant au partage des efforts logistiques et des informations entre les pays concernés visant à assurer la mise en œuvre effective de l'entraide judiciaire en matière pénale.

Néanmoins, malgré l'institution de mesures obligatoires dans ces traités, les dispositions sont parfois générales, laissant une marge d'interprétation différente selon le pays signataire concerné. Voilà ce qui pose des problèmes d'harmonisation législative et, par conséquent, du traitement efficace des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale⁹³.

Dans son article premier, la convention établit parmi ses objectifs, la promotion, la facilitation et le soutien à la coopération internationale et l'assistance technique aux fins de la prévention de la corruption et de la lutte contre celle-ci, y compris le recouvrement d'avoirs. L'article 46

⁹¹ *Convention des Nations Unies contre la corruption*, *supra* note 61.

⁹² Trotta et Ferreira, *supra* note 28 à la p 11.

⁹³ Chêne, *supra* note 71 à la p 6.

dispose que les États parties s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la Convention. Toutefois, il y a une condition *sine qua non*, il faut que les lois, les traités, les accords et les arrangements pertinents de l'État partie requis le permettent⁹⁴.

L'article 26 de la Convention établit aussi que l'entraide judiciaire peut être accordée avec le but de: recueillir des témoignages ou des dépositions, signifier des actes judiciaires, effectuer des perquisitions et des saisies ainsi que des gels, examiner des objets et visiter des lieux, fournir des informations, des pièces à conviction et des estimations d'experts, fournir des originaux ou des copies certifiées conformes de documents et dossiers pertinents, y compris des documents administratifs, bancaires, financiers ou commerciaux et des documents de société; identifier ou localiser des produits du crime, des biens, des instruments ou d'autre chose afin de recueillir des éléments de preuve, faciliter la comparution volontaire de personnes dans l'État Partie requérant, fournir tout autre type d'assistance compatible avec le droit interne de l'État Partie requis; et, conformément aux dispositions du chapitre V de la Convention, identifier, geler et localiser le produit du crime, ainsi que recouvrer des avoirs.

La CNUCC exige des États Parties qu'ils s'accordent mutuellement l'entraide judiciaire la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées par la convention (article 46[1]). En outre, l'article 46[6] prévoit que la CNUCC n'affecte en rien les obligations qui découlent de tout autre traité bilatéral ou multilatéral régissant ou devant régir, entièrement ou partiellement ce sujet. En effet, cette convention encourage l'engagement des États Parties afin de conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux visant à donner effet aux dispositions de la convention relatives à l'entraide judiciaire (article 46, paragraphe 30).

⁹⁴ La Convention prévoit que lors des enquêtes, des poursuites et des procédures judiciaires concernant les infractions commises par les personnes morales, autant que les lois, les traités, les accords et les arrangements pertinents de l'État Partie requis le permettent, elles peuvent être tenues responsables dans l'État Partie requérant conformément à l'article 46. Il convient également de noter que, en vertu de l'article 26 de la Convention, la responsabilité des personnes morales est sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques qui ont commis les infractions.

L'article 48[2] encourage les États Parties à conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux prévoyant une coopération directe entre leurs services de détection et de répression. La CNUCC fait observer qu'en l'absence de tels accords ou arrangements entre les États Parties concernés, ces derniers peuvent se baser sur cette Convention pour instaurer une coopération en matière de détection et de répression pour lutter contre les infractions qu'elle prévoit.

1.2.1.5. Le potentiel et la limite des conventions multilatérales analysées

En se donnant pour but de réduire la complexité des démarches bureaucratiques requises, les quatre conventions analysées prônent la modernisation et la restructuration de la coopération juridique internationale. Elles prônent aussi la mise en place d'un lien de contact distinct des représentations diplomatiques. La création d'une Autorité centrale comme élément essentiel pour rassembler, en un seul organisme, l'expertise et les moyens d'action nécessaires pour mettre en œuvre l'ensemble de mesures prévues dans les textes de ces conventions est ainsi une caractéristique commune.

En effet, l'objectif ultime de ces conventions est l'établissement des conditions et des fins visant l'augmentation des communications entre les États coopérants. Cet objectif est clairement exprimé dans la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et dans la Convention des Nations Unies contre la corruption. Elles établissent, en cas d'urgence, la possibilité que des demandes d'entraide en matière pénale soient faites oralement à condition que ces dernières soient confirmées sans délai par écrit.

En ce qui concerne les limites entre les conventions analysées, comme il a été souligné précédemment, la Convention de La Haye de 1965 n'a pas été conçue pour aider les pays dans leurs enquêtes, poursuites et procédures judiciaires. Son rôle dans l'évolution de la coopération juridique internationale pénale n'a été qu'une inspiration pour la création des

entités nationales centralisées en charge de recevoir et de donner suite aux demandes d'entraide judiciaire en matière pénale.

Pour sa part, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, la Convention CTO et la CNUCC ont expressément prévu l'entraide judiciaire en matière pénale. Elles l'ont prévue comme mécanisme de coopération juridique internationale qui a pour but de permettre d'amasser, dans d'autres pays, des éléments de preuve nécessaires aux enquêtes et poursuites pénales concernant les infractions établies dans ces conventions.

À la différence de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, la Convention CTO (Article 18, paragraphe 29) et la CNUCC (Article 46, paragraphe 29) prévoient que l'État Partie requis doit fournir à l'État Partie requérant copies des dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public a accès. La Convention CTO et la CNUCC prévoient également que l'État Partie requis, cette fois-ci à son gré, peut fournir à l'État Partie requérant intégralement, en partie ou aux conditions qu'il estime appropriées, des copies de tous dossiers, documents ou renseignements administratifs en sa possession et auxquels, en vertu de son droit interne, le public n'a pas accès.

La Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes est également muette sur la possibilité que l'État partie requis invoque l'absence de double incrimination pour refuser de donner suite à une demande d'entraide judiciaire. Elle est également muette sur le devoir d'exécuter cette demande aussi promptement que possible, en tenant compte dans toute la mesure possible de tous délais suggérés, pour autant que ceux-ci soient motivés.

En comparaison à la Convention CTO et à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, la CNUCC constitue un nouveau cadre d'action et de coopération internationale. Elle contient certaines fonctions additionnelles importantes en vue de la prévention et de la détection de la corruption. Elle prend en compte

également le recouvrement d'avoirs (Chapitre V) qui a été établi comme un principe fondamental de cette convention.

Néanmoins, compte tenu des spécificités du droit interne de chaque pays qui s'engage à coopérer en matière pénale, la nécessité de signer des accords bilatéraux établissant les conditions juridiques particulières s'est fait sentir. Cette démarche s'avère pertinente afin d'assurer une réglementation plus spécifique fixant les obligations réciproques et les garanties équivalentes concernant les objectifs poursuivis, comme nous allons le voir dans les sections qui suivent.

1.2.2. Les accords bilatéraux

L'évolution des accords internationaux au cours des dernières décennies a déclenché le processus de remplacement des moyens diplomatiques par le mécanisme de coopération de l'entraide judiciaire. Celle-ci, à la différence de la commission rogatoire, ne se limite pas à envisager la demande de coopération d'un tribunal à un autre. Par contre, elle cherche une décision véritablement étrangère en se référant à un litige interne⁹⁵. Nous ferons une analyse approfondie à ce sujet au cours de ce chapitre.

Ainsi, de nombreux traités d'entraide judiciaire en matière pénale (MLATs) ont été signés au cours des trente dernières années. Le but est de surmonter les difficultés auxquelles étaient confrontés les États en raison du système dépassé des commissions rogatoires. Cela a généré une prolifération de juridictions souveraines liées désormais par des accords bilatéraux⁹⁶. Cependant, comme le remarque Whedbee, l'effort conjoint de la communauté internationale d'élaborer un cadre juridique visant une harmonisation efficace de ces mécanismes de coopération internationale n'est pas suffisant. En fait, il faut prendre en compte trois autres

⁹⁵ Sandro Brescovit Trotta, « The limits of international legal cooperation in criminal matters » *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUCRS* 5 : 1 (janvier – juillet 2013) 16 à la p 17.

⁹⁶ David Whedbee, « The Faint Shadow of the Sixth Amendment: Substantial Imbalance in Evidence-Gathering Capacity Abroad under the U.S.-P.R.C. Mutual Legal Assistance Agreement in Criminal Matters » (2003) 12:2 *Pac Rim Law Policy J* 561 aux pp 573-74.

facteurs majeurs, à savoir : la régularisation des relations entre les fonctionnaires chargés de l'application des lois dans la pratique quotidienne, la diminution des écarts structurels entre les systèmes souverains moyennant l'entraide judiciaire pénale et l'intégration des régimes juridiques à une norme commune⁹⁷.

En ce qui concerne les progrès liés à l'émergence des traités bilatéraux, le processus de négociation en lui-même se présente comme « [...] *a form of training and capacity building for the relevant countries. [...] the record of the negotiations and the contacts forged will be used in the future to facilitate the practice of mutual assistance under the treaty* »⁹⁸.

Par rapport aux autres mécanismes qui régissent la coopération juridique internationale, les traités bilatéraux présentent des avantages par le fait qu'ils sont plus rapides et plus faciles à négocier et à modifier. D'une part, ils autorisent un contact direct entre les autorités judiciaires accélérant ainsi le traitement des demandes d'entraide⁹⁹. D'autre part, le processus de négociation des traités bilatéraux favorise le rapprochement législatif entre les États concernés et, par conséquent, la facilitation de la mise en œuvre de l'entraide judiciaire¹⁰⁰.

Les accords bilatéraux imposent aux États contractants une obligation non équivoque de donner une assistance au niveau international. De plus, en introduisant des dispositions plus flexibles ces accords peuvent prendre le pas sur le principe de double incrimination¹⁰¹.

Lorsqu'un État est surchargé des demandes d'entraide judiciaire, un traitement prioritaire est généralement donné aux demandes émanant des pays entre lesquels il existe un traité bilatéral

⁹⁷ *Ibid* aux pp 573-74.

⁹⁸ Prost, *supra* note 47 à la p 98.

⁹⁹ Chêne, *supra* note 71 à la p 7.

¹⁰⁰ *Ibid*.

¹⁰¹ *Ibid*.

en vigueur. Ce principe peut aussi stimuler une adaptation personnalisée aux besoins spécifiques des deux États¹⁰².

Quant aux contraintes attachées à l'utilisation des traités bilatéraux pour l'entraide judiciaire pénale, il faudra des années pour négocier des accords avec chacun des pays du monde. De plus, mentionnons le cas des pays en développement qui, d'une manière générale, pourraient être considérés inaptes à garantir que les entraides pénales seront traitées dans le cadre d'un système juridique national juste, équitable, indépendant et équipé des ressources suffisantes¹⁰³. Ainsi, les regroupements régionaux des pays qui ne disposent pas des conditions favorables pour négocier des accords bilatéraux, notamment par le biais des instruments régionaux d'entraide judiciaire, est une alternative qui s'est avérée de plus en plus prometteuse.

Compte tenu de l'analyse des avantages et des contraintes liées à la mise en oeuvre des accords bilatéraux, si le flux des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale entre deux États est très limité voire nul, il n'y aura pas de volonté politique de conclure des arrangements de ce type. En effet, conclure un accord peut s'avérer coûteux. L'affectation des ressources publiques pourrait ne pas être justifiée dans certains cas. Dans cette optique, les accords bilatéraux pourraient ne pas constituer un choix réaliste pour de nombreux pays.

1.2.3. Les instruments régionaux d'entraide judiciaire

Comme il a été mentionné, tous les États ne disposent pas de conditions ou de ressources nécessaires pour négocier et éventuellement conclure des accords bilatéraux¹⁰⁴. Ainsi, à défaut des accords bilatéraux, les accords régionaux se sont avérés être une solution envisageable pour les pays moins développés parce que

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Prost, *supra* note 47 à la p 98.

[t]hese have the advantage of reducing the resources necessary to negotiate individual agreements with states and their regional scope still allows for the crafting of fairly effective instruments responsive to the particular context of the relevant region. In addition, as with bilateral instruments, regional agreements with the countries which are most geographically proximate are likely to cover the relationships with the most 'traffic' in terms of mutual assistance. More so than any other form of instrument, regional agreements are also the most likely to have 'harmonization' effect on the laws and practice of mutual assistance depending on the strength of the particular regional grouping. [...] the European Union arrangements have had the most significant impact on the practice of mutual assistance among member states than any other multilateral or bilateral instrument¹⁰⁵.

Nous avons mentionné la Convention interaméricaine sur l'entraide en matière pénale (« OAS Convention » adoptée en 1992) et la Convention de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest sur l'entraide judiciaire en matière pénale (« ECOWAS Convention » adoptée en 1992). Il y a lieu de mentionner des arrangements régionaux pour la promotion de l'entraide judiciaire en matière pénale. Citons à titre d'exemples, la Convention de Minsk du 22 janvier 1993 relative à l'entraide judiciaire et aux relations judiciaires en matière civile, familiale et pénale (« Convention de Minsk »)¹⁰⁶, le Plan relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale au sein du Commonwealth (Harare Scheme)¹⁰⁷. Celui-ci a été amendé en 1999. Ce texte contient un ensemble de recommandations relatives à la mise en place des législations nationales concernant l'entraide judiciaire en matière pénale dans les pays du Commonwealth. Mentionnons un ensemble d'autres traités, à savoir : le Protocole de la Communauté de développement de l'Afrique australe sur l'entraide judiciaire en matière pénale (« SADC Protocol » adoptée en 2002)¹⁰⁸; le Traité de l'Association des Nations du Sud-est asiatique sur l'entraide judiciaire en matière pénale (« ASEAN Treaty » adoptée en 2004)¹⁰⁹, le Traité des

¹⁰⁵ *Ibid* aux pp 98-99.

¹⁰⁶ Cette convention est en vigueur dans les États suivants: Arménie, Biélorussie, Kazakhstan, Kirghizistan, Moldova, Fédération de Russie, Turkménistan, Tadjikistan, Ukraine et Ouzbékistan.

¹⁰⁷ *Scheme Relating to Mutual Legal Assistance in Criminal Matters within the Commonwealth*, Commonwealth Secretariat, London, LMN (86) 13. En ligne : <www.thecommonwealth.org>.

¹⁰⁸ *Southern African Development Community Protocol on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*, République d'Angola, République du Botswana, République Démocratique du Congo, Royaume du Lesotho, République du Malawi, République de Maurice, République du Mozambique, République de Namibie, République des Seychelles, République d'Afrique du Sud, Royaume du Swaziland, République-Unie de Tanzanie et République du Zimbabwe, 3 octobre 2002, Recueil de protocoles de la Communauté de développement de l'Afrique australe (entrée en vigueur : 1^{er} mars 2002). En ligne : <http://www.sadc.int/index.php/documents-publications/protocols?sortBy=date&pageSize=10&doc_q_4700=&sortOrder=desc&filterByKey=&filterByVal=&page=2>.

¹⁰⁹ *Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters*, Brunéi Darussalam, Royaume du Cambodge, République d'Indonésie, République Démocratique Populaire Lao, Malaisie, Union du Myanmar, République des Philippines, République de Singapour, Royaume de Thaïlande et République Socialiste du Viêt Nam, 29 novembre 2004, Recueil de traités de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (entrée en vigueur : 15 février 2006, 8 avril 2010, 9 septembre 2008, 25 juin

Caraïbes sur l'entraide judiciaire en matière pénale grave (« *Caribbean Convention* » adopté en 2005)¹¹⁰, la Convention sur l'entraide judiciaire en matière pénale de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (« SAARC Convention » adoptée en 2008)¹¹¹ et les Conventions sur l'extradition et sur l'entraide judiciaire de l'Autorité intergouvernementale pour le développement (IGAD Conventions adoptées en 2009)¹¹².

Cela dit, les arrangements régionaux permettent aux États membres disposant de ressources techniques et financières limitées de fournir une réponse coordonnée à la criminalité transnationale. Cela permet de tenir compte du contexte particulier de la région concernée et des avantages dus à leur éventuelle proximité géographique. En outre, ces instruments favorisent l'harmonisation des différents systèmes juridiques de la région. Ils renforcent l'intégration et la coopération pour les poursuites pénales des infractions susceptibles d'être liées à la corruption, au terrorisme, au trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, entre autres.

Ainsi, même si les arrangements régionaux ne sont pas toujours spécifiques que les traités bilatéraux, il faut avoir à l'esprit qu'ils représentent certainement un pas significatif pour les pays qui ne sont pas encore en mesure de conclure des accords bilatéraux concernant la mise en place d'une entraide judiciaire de plus en plus efficace.

2007, 1^{er} juin 2005, 22 janvier 2009, 12 décembre 2008, 28 avril 2005, 31 janvier 2013 et 25 octobre 2005, respectivement) [ASEAN Treaty]. En ligne : <<http://agreement.asean.org/media/download/20160901074559.pdf>>.

¹¹⁰ *Traité des Caraïbes sur l'entraide judiciaire en matière pénale grave* du 6 juillet 2005. Les États parties sont Anguilla sont : Antigua-et-Barbuda, Bahamas, Barbade, Belize, Bermudes, Îles Vierges britanniques, Îles Caïmans, Commonwealth de la Dominique, Grenade, République coopérative du Guyana, Haïti, Jamaïque, Montserrat, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-Grenadines, République de Suriname, République de Trinité-et-Tobago et Îles Turques-et-Caïques, Recueil de traités du CARICOM (entrée en vigueur : dès le dépôt des instruments de ratification ou d'adhésion par au moins cinq États conformément à leurs procédures constitutionnelles respectives). En ligne : <<https://caricom.org/treaties#>>.

¹¹¹ *Convention sur l'entraide judiciaire en matière pénale de l'Association sud-asiatique de coopération régionale*, Les États parties sont Anguilla sont : République islamique d'Afghanistan, République Populaire du Bangladesh, Royaume du Bhoutan, République de l'Inde, République des Maldives, République Fédérale du Népal, République Islamique du Pakistan, République Socialiste Démocratique de Sri Lanka, 30 août 2008, Recueil d'accords et conventions de l'Association sud-asiatique de coopération régionale en matière de droit. En ligne : <http://www.saarcclaw.org/uploads-saarc/saarc/2ad44e744f_FILE.pdf>.

¹¹² *Convention sur l'extradition et sur l'entraide judiciaire de l'Autorité intergouvernementale pour le développement (IGAD)*, Les États parties sont Anguilla sont : République de Djibouti, État de l'Érythrée, République fédérale démocratique d'Éthiopie, République du Kenya, République de Somalie, République du Soudan et République de l'Ouganda, adoptées par le Conseil des ministres de l'IGAD lors de sa 33^e session ordinaire à Djibouti les 7 et 8 décembre 2009, Recueil des conventions de l'IGAD. En ligne : <www.igad.org>.

1.2.4. Le droit national

Selon la tradition juridique, les traités ont besoin d'être incorporés en droit interne ou non. Dans les États qui adoptent un système dualiste, « le droit international et le droit interne sont considérés comme des entités distinctes et fonctionnent, pour l'essentiel, indépendamment l'un de l'autre »¹¹³. Par contre, dans un système moniste, le droit international est intégré au droit national et lorsqu'un État « ratifie un traité, ce dernier a automatiquement la même autorité que le droit interne et il n'est pas nécessaire de l'incorporer dans la législation »¹¹⁴.

En l'absence d'un traité applicable entre les pays requérants et ceux requis, le droit national peut servir de base juridique pour l'octroi d'une demande d'entraide judiciaire pénale. La coopération dans ce contexte n'est pas obligatoire. Les législations nationales concernant les demandes d'entraide judiciaire varient d'un pays à l'autre. Le droit interne d'un État peut régler uniquement les procédures à suivre lors de la réception et de la délivrance de ces demandes. De même, il peut accorder aux autorités compétentes le pouvoir de recevoir ce type de demandes de coopération¹¹⁵ et de leur réserver une suite.

En fonction des dispositions du droit national, un pays peut décider d'accorder ou non une demande d'entraide judiciaire en matière pénale. Dans ce cas, l'information, la preuve ou les mesures judiciaires qui peuvent être demandées peuvent varier selon la juridiction¹¹⁶.

Au Brésil, le code de procédure civile¹¹⁷ prévoit qu'en l'absence de traité, la coopération juridique internationale peut être réalisée sur la base de la réciprocité manifestée par la voie

¹¹³ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *supra* note 18 à la p 10.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Marie Terracol, « Mutual legal assistance and corruption », *U4 Anti-Corruption Resource Centre* (24 septembre 2015) à la p 2, en ligne : U4 Anti-Corruption Resource Centre <<http://www.u4.no/publications/mutual-legal-assistance-and-corruption/>> (consulté le 13 août 2017).

¹¹⁶ Brun et al, *supra* note 69 à la p 131.

diplomatique (au moyen d'une commission rogatoire). Il suffit que la demande soit compatible avec les normes fondamentales qui lient l'État brésilien. Par contre, si les États concernés sont signataires des accords multilatéraux ou bilatéraux et si l'objet de la demande est prévu par ces accords, l'exécution des mesures doit être demandée au moyen d'une entraide judiciaire. Cette demande est adressée à l'autorité centrale nationale chargée de veiller à l'authenticité, à la clarté et à la conformité des pièces versées.

Il est évident que l'État requérant doit tenir compte de la nécessité d'utiliser des instruments formels de coopération juridique internationale fondés sur la base de la réciprocité (commission rogatoire) ou institués par traité (entraide judiciaire). Par contre, cette règle juridique peut être enfreinte. Il peut arriver, qu'au mépris des règles de droit international en vigueur, un État utilise le droit national comme fondement pour rassembler des éléments de preuve ou pour mettre en œuvre des actes de procédure dans une juridiction étrangère.

Un exemple important qui illustre cette situation concerne les États-Unis plus précisément dans une affaire historique titré « *Nova Scotia subpoenas* ». Dans l'affaire *United States vs. Bank of Nova Scotia* la Cour Suprême des États-Unis eut à statuer que la banque Nova Scotia, située Miami en Floride, devait fournir des données bancaires confidentielles de comptes de sa filiale aux Bahamas. Par contre, loi bahaméenne en la matière protégeait formellement le secret bancaire¹¹⁸.

David J. Gerber analyse le comportement des États-Unis lors de l'obtention de preuves en territoire étranger sans recourir à la procédure de coopération juridique adéquate. Il signale que les tribunaux américains se considèrent justifiés d'appliquer leur droit interne à l'étranger. Cela contraint l'État concerné d'adopter des mesures diplomatiques et légales contraires afin

¹¹⁷ *Código de Processo Civil Brasileiro*, Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015, en ligne : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

¹¹⁸ Antenor Madruga et Luciano Feldens, « Dados eletrônicos e cooperação jurídica internacional: limites jurisdicionais » dans Vladimir Aras, Wellington Cabra Saraiva et Carlos Bruno Ferreira da Silva Silva, dir, *Temas de Cooperação Internacional*, Brasília, Ministério Público Federal - Secretaria de cooperação internacional, 2015, 47 à la p 49.

de protéger ses propres intérêts de manière à empêcher ou à limiter la portée de ces demandes de recherche d'éléments de preuve¹¹⁹.

La pratique unilatérale d'actes extrapolant les limites territoriales juridictionnelles – tel le cas des « *Nova Scotia subpoenas* » – a été l'objet de critiques même aux États-Unis. Ainsi, elle fut formellement déconseillée par le Département de la Justice. Toutefois, il existe encore des interprétations contradictoires quant à l'adoption de mesures unilatérales de droit interne dépassant les limites juridictionnelles de l'État. Nous faisons allusion aux mesures prises en dehors de solutions s'appuyant sur des demandes de coopération juridique internationale. Ces mesures prennent en compte les opérations transnationales impliquant l'obtention, le stockage, la conservation et le traitement de registres. Il en est de même pour les données personnelles ou communications par des fournisseurs de connexion et d'applications d'Internet dont les *data centers* se trouveraient à l'étranger vis-à-vis du pays concerné par l'accès aux informations stockées.

Compte tenu des développements récents des nouvelles technologies, la collecte de données stockées électroniquement dans les différents États constitue un défi sans précédent pour la coopération juridique internationale. Sans cette coopération, il est pratiquement impossible de recueillir des preuves numériques à l'étranger. Ainsi, même si une banque était considérée comme détentrice des informations détenues par sa filiale – compte tenu du contrôle qu'elle exerçait sur la filiale lorsque celle-ci est basée dans un autre pays – ces informations ne peuvent être fournies que par une autorisation écrite émanant d'une autorité judiciaire de l'État où est située la filiale de la Banque.

Il convient de mentionner un cas hypothétique afin d'illustrer le déroulement régulier des procédures concernant la cueillette des éléments de preuve à l'étranger. Ce cas traite de l'obtention de registres, de données personnelles et des communications liées à un compte de messagerie électronique stockée à l'étranger. Considérons le cas où, dans une enquête une

¹¹⁹ J Gerber David, « Extraterritorial Discovery and the Conflict of Procedural Systems: Germany and the United States » (1986) 34:4 Am J Comp Law 745 à la p 745.

procédure criminelle pour réprimer un crime commis au Brésil, il faudrait avoir accès au contenu d'un compte de courrier électronique basée aux États-Unis. Quels que soient le pays de nationalité ou le lieu de résidence habituelle de la personne du propriétaire du compte, la meilleure solution pour avoir accès légalement à ces données consiste à formuler une demande d'entraide judiciaire aux États-Unis. Ce mode de fonctionnement montre respect de la souveraineté du pays requis et de la procédure criminelle interne. Dans ce cas, le pouvoir de contraindre le centre des données ou le service de messagerie électronique à produire les renseignements pertinents relève de la compétence des États-Unis et non du Brésil.

Si, en l'absence de traité, la coopération juridique n'est pas obligatoire et ne peut être fournie que sous condition de réciprocité. Il est assez clair que l'entraide judiciaire requise sur la base des traités et des accords bilatéraux, de nature contraignante, contribue à renforcer la confiance réciproque et la coopération mutuelle.

1.3. Les outils traditionnels de coopération juridique internationale en matière pénale

Dans la pratique, le droit pénal international joue un rôle crucial dans la mise en œuvre de la coopération juridique internationale en matière pénale lorsqu'il faut résoudre des affaires criminelles ayant des implications transnationales. Avec les années et les réformes législatives tant au niveau national qu'international, de nombreux mécanismes ont émergé pour rendre plus effectifs les divers types de demandes de coopération juridique internationale en matière pénale. Par contre, traditionnellement, certains outils se sont avérés plus courants entre les États.

L'implication des autorités judiciaires dans les demandes de coopération en matière pénale réduit la possibilité que la procédure menée en territoire étranger soit invalidée par des vices formels pouvant être évoqués par les parties. Diverses demandes requises par le biais de la coopération internationale présentent des spécificités formelles qui, lorsqu'elles sont ignorées,

peuvent mener à des procédures d'annulation lorsqu'elles portent atteinte à des droits fondamentaux comme le droit à la vie privée.

Ainsi comme souligné plus haut, la modalité ou l'instrument à employer pour transmettre une demande de coopération juridique internationale en matière pénale dépendra et sera défini en fonction: de l'objectif à atteindre par la mesure, de l'autorité légale d'où émane la procédure requise, et de son fondement légal. Les outils traditionnels de coopération juridique internationale en matière pénale plus souvent utilisés sont la commission rogatoire, l'entraide judiciaire, l'extradition, la reconnaissance des jugements pénaux étrangers et le transfert des procédures et des prisonniers¹²⁰. Cependant, dans les cas où un pays cherche à obtenir des éléments de preuve sur un territoire étranger, en matière pénale (voire civile), les procédures à mettre en œuvre sont la commission rogatoire et la demande d'entraide judiciaire¹²¹.

Il convient de souligner les particularités des outils qui ont pour but les demandes d'assistance judiciaire visant l'obtention de données, de preuves et d'autres éléments nécessaires dans le cadre d'une poursuite pénale ou d'une procédure judiciaire en cours. Les commissions rogatoires sont l'un des mécanismes les plus répandus pour la transmission des demandes de coopération relatives à cet objectif. Il s'agit d'un moyen de communication utilisé entre les États où une demande de coopération est formulée, normalement par une autorité judiciaire, pour que des actes procéduraux soient pratiqués sous la juridiction d'un autre pays.

Dans les États de tradition civiliste, la signification d'actes de procédure ou l'obtention de preuves à l'étranger était caractérisée par l'élaboration d'une commission rogatoire. Ce mécanisme classique de coopération juridique internationale exigeait d'être préalablement analysé par un tribunal de l'État requérant et sa transmission se faisait par canal diplomatique.

¹²⁰ Cherif Bassiouni, « A Comprehensive Strategic Approach on International Cooperation for the Prevention, Control and Suppression of International and Transnational Criminality, Including The Establishment of an International Criminal Court » [1990] 15 Nova Rev 353 à la p 366.

¹²¹ Fábio Ramazzini Bechara, *Cooperação jurídica internacional em matéria penal : Eficácia da prova produzida no exterior*, São Paulo, Saraiva, 2011 à la p 40.

L'exécution de la demande n'était qu'une option laissée à un tribunal ou à une autre autorité de l'État de destination¹²².

La phase embryonnaire de la commission rogatoire remonte à l'institution prévue dans l'accord bilatéral signé en 1793 entre Hanover et le Duché de Sachsen-Gotha. Celui-ci eut à prévoir la coopération entre les autorités judiciaires pour l'écoute et la garde de témoins et autres individus¹²³. Si l'on compare la commission rogatoire à l'entraide judiciaire traitée au préalable, il ressort certains aspects qui distinguent les deux mécanismes de coopération.

Le premier aspect concerne les moyens de transmission qui font appel, dans le cas des commissions rogatoires, à l'intervention d'interlocuteurs diplomatiques. Cela rend plus long le délai de traitement de la demande. Le deuxième aspect porte sur la faculté de l'État requis de donner suite ou pas à la demande de coopération. Un des facteurs déterminants renvoie à l'adéquation de l'objet de cette demande au droit interne du pays devant mettre en œuvre l'acte procédural demandé.

Le caractère obligatoire de la mesure requise par commission rogatoire est l'une des raisons qui motivent davantage son refus par les pays requis. Souvent, l'inexistence d'accords bilatéraux ou multilatéraux entre les pays impliqués, ainsi que l'inadéquation de la mesure requise vis-à-vis de la législation de l'État requis, représente des obstacles insurmontables. Marie Chêne explique lesdites difficultés en ces termes:

Chaque pays a sa propre législation et ses propres pratiques pour le traitement des commissions rogatoires et les résultats de la demande dépendent principalement de la courtoisie des tribunaux les uns envers les autres et des usages de la Cour de l'autre nation.

Le traitement des commissions rogatoires constitue un processus long, lourd et incertain, car le juge du pays requis n'est pas tenu d'exécuter la demande et doit le faire dans le strict respect du droit interne. Il existe de nombreux facteurs d'incertitude et de risques de refus aux différentes étapes du processus:

- Les lettres rogatoires sont généralement transmises par la voie diplomatique et doivent être traitées par le tribunal et le corps diplomatique. Ce dernier a le droit de refuser d'agir si la lettre est jugée incompatible avec les politiques publiques de l'État requis;

¹²² McClean, *supra* note 64 aux pp 6-7.

¹²³ Fornazari Junior, *supra* note 33 à la p 17.

- Les demandes doivent être traduites et doivent contenir certaines informations telles que la description des faits, les coordonnées des personnes et des entreprises impliquées, le cadre juridique ou la rubrique, etc. Il n'est pas rare que les demandes soient renvoyées au pays demandeur pour plus de précisions;
- Dans certains cas, les pays refusent de traiter des commissions rogatoires avant que des accusations criminelles formelles soient déposées dans l'État requérant et que l'affaire soit portée devant les tribunaux, rendant cette procédure inapplicable pendant la période d'enquête où elle est le plus nécessaire;
- Dans certains pays, les lois sur le secret bancaire n'autorisent pas l'obtention de relevés bancaires via des commissions rogatoires [notre traduction]¹²⁴.

Dans la quête de coordination et de partage d'informations entre les États, les commissions rogatoires¹²⁵ ont été, pendant de nombreuses années, la principale référence en matière d'instrument de demande de coopération juridique internationale. Comme l'explique Kimberly Prost, les États qui avaient besoin de recueillir des preuves à l'étranger ont dû se fier entièrement aux commissions rogatoires soumises par la voie diplomatique¹²⁶. Néanmoins, outre le fait qu'elles étaient souvent inefficaces entre États de traditions juridiques différentes, les commissions rogatoires n'étaient pas en mesure de répondre, dans un délai raisonnable, à la demande croissante d'assistance puisque son processus de traitement était extrêmement long. Cela empêche la production des éléments de preuve de façon rapide et efficace¹²⁷.

En matière de commission rogatoire, la transmission de demandes de coopération requiert une base légale en droit national tandis que la mise en œuvre des demandes d'entraide judiciaire s'appuie sur les accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux. Il sied de noter cependant

¹²⁴ Chêne, *supra* note 71 à la p 5.

¹²⁵ « The last decades have seen law enforcement struggle to solve the challenges posed by the elimination of borders. Traditionally, letters rogatory were the customary method to obtain legal assistance from overseas in criminal matters. These are formal communications from the judiciary of one country to the judiciary of another country requesting the performance of an act typical of a criminal investigation. However, letters rogatory take a large amount of time. They are extremely formal, which means that they must contain all official signs from the requesting country such as stamps, signatures, etc. To guarantee their authenticity, they must be signed by a person whose signature has been registered and they must be transmitted through the diplomatic pouch from the Ministry of Foreign Affairs of the requesting country to its embassy or consulate in the requested country, and then on to the national authorities. This process can take an extreme amount of time, and must be repeated on the way back in order to respect and maintain the chain of custody. Clearly, in modern day investigations, when money can be wire transferred at the click of a mouse, this system is becoming obsolete » (Yara Esquivel, « The United Nation Convention against Corruption and Asset Recovery: The Trail to Repatriation », dans *Tracing Stolen Assets: A Practitioner's Handbook*, Basel, Basel Institute on Governance, International Centre for Asset Recovery, 117 à la p 120).

¹²⁶ Kimberly Prost, « Breaking Down Barriers : Inter-National Cooperation in Combating Transnational Crime » (1998), en ligne : Organization of American States <https://www.oas.org/juridico/mla/en/can/en_can_prost.en.html> (consulté le 13 août 2017).

¹²⁷ *Ibid.*

qu'un pays peut se servir de plusieurs types de demandes de coopération juridique internationale¹²⁸. Dans ce contexte, face au besoin des méthodes alternatives de collecte des éléments de preuve à l'étranger, à partir de la deuxième moitié du XXe siècle, « [t]he identifiable gaps, combined with the rise of terrorism and transnational organized crime, combined to spur the development of mutual assistance in criminal matters, a new concept for cooperation in evidence gathering »¹²⁹. Ainsi, la volonté de supprimer les entraves¹³⁰ souvent aperçues au cours du traitement des commissions rogatoires mena à l'adoption de nouveaux outils notamment l'entraide judiciaire.

En traitant la question du choix entre une demande d'entraide judiciaire ou une commission rogatoire, Fábio Ramazzini Bechara met en relief l'idée que promouvoir la coopération équivaut à reconnaître son utilisation en tant qu'instrument de défense des droits de l'individu et de l'État¹³¹. Dans ce sens, en tant qu'instrument d'amélioration et de renforcement de l'efficacité de la coordination entre les pays impliqués dans la relation de coopération juridique internationale, l'entraide judiciaire représente le partage des principes et des valeurs communes. Nous faisons allusion à ceux exprimés dans les instruments de défense des droits humains et accords multilatéraux ou bilatéraux¹³².

En outre, avant l'émergence de l'entraide judiciaire, la coopération juridique internationale était lourde et excessivement formelle. Cette lourdeur et ces formalités ralentissaient inutilement tout le processus. Lorsque les entraves bureaucratiques à surmonter furent identifiées, il y a eu un mouvement pour rationaliser le système autour de nouveaux outils.

¹²⁸ Terracol, *supra* note 115 à la p 2.

¹²⁹ Prost, *supra* note 126.

¹³⁰ Aux États-Unis, l'entraide judiciaire pénale fournie sur la base d'accords bilatéraux d'assistance mutuelle prime sur la commission rogatoire, eut égard dans ce cas à l'obligation légale d'y répondre. Par contre, les demandes de coopération acheminées aux États-Unis par le biais de commission rogatoire passent par le filtre du Département d'État américain, qui l'envoie par lots au Département de Justice trois fois par an seulement, ce qui évidemment rend le délai de réponse extrêmement long (Séminaire International sur la Coopération Juridique et la Lutte contre le Blanchiment d'Argent, Annales du Séminaire de Coopération Juridique et Lutte contre le Blanchiment d'Argent, présenté à São Paulo, 2002 (2003) Brasília, Associação dos Juizes Federais do Brasil, 214 p, page 102).

¹³¹ Fábio Ramazzini Bechara, « Cooperação jurídica internacional: Equilíbrio dentre eficiência e garantismo » dans *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. Cooperação em Matéria Penal*, Brasília, Secretaria Nacional de Justiça, 2012, 51 à la p 56.

¹³² *Ibid.*

Cela a abouti à la simplicité. Il y a eu, par conséquent, moins de formalités et plus de rapidité dans les échanges entre des acteurs concernés par le biais de la décentralisation administrative et de la communication directe entre les autorités locales, les agences et leurs homologues étrangers¹³³. Ce dialogue a donné lieu à une véritable mosaïque de formes de procédures différentes. Celles-ci contribuent à l'accroissement de l'efficacité de la coopération juridique internationale, y compris la signification d'actes de procédure et la collecte des éléments de preuves à l'étranger¹³⁴.

L'entraide judiciaire est le mécanisme le plus récent du processus de modernisation de la coopération juridique internationale en matière pénale. Elle apporta de nouvelles perspectives pour les actes et mesures ayant pour objectif l'obtention à l'étranger de renseignements et des éléments de preuve dans le cadre des poursuites pénales. Il est pertinent d'étudier minutieusement le fonctionnement de ce mécanisme en vue d'analyser ses perspectives et, éventuellement, les ajustements nécessaires pour le perfectionnement de ce nouveau mécanisme conçu pour améliorer la poursuite et la répression des crimes transnationaux.

En conséquence, il importe de signaler l'existence des barrières bureaucratiques souvent insurmontables. De plus, durant le traitement des demandes d'entraide judiciaire pénale, les autorités ont recours aussi à de mesures préalables et informelles d'assistance¹³⁵. Citons à titre d'exemples des pratiques innovatrices et des voies auxiliaires pour avoir accès plus rapide à des informations utiles aux enquêtes policières notamment.

En effet, les moyens formels d'assistance juridique internationale s'avèrent importants pour fournir un cadre général et pour créer des obligations réciproques en vertu des traités et des conventions internationales. Le rôle que les autorités compétentes peuvent jouer est, dans la

¹³³ McClean, *supra* note 64 à la p 6.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ L'assistance informelle comprend généralement toute aide officielle rendue en dehors du cadre d'une demande d'entraide judiciaire, pouvant se produire par téléphone entre les enquêteurs, les magistrats instructeurs et les procureurs, au moyen de la coopération administrative, ou même à travers des rencontres directes entre des interlocuteurs visant à recueillir des renseignements susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une enquête et, éventuellement, des procédures formelles d'entraide judiciaire. Ce type d'assistance est encouragée par plusieurs conventions internationales y compris les articles 48 et 49 de la CNUCC, par exemple.

pratique, limité à certains égards¹³⁶. Dans ce sens, au cours des dernières années, l'expérience a démontré que lorsque ces autorités sont confrontées à une situation difficile ou une urgence, les canaux de coopération alternatifs peuvent se révéler des solutions plus rapides pour obtenir des renseignements destinés à servir de support aux enquêtes¹³⁷. À cet effet, notamment en Europe, en raison des préoccupations concernant le commerce de la drogue, le terrorisme international et la criminalité économique, des groupes spéciaux effectuent actuellement le travail des organismes traditionnels. Il s'agit plus précisément de l'Organisation mondiale des douanes, le Secrétariat du *Commonwealth*, le Conseil de l'Europe et l'Europol. La nature et l'étendue de leurs activités sont importantes en tant que facteur d'intégration pour la mise en œuvre des mesures juridiques particulières liées à l'entraide judiciaire en matière pénale¹³⁸.

Ces dernières années, ce processus a pris un nouvel élan et, d'une manière générale, ce changement a été essentiellement entraîné par un engagement de nature politique plutôt que par des instances spécialisées des organismes chargés de l'application de la loi¹³⁹. Même si les obstacles juridiques et pratiques affaiblissent la mise en œuvre de la coopération mutuelle entre les États, l'obligation continue de favoriser le traitement des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale doit être considérée comme implicite, ou résultante de l'esprit des textes légaux, ou encore des principes généraux de droit. Dans l'arrêt *R. c. Hape* la Cour suprême du Canada affirme que:

À une époque où l'activité criminelle revêt souvent un caractère transnational et où personnes et biens franchissent aisément et rapidement les frontières, le principe de la courtoisie incite les États à collaborer les uns avec les autres pour élucider les crimes transfrontaliers même lorsqu'aucun traité ne les y oblige légalement. L'État qui sollicite une assistance doit cependant le faire avec courtoisie et avec égard pour la souveraineté de l'autre État. L'entraide juridique repose sur ces deux piliers. La courtoisie veut que l'État qui demande de l'aide en matière criminelle respecte les moyens employés par l'autre État sur son territoire. Ce respect cesse dès la violation manifeste du droit international et des droits fondamentaux de la personne. À défaut d'une telle atteinte, les tribunaux canadiens doivent interpréter le droit canadien et considérer le droit étranger invoqué d'une manière qui respecte l'esprit de la collaboration et de la courtoisie internationales.

¹³⁶ Chêne, *supra* note 71 à la p 2.

¹³⁷ Chêne, *supra* note 71 à la p 2.

¹³⁸ McClean, *supra* note 64 à la p 154.

¹³⁹ *Ibid.*

[...]

La criminalité transnationale s'accroît dans notre monde moderne où personnes, biens et fonds circulent avec fluidité d'un pays à l'autre. Certains des crimes les plus coûteux, abusifs ou dangereux sont commis à l'échelle mondiale, au mépris des frontières nationales. La collaboration entre les États s'impose pour la détection et la répression de cette activité criminelle. Dans une enquête menée en collaboration, le Canada ne peut pas simplement cesser de collaborer lorsque l'autre pays insiste pour suivre sa propre procédure d'enquête et d'application de la loi plutôt que la nôtre. Notre pays manquerait non seulement à son engagement envers les autres États et la communauté internationale en matière de lutte contre la criminalité transnationale, mais aussi à son obligation envers les Canadiens de veiller à ce que les crimes ayant un lien avec le Canada fassent l'objet d'enquêtes et de poursuites¹⁴⁰.

En guise de conclusion de ce chapitre, signalons le fait que le processus d'évolution de la norme en ces temps des « normativités émergentes de la mondialisation » comme le relate le professeur Karim Benyekhlef¹⁴¹, fait face à de nombreux paradigmes conceptuels archaïques. Ceux-ci sont liés à la souveraineté nationale traditionnelle qui se modifie et se relativisent chaque jour pour une société en constante et rapide métamorphose.

En ce qui concerne l'essor de la criminalité transnationale, les défis posés à la communauté juridique internationale devant ce nouveau scénario global ont donné lieu au mécanisme de l'entraide judiciaire en matière pénale. Il s'agit d'un mécanisme créé dans l'intention de réduire les distances, les différences législatives et le temps de traitement de demandes de coopération liées à la collecte des éléments de preuve et à d'autres actes de procédure et de poursuite criminelle entre les États. Toutefois, l'application pratique de cet instrument juridique n'a pas toujours produit des résultats attendus. Une constante analyse des expériences du passé s'avère importante pour le perfectionnement continu de la lutte contre les crimes qui dépassent les frontières géopolitiques d'un État. Ce sont ces idées qui seront explorées dans le deuxième et le troisième chapitre de cette étude.

¹⁴⁰ *R c Hape*, 2007 CSC 26 aux para 52, 98, [2007] 2 RCS 292, juge LeBel [*Hape*].

¹⁴¹ Benyekhlef, *supra* note 23 à la p 1.

Chapitre 2 – Les caractéristiques de l’entraide judiciaire en matière pénale

Comme cela a été mis en lumière plus haut, l’entraide judiciaire est un processus régi par une réglementation cadre spécifiée dans des accords multilatéraux, bilatéraux ou dans la législation nationale. Elle établit les conditions et les protocoles selon lesquels les juridictions cherchent et apportent, pendant la période d’enquête et dans le cadre d’une procédure judiciaire, entre autres, une assistance dans la collecte d’informations, de renseignements, de preuves et de l’application des mesures provisoires. À la différence des commissions rogatoires sur la base desquelles les pays requis peuvent refuser de traiter une demande de coopération juridique en matière pénale avant que des accusations criminelles formelles soient déposées dans l’État requérant et que l’affaire soit portée devant les tribunaux, une demande d’entraide judiciaire en matière pénale peut être formulée durant l’enquête. Ainsi, « *these requests generally ask for evidence, provisional measures, or the use of certain investigative techniques (such as the power to compel production of bank account documents, obtain search and seizure orders, take formal witness statements, and serve documents* »¹⁴².

Quant à son objectif, tel que prévu dans les textes des divers traités et conventions internationales, l’entraide judiciaire en matière pénale cherche à faciliter l’exécution, dans la juridiction du pays requis, des actes de procédure qui visent l’instruction d’une poursuite. Il en est de même pour les actes qui visent une affaire pénale en cours dans le pays requérant avec le but ultime de déterminer l’auteur du délit, la matérialité de l’infraction, ainsi que de récupérer les produits du crime transnational.

Selon Zimmermann, l’entraide judiciaire en matière pénale « [...] vise toutes les mesures, ordonnées par l’État requis sur son territoire, utiles à l’avancement de l’enquête pénale ouverte dans l’État requérant, ou liées à la récupération du produit de l’infraction » [notes omises]¹⁴³.

¹⁴² Brun et al, *supra* note 69 à la p 127.

¹⁴³ Robert Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^e éd, Bruxelles, Bruylant, 2004 à la p 7.

En termes généraux, les entraides judiciaires en matière pénale ciblent la mise en œuvre de toute mesure procédurale, à l'exception des actes portant sur l'extradition ou sur l'emprisonnement¹⁴⁴. Denise Abade souligne que l'utilisation de l'entraide judiciaire pénale doit avoir sa portée limitée aux mesures qui ne vont pas dans le sens des tâches attribuées aux mécanismes d'extradition, de reconnaissance des jugements pénaux étrangers ou de transfert des procédures et des prisonniers¹⁴⁵.

En plus des traités bilatéraux, des conventions multilatérales, des arrangements régionaux et du droit national – même en absence de réciprocité – les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées peuvent également servir de ligne directrice au traitement des entraides judiciaires en matière pénale. Et, afin d'éviter tout conflit entre les lois nationales des États concernés, le principe *locus regit actum* joue un rôle prépondérant. Il contraint, explicitement ou implicitement, ces États à soumettre la mise en œuvre des demandes d'entraide judiciaire aux conditions de forme édictées par les règles de droit en vigueur dans l'État requis. Selon ce principe, la demande d'entraide judiciaire en matière pénale est soumise à la compétence de l'État requis qui passe à régir la procédure pendant toute la période de traitement de ces demandes sur son territoire. Ainsi,

[l]e droit interne peut donc guider ou aider un État requérant ou requis de deux façons : il peut aider à mettre en œuvre des traités ou être utilisé comme base juridique pour l'aide internationale. Dans certains cas, il peut également renseigner sur le fait de savoir si le type d'information que l'on recherche doit effectivement faire l'objet d'une demande¹⁴⁶.

Finalement, la principale raison d'être de ce mécanisme de coopération juridique internationale est de rendre plus rapide et plus efficace le traitement des actes de coopération policière et judiciaire en matière pénale. Nous faisons allusion aux actes qui doivent être utilisés à l'étranger. Ils concernent, *grosso modo*, la prise de témoignages et de dépositions, la communication d'informations, de documents ou d'autres dossiers. Ils prennent en compte

¹⁴⁴ Fornazari Junior, *supra* note 33 à la p 51.

¹⁴⁵ Denise Neves Abade, *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*, São Paulo, Saraiva, 2013 à la p 30.

¹⁴⁶ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 à la p 23.

également la localisation de personnes et d'objets, la perquisition, la fouille et la saisie, la transmission de biens, la remise des documents, les mesures en vue de localiser, de bloquer et de confisquer les produits de la criminalité.

2.1. Le rôle des autorités centrales

Dans le cadre de l'entraide judiciaire, le terme autorité centrale réfère à « une entité administrative chargée par un État de centraliser les questions de coopération avec d'autres États »¹⁴⁷. Les traités obligent habituellement les États à créer une unité de ce genre afin de faciliter leur application, tout en centralisant le contrôle de la réception, entre autres, de l'analyse de la conformité, de la dévolution des demandes de coopération juridique internationale. La désignation de l'autorité centrale a résolu le problème de la pluralité de voies de contact dans chacun des pays coopérants. Ce problème donnait lieu à de très nombreuses difficultés de communication et des erreurs d'interprétation quant à la finalité des demandes d'entraide ralentissant la procédure¹⁴⁸.

La création des entités centrales a également renforcé, même indirectement, le respect de certains droits fondamentaux prévus dans des traités et conventions internationales ainsi que dans la plupart des constitutions nationales. Ces garanties comprennent, par exemple, l'application régulière de la loi (*due process of law*), le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ainsi que l'application des principes généraux du droit. Dans ce sens, la formation du personnel pour la pratique d'actes spécifiques cherchait primordialement à mitiger d'éventuels vices formels dans l'élaboration, l'envoi et le traitement des demandes de coopération pouvant retarder la conclusion des actes de procédure. Ce qui implique, en

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 107.

¹⁴⁸ Ricardo Andrade Saadi et Camila Colares Bezerra, « A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional » dans *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos : cooperação em matéria penal*, 2^e éd, Brasília, Secretaria Nacional de Justiça do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012, 21 aux pp 25-26.

d'autres termes, le début des poursuites à l'encontre des auteurs des activités criminelles transfrontalières.

En ce sens, l'entraide judiciaire par le biais des autorités centrales de chaque nation est un élément décisif en termes de mesures visant la modernisation de la coopération juridique internationale. En fait, un dialogue continu peut « permettre aux États requis et requérant de discuter de ce qui manque et des mesures à prendre pour corriger les lacunes »¹⁴⁹. Ainsi, la mise en place d'une autorité centrale en tant qu'entité de liaison entre les pays coopérants fut, avec l'application du principe *locus regit actum*, la première réalisation de la phase actuelle de la coopération juridique internationale en matière pénale. En effet, ce domaine du droit s'est avéré de plus en plus complexe. De plus, l'essai de simplification des procédures et de diminution de la durée de traitement des actes d'instruction devait conduire à un nouveau moyen de transmission des demandes d'assistance par le biais de voies non exclusivement diplomatiques.

Un point important à cet égard réside dans le fait que la Convention de Palermo et d'autres traités multilatéraux admettent la coexistence de plusieurs autorités centrales dans chaque État, selon les spécificités propres à chacune de ces entités de liaison¹⁵⁰. Actuellement, il existe deux modèles d'autorités centrales. Dans le premier cas, les fonctions sont exercées par un organisme faisant partie du pouvoir exécutif. Dans le deuxième cas, elles sont exercées par un organisme du Ministère public (parquet)¹⁵¹. L'adoption du premier modèle (pouvoir exécutif) peut être observée en Espagne, en Angleterre, en Suède, en Suisse et en Uruguay. Par contre, le deuxième peut être observé en Australie, en Colombie, en Équateur, aux États-Unis, au Mexique et au Portugal¹⁵².

¹⁴⁹ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 aux pp 81-82.

¹⁵⁰ Fornazari Junior, *supra* note 33 à la p 69.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

Au Canada, dans chacune des provinces, ainsi qu'au niveau fédéral, le service d'entraide internationale (SEI)¹⁵³ aide le ministre de la Justice en tant qu'autorité centrale responsable de la coordination et du maintien du système de gestion des demandes¹⁵⁴. Une fois que les autorités compétentes sont convaincues que la personne cible a été accusée d'une infraction relevant de la compétence de l'État et que cette infraction serait un acte criminel si elle avait été commise au Canada¹⁵⁵, la gestion des entrades judiciaires est mise en œuvre. Plusieurs facteurs se révèlent pertinents, tels que le niveau d'urgence, la date d'audience ou d'autre délai, la gravité de l'infraction, le fait que l'infraction est en cours, le fait qu'il y a des risques de perte de preuves, entre autres¹⁵⁶.

À titre d'exemple, la loi canadienne sur l'entraide juridique en matière criminelle prévoit le cas d'une demande présentée par écrit au ministre par un État ou une entité en vue de l'exécution d'une ordonnance de blocage ou de saisie de biens situés au Canada. En réaction, le ministre peut autoriser le procureur général du Canada ou d'une province à prendre les mesures d'exécution de l'ordonnance¹⁵⁷. Le procureur fédéral ou provincial compétent, à son tour, « peut homologuer sur dépôt une copie certifiée conforme de l'ordonnance au greffe de la cour supérieure de juridiction criminelle de la province où les biens qui font l'objet de l'ordonnance sont situés »¹⁵⁸. Après son homologation, cette ordonnance vaut jugement de ce tribunal. Il est exécutoire partout au Canada comme si elle était un mandat délivré en vertu du Code criminel. Cette ordonnance vaut dans les cas des saisies et blocages des biens, de même qu'en vertu de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances¹⁵⁹.

Le Brésil adopte les deux modèles d'autorités centrales (pouvoir exécutif et parquet) et, afin d'accélérer et d'améliorer la qualité des résultats de la coopération fournie et reçue, les deux

¹⁵³ Ce service a été créé en 1988 au sein de la Direction du droit pénal du ministère de la Justice.

¹⁵⁴ FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Canada, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Financial Action Task Force (FATF), 2016, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Canada-2016.pdf>>.

¹⁵⁵ *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, LRC 1985, c 30, (4e supp), art 9.3 (3).

¹⁵⁶ FATF, *supra* note 154.

¹⁵⁷ *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, *supra* note 155, art 9.3 (1).

¹⁵⁸ *Ibid*, art 9.3 (2).

¹⁵⁹ *Ibid*, art 9.3 (4).

autorités centrales sont chargées de la gestion de l'envoi et la réception des demandes d'entraide judiciaire, notamment en identifiant si ces demandes sont en conformité avec le droit interne et la législation internationale, cela avec l'objectif de proposer des adaptations nécessaires¹⁶⁰. Les autorités centrales brésiliennes surveillent également l'exécution de ces demandes, qu'il s'agisse de commissions rogatoires ou des entrades judiciaires¹⁶¹.

Le Ministère de la Justice, par l'intermédiaire du Département de recouvrement des avoirs et de la coopération juridique internationale, est l'autorité centrale chargée des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale dans la plupart des accords internationaux en vigueur. Néanmoins, dans le cadre des accords bilatéraux pour l'entraide judiciaire en matière pénale la fonction d'autorité centrale est exercée par le Bureau du Procureur général. Celui-ci exerce ces fonctions dans le cadre des accords signés entre le Brésil et le Canada¹⁶² et entre le Brésil et les États membres de la Communauté des pays de langue portugaise¹⁶³. Il coordonne également la représentation du Ministère public fédéral (parquet) dans divers réseaux de coopération juridique et dans des organisations internationales¹⁶⁴.

Dans les faits, les unités administratives autorisées à donner suite à une demande d'entraide judiciaire pénale rendent le traitement de ces demandes plus direct et efficace¹⁶⁵. Cela dépend de la qualification, de l'expérience et du niveau de formation de leur personnel. Pour contrôler et superviser la conformité des demandes avec de nombreux instruments utilisés par différents pays, l'autorité centrale désignée doit être capable de « [c]onserver une trace de tous les accords, traités, protocoles d'entente, services de liaison de la police et régimes juridiques, de

¹⁶⁰ Ministério Público Federal, « Procuradoria Geral da República » (<http://www.mpf.mp.br/pgp/noticias-pgp/pgp-passa-a-ser-autoridade-central-para-cooperacao-internacional-com-paises-de-lingua-portuguesa>).

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² GAFISUD-FATF, *Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism - Federative Republic of Brazil*, Mutual Evaluation Report, Financial Task Force on Money Laundering in South America (GAFISUD) and Financial Action Task Force (FATF), 2010, en ligne : < <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>>.

¹⁶³ Angola, Cap Vert, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mozambique, São Tomé-et-Príncipe et Timor-Leste.

¹⁶⁴ Ministério Público Federal, *supra* note 160.

¹⁶⁵ Dans le présent travail, le terme « efficace » est utilisé pour décrire ce « qui produit l'effet qu'on en attend » de sorte que les résultats des demandes d'entraide pénale soient interprétés de façon uniforme afin de définir si l'objectif recherché a été positif et utile à l'enquête criminelle ou à la procédure pénale qui les ont déclenchées.

l'évolution des législations nationales et internationales et des divers services d'exécution et d'enquête qui sont à l'origine des demandes »¹⁶⁶.

Il n'y a pas de règles codifiées dans les traités ou dans les conventions internationales concernant la façon dont les autorités centrales doivent être administrées ou dotées en personnel. Néanmoins, certaines activités dont l'autorité centrale doit être en mesure de mener se démarquent. Il s'agit, notamment, de la formation des praticiens sur les tâches à accomplir et les compétences à acquérir pour être efficaces, de l'exigence d'une réponse uniforme aux demandes reçues et émises, du regroupement des informations relatives aux activités de coopération juridique internationale menées en matière pénale¹⁶⁷. Ces actions relatives aux demandes d'entraide judiciaire ont, entre autres, le but de:

- Centraliser toutes les demandes d'extradition et d'entraide judiciaire reçues et émises;
 - Examiner toutes les demandes de vérification de conformité et les attribuer à un juriste pour action;
 - Correspondre avec les États requérants en ce qui concerne la conformité ou la nécessité de compléter une demande, [...];
 - Examiner les projets de demandes pour vérifier leur conformité et fournir des renseignements sur la façon de les améliorer;
 - Assurer une permanence pour pouvoir répondre rapidement aux demandes urgentes;
 - Répondre aux questions et préparer des notes d'information, des modèles et des exemples pour les pays qui souhaitent présenter des demandes;
- [...]
- Assurer le bon fonctionnement des outils disponibles en ligne pour que les États qui envisagent de présenter une demande puissent les utiliser¹⁶⁸.

Ainsi, le rôle joué par les autorités centrales vise notamment à favoriser¹⁶⁹ la liaison entre les États concernés et éviter que le traitement de la demande d'entraide judiciaire soit entravé par

¹⁶⁶ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 à la p 29.

¹⁶⁷ *Ibid* aux pp 30-31.

¹⁶⁸ *Ibid* aux pp 33-34.

¹⁶⁹ « Establishing a liaison with foreign practitioners early in the case can help assess potential difficulties, build a strategy, obtain preliminary information and informal assistance, confirm requirements for MLA requests, and create goodwill in the international cooperation process. Making connections with law enforcement attachés or liaison magistrates posted to embassies is a good way to ensure contact with the authorities in foreign jurisdictions. In larger cases, face-to-face meetings with counterparts have proved essential to successful international cooperation. Direct contact helps demonstrate political will

des problèmes logistiques. Il peut s'agir des délais ou le manque d'informations importantes ou même les doutes quant à l'authenticité et à la conformité de la demande émise à l'étranger. Cela dit, la communication entre les autorités centrales, avant, pendant et après la demande, est une démarche qui influence fortement l'obtention de bons résultats dans le contexte de la mise en œuvre des demandes d'entraide judiciaire actuelles et futures, tout en minimisant les contraintes liées au temps et en facilitant la rédaction de la demande¹⁷⁰.

Il n'y a aucun obstacle juridique qui empêche les autorités centrales d'assister les États dans le cadre des mécanismes sous-jacents disponibles, tels que les moyens informels de coopération internationale. En fait, la nature transnationale de certaines pratiques criminelles suscite la mise en pratique de ces moyens alternatifs d'assistance. Nous faisons allusion, en particulier, à celles qui concernent les cas de corruption¹⁷¹ facilités ou commis à l'aide de comptes bancaires étrangères pour gérer des fonds occultes et blanchir le processus de la corruption¹⁷². Il convient, par ailleurs, de préciser que certaines demandes de coopération imposent une entraide judiciaire tandis que d'autres peuvent être accordées de façon informelle.

and facilitate discussions of obstacles, strategies, and needed assistance. Some authorities have opted to convene a case conference or workshop that involves representatives from each of the foreign authorities having a potential interest in the case ». (Jean-Pierre Brun, Larissa Gray, Clive Scott et Kevin M. Stephenson, *Asset Recovery Handbook A Guide for Practitioners*, Washington DC, World Bank Publications, 2011 à la p 25 (https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/asset_recovery_handbook_0.pdf).

¹⁷⁰ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 aux pp 80, 87.

¹⁷¹ « Corruption cases are also increasingly complex, involving a range of criminal activities from drug and human trafficking to money laundering and terrorist financing » (Seehanat Prayoonrat, « The use of financial intelligence units for mutual legal assistance in the prosecution of corruption » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 18 à la p 18, en ligne : *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program* <<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>>).

¹⁷² Seehanat Prayoonrat, « The use of financial intelligence units for mutual legal assistance in the prosecution of corruption » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, coll 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 18 à la p 18, en ligne : *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program* <<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>>.

2.2. L'octroi et le refus d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale

En règle générale, les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale peuvent être accordées même si les pays impliqués ne sont pas signataires d'un traité bilatéral ou d'une convention internationale concernant l'entraide judiciaire. Pour leur part, les États doivent accorder la plus large coopération juridique possible. Ainsi, même s'il est vrai que certaines circonstances justifient le refus d'une demande d'entraide judiciaire, ce type d'action doit demeurer exceptionnelle.

Dans l'hypothèse où les parties concernées sont des États signataires d'un traité ou d'une convention, la validité d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale sera subordonnée, par défaut, aux conditions préalables définies dans les traités à ce type de coopération juridique internationale. Si ces conditions préalables sont remplies, la demande est transmise à l'Autorité centrale du pays requis. Cette autorité est chargée de l'acheminer aux autorités judiciaires ou de poursuites compétentes pour le traitement approprié.

Ainsi, un pays peut accepter ou refuser de mettre en œuvre une demande d'entraide judiciaire en matière pénale en fonction de sa conformité ou sa divergence avec les formalités applicables. Une demande d'entraide judiciaire pénale doit être faite par écrit, dans une langue compréhensible dans le pays requis et contenant certaines informations. Celles-ci renvoient à l'identité de l'autorité qui formule la demande, le sujet et la nature de la procédure pénale, un résumé des faits, l'identité et l'emplacement des personnes concernées, une description de l'assistance recherchée et le but de l'acte de procédure visé¹⁷³.

Quant aux possibilités d'octroi ou de refus d'exécution des demandes d'entraide judiciaire formulées à l'endroit des différents pays européens, quatre modèles d'assistance internationale qui représentent des changements progressifs en faveur de l'État requérant et ses intérêts

¹⁷³ Esquivel, *supra* note 10 à la p 120.

furent établis par Van Hoek et al.. Selon le premier modèle, appelé modèle *Rechshilfe*, l'État requis peut décider d'accorder ou non l'entraide judiciaire en se fondant exclusivement sur sa législation interne (règle *locus regit actum*). Cela signifie qu'il l'accorde en fonction de sa propre discrétion nationale au mépris des traités et des conventions internationales¹⁷⁴. Ce premier modèle peut soulever des difficultés juridiques et constituer un motif d'exaspération des relations diplomatiques lorsque les règles de droit international ne sont pas prises en considération.

Conformément au deuxième modèle, l'État requis n'a pas le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder l'entraide judiciaire demandée. La loi interne doit régir le traitement des demandes reçues (règle *locus regit actum*)¹⁷⁵. Dans le troisième modèle, l'État requis agit (traite la demande d'entraide judiciaire) par délégation octroyée par l'État requérant. Cette délégation doit rester circonscrite aux paramètres conférés par le droit national¹⁷⁶. Le quatrième modèle établi par Van Hoek *et al.* prévoit la possibilité que les États autorisent les autorités policières étrangères à mener des enquêtes sur le territoire de l'État requis, comme c'est le cas des États signataires des accords de Schengen¹⁷⁷. De ces quatre modèles, il se dégage un point en commun : celui de l'application du principe *locus regit actum*, qui représente l'un des éléments de différenciation entre le mode de traitement des commissions rogatoires et celui des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale prévue dans les traités et conventions internationaux.

Cela dit, les traités¹⁷⁸ précisent les raisons selon lesquelles une demande d'entraide judiciaire peut être refusée et les conditions préalables selon lesquelles elle puisse être accordée. La décision d'accorder ou de refuser une demande d'entraide judiciaire dépend du cadre juridique

¹⁷⁴ Richard Vogler, « Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights » dans Stefano Ruggeri, dir, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 2013, 27 au pp 28-29.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Voir le paragraphe 15 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ; paragraphe 21 de l'article 18 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ; et le paragraphe 21 de l'article 46 de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

de l'État requis. Ainsi, il faudra analyser au préalable les législations nationales et les conditions formelles et matérielles qui prévalent dans la juridiction où l'objet de la demande d'entraide judiciaire doit être exécuté. Le traité d'entraide judiciaire en matière pénale, adopté par l'Organisation des Nations Unies en 1991, prévoit dans son article 4 certaines situations dans lesquelles une demande d'entraide pénale peut être refusée ou différée. Selon ce texte, quelle que soit la circonstance liée au refus ou au report, la décision doit être dûment motivée par l'État requis.

Refus d'entraide

1. L'entraide peut être refusée:

- a) Si l'État requis estime que l'exécution de la demande d'entraide porterait atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts publics essentiels;
 - b) Si l'infraction est considérée par l'État requis comme étant de caractère politique;
 - c) S'il y a de sérieux motifs de croire que la demande d'entraide judiciaire a été présentée en vue de poursuivre une personne en raison de sa race, de son sexe, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons;
 - d) Si la demande se rapporte à une infraction pour laquelle des poursuites dans l'État requérant seraient incompatibles avec la législation de l'État requis sur la double poursuite au criminel (ne bis in idem);
 - e) Si l'aide demandée contraindrait l'État requis à appliquer des mesures qui seraient incompatibles avec sa législation et sa pratique, si l'infraction avait fait l'objet d'enquêtes ou de poursuites en application de sa propre juridiction;
 - f) L'acte en question est une infraction au regard de la loi militaire, mais non au regard de la loi pénale ordinaire.
2. Le secret bancaire ou imposé à des institutions financières analogues ne sera pas à lui seul un motif de refus.
3. L'État requis peut surseoir à l'exécution de la demande si son exécution immédiate risque d'entraver une enquête en cours ou des poursuites dans l'État requis.
4. Avant d'opposer un refus définitif à une demande d'entraide ou de différer son exécution, l'État requis examinera s'il ne pourrait pas y consentir sous certaines conditions. Si l'État requérant souscrit à ces conditions, il sera tenu de les observer.
5. Tout refus ou décision de différer l'entraide judiciaire sera accompagné de ses motifs¹⁷⁹.

Outre les motifs de refus les plus courants comme la réciprocité, la double incrimination, l'immunité ou le secret bancaire, la plupart des accords d'entraide judiciaire permettront à la

¹⁷⁹ Organisation des Nations Uni, *Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale*, 1991, en ligne : <<https://www.unodc.org/tldb/pdf/MLA%20FR.pdf>>.

juridiction requise de refuser l'assistance dans d'autres circonstances. L'entraide judiciaire peut être refusée dans le cas où l'État requis estime qu'il y a un intérêt public à protéger comme une demande d'entraide impliquant la corruption d'un personnage politique haut placé¹⁸⁰. Il en est de même lorsque l'objet de la demande est inférieur au seuil de minimis applicable¹⁸¹ (seuil monétaire donné). Une demande d'entraide peut aussi être refusée selon la « nature et gravité de la peine » lorsque l'infraction comporte une peine considéré par l'État requis comme trop sévère telle que la peine de mort¹⁸². Le refus peut également être motivé par certains « intérêts essentiels », qui ne sont pas spécifiquement définis dans une convention, mais qui peuvent inclure la souveraineté, l'ordre public, la sécurité et la charge excessive eu égard aux ressources des juridictions nationales requises¹⁸³.

En résumé, un État peut refuser une demande d'entraide judiciaire en matière pénale dans cinq situations. Une demande peut être refusée sur la base de son incompatibilité aux limites imposées par le traité qui sert de fondement pour accorder l'entraide¹⁸⁴, sur la base de son incompatibilité avec le droit interne de l'État requis¹⁸⁵, dans le cas où la législation nationale de l'État requis interdirait à ses autorités de prendre les mesures demandées s'il s'agissait d'une infraction analogue ayant fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une procédure judiciaire dans le cadre de sa propre compétence¹⁸⁶. Une demande d'entraide judiciaire en matière pénale peut également être rejetée en vertu de l'absence de procédure régulière (bonne et due forme – *due process of law*) entourant le cas sous la juridiction de l'État requérant¹⁸⁷ ou

¹⁸⁰ Brun et al, *supra* note 69 aux pp 145-48.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Voir l'article 7, paragraphe 15, alinéa a de de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ; l'article 18, paragraphe 21, alinéa a de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ; et l'article 46, paragraphe 21, alinéa a de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

¹⁸⁵ Voir l'article 7, paragraphe 15, alinéa d de de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ; l'article 18, paragraphe 21, alinéa d de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ; et l'article 46, paragraphe 21, alinéa d de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

¹⁸⁶ Voir l'article 7, paragraphe 15, alinéa c de de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes ; l'article 18, paragraphe 21, alinéa c de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ; et l'article 46, paragraphe 21, alinéa c de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

¹⁸⁷ Brun et al, *supra* note 69 à la p 26.

si l'objet de l'entraide porte atteinte aux droits et libertés fondamentaux de la personne prévue dans la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948¹⁸⁸.

2.2.1. Le principe de réciprocité

Le principe de réciprocité régit, depuis longtemps, les relations entre États en matière de la diplomatie et du droit international. Il ne s'agit pas uniquement d'un texte à caractère juridique contraignant, mais plutôt « une promesse que l'État requérant fait à l'État requis de lui fournir le même type d'aide à l'avenir si l'État requis le lui demandait »¹⁸⁹.

Ce principe peut être invoqué à la fois comme fondement pour accorder une demande de coopération juridique internationale et comme un motif de refus dans le cas de l'entraide judiciaire. En fait, « [c]e principe est généralement intégré aux traités, aux protocoles d'entente et au droit interne. Il est particulièrement répandu dans les États de tradition romaine, où il est considéré comme contraignant » alors qu'il ne l'est pas dans les pays de *common law*¹⁹⁰.

Dans la pratique, les États se concentrent uniquement sur les traités bilatéraux et multilatéraux comme s'ils étaient la seule base juridique pouvant valablement fonder les demandes d'entraide judiciaire. Par contre, d'autres voies sont également disponibles. Même s'il n'y a pas de base juridique apparente pour fonder une demande d'entraide judiciaire, cela ne devrait pas empêcher un État de se prévaloir du principe de réciprocité lorsque l'État requis peut bien être sensible à la demande¹⁹¹.

Cependant, lorsque la décision d'accorder une demande de coopération juridique internationale « exclusivement » sur la base du principe de la réciprocité implique l'exercice

¹⁸⁸ Yuri Sahione Pugliese, *Assistência mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito brasileiro*, São Paulo, LiberArts, 2015 aux pp 142-43.

¹⁸⁹ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 à la p 23.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Prost, *supra* note 126 à la p 32.

d'un pouvoir discrétionnaire par l'État requis, cette demande ne peut être assurée qu'à l'intérieur des canaux diplomatiques par la voie des commissions rogatoires. Dans ce cas, comme il a été indiqué précédemment, il y a des inconvénients lorsque les communications qui se font par le canal diplomatique ralentissent la réponse et le traitement de la demande de coopération¹⁹². En outre, le traitement des commissions rogatoires se fait seulement entre les instances judiciaires et ces dernières ne peuvent donc pas être disponibles aux autorités policières pendant les enquêtes ou les premières étapes de la poursuite criminelle¹⁹³.

En somme, la réciprocité implique l'engagement de l'État requérant de se conformer aux mesures équivalentes appliquées par l'État requis dans les mêmes circonstances et inversement, ce qui fait de ce principe une voie à double sens. Cela dit, le principe de réciprocité peut être conçu comme étant une exigence générale en vertu de la législation nationale qui porte sur la coopération internationale. En absence de traité, il est la seule base juridique régissant la coopération juridique internationale.

2.2.2. La double criminalité

La double criminalité, aussi appelée règle ou critère de double incrimination, est une exigence selon laquelle les actes reprochés constituent à la fois des infractions pénales dans la juridiction du pays requérant ainsi que celle du pays requis¹⁹⁴. Il s'agit habituellement d'une condition préalable à l'entraide judiciaire et à l'extradition. La double incrimination est néanmoins un concept plus répandu dans le droit de l'extradition qu'en matière d'entraide judiciaire pénale.

¹⁹² Kevin M Stephenson et al, *Barriers to asset recovery : an analysis of the key barriers and recommendations for action*, Washington DC, World Bank Publications, 2011 à la p 53, en ligne : <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2320/632580PUB0Barr01D0186600BOX361512B0.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> (consulté le 13 août 2017).

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Goldstein, Robert et Nancy Dennison. « Mutual Legal Assistance in Canadian Criminal Courts » (2002) 45 Crim L Q 126 à la p 137.

Ce critère peut ne pas être invoqué du tout, l'être pour certains actes coercitifs de l'entraide judiciaire, ou l'être pour tout type d'entraide judiciaire. Tout dépendra de la législation de l'État requis, ce dont il faudra tenir compte lorsqu'on rédigera une demande d'entraide. Il convient de souligner que ce qui importe, dans le critère de la double incrimination, c'est de déterminer si la conduite qui fait l'objet de la demande d'entraide judiciaire est pénalement réprimée dans les deux États, pas si elle constitue la même infraction dans chaque État¹⁹⁵.

Les États qui subordonnent l'entraide judiciaire à l'exigence de la double incrimination peuvent refuser de traiter une demande si l'infraction visée par l'enquête ou par la poursuite n'existe pas également en vertu de leur législation nationale. Cette situation peut éventuellement donner lieu à un obstacle sérieux à la coopération juridique internationale envisagé par l'État requérant, notamment en cas de corruption ou de non-reconnaissance de la responsabilité des personnes morales¹⁹⁶.

À Singapour, par exemple, à l'exception de quelques cas particuliers liés à l'évasion fiscale protégés par des accords de coopération et des mesures non coercitives, l'absence de double incrimination est un motif obligatoire de refus des demandes d'entraide¹⁹⁷. En Suède, de manière similaire, bien que les demandes d'entraide judiciaire soient rarement rejetées, la double incrimination est exigée en cas de mesures coercitives¹⁹⁸.

Dans la législation de chaque pays, un seul comportement pénalement interdit peut être interprété comme décrivant des types d'infractions pénales différentes. Ainsi, les diverses étapes du crime de corruption, par exemple, peuvent être interprétées comme constituant un seul délit ou encore comme constituant différentes infractions¹⁹⁹. Dans ce sens, lorsqu'une personne a été condamnée pour avoir « blanchi » un pot-de-vin, par exemple, la demande d'entraide qui cible la poursuite de cette personne pour avoir « accepté » le même pot-de-vin

¹⁹⁵ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 à la p 69.

¹⁹⁶ Terracol, *supra* note 115 à la p 4.

¹⁹⁷ FATF et APG, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Singapore, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Financial Action Task Force (FATF) et Asia/Pacific Group on Money Laundering (APG), 2016, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Singapore-2016.pdf>>.

¹⁹⁸ FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Sweden, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Financial Action Task Force (FATF), 2017, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Sweden-2017.pdf>>.

¹⁹⁹ Prost, *supra* note 126 à la p 35.

doit être formulée de manière à éviter qu'elle soit refusée sur la base de la double incrimination, puisque les pots-de-vin et le blanchiment d'argent sont des délits distincts²⁰⁰.

En fait, le refus d'une demande d'entraide judiciaire fondée sur l'exigence de double criminalité soulève la question de déterminer si l'incrimination pénale (crime ou délit) objet d'une condamnation (jugement, acquittement ou punition) antérieure correspond à la conduite criminelle décrite dans la demande d'entraide. Le cas échéant, il faudrait déterminer si elle est conforme à la qualification juridique d'une infraction différente. En outre, à moins que le crime faisant l'objet de l'enquête constitue également une infraction en droit interne, certains États peuvent refuser de traiter une demande d'entraide judiciaire.

Par ailleurs, pour faire face à ce genre de défis techniques, les autorités peuvent avoir besoin de partir du principe selon lequel une conduite criminelle peut comporter des étapes multiples. Par conséquent, comme l'a fait remarquer Prost, si une personne a été condamnée pour avoir blanchi un pot-de-vin, la règle de la double incrimination n'empêche pas que cette personne soit poursuivie pour avoir accepté le même pot-de-vin.

La Convention des Nations Unies contre la corruption adopte une approche souple et proactive de la double incrimination²⁰¹. En effet, même si la catégorie de l'infraction ou le libellé diffère, cette condition est tenue comme remplie lorsque la conduite sous enquête est simultanément considérée comme une infraction pénale par les États concernés²⁰². Ainsi, il est possible que les États établissent au sein de leurs systèmes juridiques respectifs des différentes incriminations pénales concernant une conduite similaire. À titre d'exemple, la condition relative à la double incrimination est considérée comme satisfaite même si l'enrichissement

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ La Convention des Nations Unies contre la corruption prévoit dans son article 46, paragraphe 9, alinéa b, que « Les États Parties peuvent invoquer l'absence de double incrimination pour refuser de fournir une aide en application du présent article. Toutefois, un État Partie requis, lorsque cela est compatible avec les concepts fondamentaux de son système juridique, accorde l'aide demandée si elle n'implique pas de mesures coercitives. Cette aide peut être refusée lorsque la demande porte sur des questions mineures ou des questions pour lesquelles la coopération ou l'aide demandée peut être obtenue sur le fondement d'autres dispositions de la présente Convention » (Convention des Nations Unies contre la corruption, 9 décembre 2003, 2349RTNU à la p 41 (entrée en vigueur : 14 décembre 2005)).

²⁰² Terracol, *supra* note 115 à la p 4.

illicite est prévu par le droit interne du pays requis. Citons à titre d'exemple, l'acceptation d'un pot-de-vin. De plus, il faut que cette conduite soit qualifiée par l'État requérant de « corruption d'agents étrangers », expression qui pouvait être interprétée comme « corruption d'un agent national » et non d'un agent étranger dans le pays requis²⁰³.

Tout en encourageant les relations de confiance, la coopération et le dialogue entre les États, la CNUCC, en l'absence de double incrimination, exige que les pays accordent l'entraide judiciaire par des mesures non coercitives, telles que la déclaration volontaire de témoins, le partage de renseignements ou l'obtention de casiers judiciaires²⁰⁴. Dans cette même optique, le Groupe d'action financière (GAFI), lors des Recommandations émises en 2012 sur les normes internationales de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme et de la prolifération, recommande aux États de fournir l'entraide judiciaire la plus large possible. Cette recommandation prend en compte les enquêtes, les poursuites et les procédures connexes ayant trait au blanchiment de capitaux, aux infractions sous-jacentes associées et au financement du terrorisme (Recommandation 37)²⁰⁵.

Finalement, en ce qui concerne la double incrimination, ce qu'il faut retenir comme règle générale est que l'infraction poursuivie soit punissable dans les deux pays impliqués indépendamment de la nomenclature attribuée dans le domaine des législations nationales de ces pays. Cela dit, la double incrimination est présente pour autant que les éléments structurants d'une incrimination pénale spécifique (*essentialia delicti*) sont réunis.

2.2.3. Les immunités

Les immunités abordées ici s'inscrivent dans la sphère des prérogatives accordées à certaines catégories de personnes de manière à les soustraire au champ d'application des juridictions

²⁰³ Brun et al, *supra* note 69 à la p 143.

²⁰⁴ Terracol, *supra* note 115 à la p 4.

²⁰⁵ GAFI (2012-2018), *Recommandations du GAFI - Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, mise à jour février 2018, GAFI, Paris, France, en ligne : <www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/recommandations-gafi.html>.

pénales étrangères. Comme l'explique Anne-Catherine Fortas, l'immunité « relève du droit international coutumier et non simplement de la courtoisie. Il ressort de la pratique que l'application du droit des immunités au sein des États est principalement jurisprudentielle, car, excepté quelques cas, peu de lois internes prévoient des règles applicables en la matière » [notes omises]²⁰⁶. La problématique des immunités constitue, ainsi, un obstacle majeur aux procédures pénales engagées contre des hauts fonctionnaires et, par conséquent, à la mise en œuvre d'une entraide judiciaire pénale. Malgré l'importance des immunités pour l'exercice des fonctions inhérentes aux fonctionnaires étrangers, ceux-ci ne devraient pas être protégés contre les procédures pénales lorsqu'ils sont soupçonnés de corruption²⁰⁷.

Les immunités incorporées dans les lois nationales ou dans les dispositions constitutionnelles sont appelées « immunités nationales » dans la plupart des juridictions. Pour leur part, les immunités appelées « internationales » s'appliquent dans toutes les juridictions en vertu du droit coutumier et des traités internationaux²⁰⁸. Au regard des règles du droit international, il existe deux régimes concernant les immunités: les immunités fonctionnelles (*ratione materiae*) et les immunités personnelles (*ratione personae*). L'immunité fonctionnelle est accordée aux fonctionnaires étrangers qui exercent des actes d'État et peut les protéger après leur départ, tandis que les immunités personnelles cessent normalement à ce moment-là²⁰⁹.

L'immunité de fonction est accordée à tout représentant de l'État de manière très restreinte en ne visant que les actes de la fonction²¹⁰. L'étendue de ce type d'immunité est fixé par la nature des actes couverts (action judiciaire ou administrative) et non par la personne qui les accomplit²¹¹, lorsque

²⁰⁶ Anne-Catherine Fortas, « Corruption et immunités : questionnements sur la lutte contre l'impunité » (2016) 8 :10 ESIL Conference Paper Series à la p 7.

²⁰⁷ Terracol, *supra* note 115 à la p 4.

²⁰⁸ Brun et al, *supra* note 69 à la p 30.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ Pauline Lesaffre, *Les immunités des représentants de l'État face aux crimes internationaux*, mémoire de Master en droit, UCL Université Catholique de Louvain, 2015 [non publié] à la p 7.

²¹¹ *Ibid.*

les actes officiels accomplis par un représentant de l'État sont avant tout des actes de l'État représenté lui-même. Ils ne sont pas personnellement imputables à l'agent, mais attribuables à l'État. Le représentant de l'État n'est qu'un instrument étatique qui entreprend ses actions au nom de l'État. Il est « la voix et le bras de l'État ». La responsabilité internationale n'incombe dès lors pas à l'individu qui représente l'État, mais à l'État représenté par l'individu [notes omises]²¹².

Les immunités personnelles (*ratione personae*) sont liées au statut (*status immunity*) de la personne à qui le droit accorde ce privilège, qui est octroyé *ex officio* et couvre tous les actes des ceux qui en bénéficient²¹³. Ce type d'immunité s'étend à un petit groupe de fonctionnaires étrangers comme les chefs d'État ou de gouvernement, les membres du cabinet, les ministres des Affaires étrangères et les agents diplomatiques dans un pays hôte « *from criminal proceedings arising from both official and private activities* »²¹⁴. L'immunité personnelle « offre la liberté et l'indépendance de parole et d'action nécessaires à une haute fonction de représentation »²¹⁵.

En effet, l'immunité personnelle vise à protéger la dignité de l'État représenté et à prévenir tout contentieux découlant d'une poursuite pénale étrangère qui pourrait nuire au principe de non-ingérence dans les affaires intérieures de l'État représenté²¹⁶. Cela dit, « [m]ême si l'immunité est dite personnelle, elle ne tend nullement au bénéfice personnel de celui qu'elle protège, mais à l'accomplissement efficace de ses fonctions au nom de l'État »²¹⁷. Le préambule de la convention de Vienne du 18 avril 1961 précise que « le but [des] privilèges et immunités est non pas d'avantager des individus, mais d'assurer l'accomplissement efficace des fonctions des missions diplomatiques en tant que représentant des États [...] »²¹⁸.

Pour ce qui est de l'application des deux types d'immunités soulignées, soit en vertu de la nature de la fonction exercée soit à titre personnel, cette prérogative constitue souvent des

²¹² *Ibid* aux pp 5-7.

²¹³ *Ibid* à la p 6.

²¹⁴ Stephenson et al, *supra* note 192.

²¹⁵ Lesaffre, *supra* note 210 à la p 6.

²¹⁶ *Ibid*.

²¹⁷ *Ibid*.

²¹⁸ *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, 7310 RTNU 500 à la p 95 (entrée en vigueur : 24 avril 1964).

obstacles à l'entraide pénale liée aux affaires de corruption ou à la poursuite de fonctionnaires étrangers détenant des actifs dans des centres financiers extraterritoriaux²¹⁹. Un exemple de ce cas de figure est celui de l'Affaire dites des « Biens Mal Acquis », au cours de laquelle le vice-président de Guinée équatoriale, Teodoro Nguema Obiang, a formé un pourvoi devant la Cour de cassation (France) contre l'arrêt de la Chambre d'instruction de la Cour d'appel de Paris en se prévalant d'une « immunité diplomatique ». En fait, les infractions qui lui ont été imputées n'avaient pas été commises en Guinée équatoriale dans l'exercice de ses fonctions, mais en France dans son intérêt personnel. La Cour de cassation française « écarte sa requête au motif qu'il n'était pas vice-président au moment des faits et que ces derniers ne relèvent pas de l'exercice de ses fonctions, mais de sa vie privée en France »²²⁰. La Cour de cassation (le 15 décembre 2015) a affirmé par ailleurs que Teodoro Nguema Obiang

ne pouvait prétendre au bénéfice d'une quelconque immunité personnelle puisque ses fonctions « ne sont pas celles de chef d'État, de chef du gouvernement ou de ministre des Affaires étrangères » ; quant à l'immunité fonctionnelle (à laquelle il pouvait en revanche prétendre en sa qualité d'agent public) ne saurait jouer en l'espèce puisque « l'ensemble des infractions qui lui sont reprochées (...) ont été commises à des fins personnelles »²²¹.

Finalement, lorsque « [l']immunité peut constituer une dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle pour l'État du for » [notes omises]²²², le même raisonnement peut être appliqué en vue d'assurer l'immunité d'un État devant la juridiction d'un autre État par le biais du principe de l'égalité souveraine entre eux. Ainsi, le refus d'une demande d'entraide en vertu d'un type d'immunité internationale est un problème qui peut être résolu si l'État requérant fait cesser ou limite les effets de l'immunité. Il suffit de démontrer à la juridiction requise que la procédure régulière a été accordée (ou le sera) à la personne visée²²³. Cela dit, les autorités compétentes des États concernés peuvent choisir de lever l'immunité si celle-ci entrave la poursuite criminelle transnationale et si elle

²¹⁹ Stephenson et al, *supra* note 192.

²²⁰ « Transparency International », en ligne : < <https://transparency-france.org/aider-victimes-de-corruption/biens-mal-acquis/dates-clefs/> > (consulté le 1^{er} mai 2018).

²²¹ Maud Perdriel-Vaissière, « L'affaire des 'Biens Mal Acquis' : Quels enseignements après 10 ans de combat judiciaire ? » (12 décembre 2016), Association Sherpa (blogue), en ligne : < <https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2017/05/L'affaire-des-'Biens-Mal-Acquis'.pdf> >.

²²² Fortas, *supra* note 206 à la p 7.

²²³ Brun et al, *supra* note 69 à p 147.

peut être levée sans compromettre les fins pour lesquelles elle a été accordée. En fait, la question de la procédure régulière, ainsi que d'autres raisons de refus, doivent être examinées au cas par cas et non à partir d'une perspective systémique du cadre juridique dans son ensemble²²⁴.

2.2.4. Le secret bancaire et infraction fiscale

Nous partons du fait que « [l]e secret bancaire consiste dans le devoir de discrétion de la banque et de certaines personnes qui lui sont liées quant aux relations commerciales qu'elle entretient avec ses clients » [notes omises]²²⁵. Cela nous permet de conclure que les institutions bancaires/financières n'ont aucun intérêt à compromettre l'obligation de préserver le caractère confidentiel des transactions et des opérations réalisées avec leurs clients. Cette confidentialité peut néanmoins être remise en question dans des cas tout à fait justifiés aux fins de la détection et de la poursuite d'un acte criminel grave lorsqu'une telle restriction ne se justifie au regard d'un motif impératif d'intérêt général. Dans ce sens, les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) de 2012-2016²²⁶, ainsi que certains traités et conventions, interdisent que les infractions fiscales²²⁷ et le secret bancaire²²⁸ soient les seuls motifs pour un État Partie de refuser de donner suite à une demande d'entraide judiciaire.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ Giovanni Molo, « Le Secret Bancaire Suisse en Matière de Fiscalité Directe et les Accords Bilatéraux II » (2006) 16 *Swiss Rev Intl & Eur L* 559 à la p 560.

²²⁶ « 37. Entraide judiciaire

Les pays devraient, de manière rapide, constructive et efficace, fournir l'entraide judiciaire la plus large possible pour les enquêtes, les poursuites et les procédures connexes ayant trait au blanchiment de capitaux, aux infractions sous-jacentes associées et au financement du terrorisme. Les pays devraient disposer d'une base juridique adéquate pour fournir cette assistance et, le cas échéant, devraient disposer de traités, accords ou autres mécanismes permettant d'accroître la coopération. En particulier, les pays :

[...]

(c) ne devraient pas refuser d'exécuter une demande d'entraide judiciaire pour l'unique motif que l'infraction est également considérée comme portant sur des questions fiscales ;

(d) ne devraient pas refuser d'exécuter une demande d'entraide judiciaire au motif que leurs lois imposent la préservation du secret ou de la confidentialité aux institutions financières ou aux entreprises et professions non financières désignées (à l'exception des cas où l'information recherchée est détenue dans des circonstances relevant du secret professionnel légal ou d'un privilège professionnel légal) » (GAFI (2012), Recommandations du GAFI - Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, mise à jour mars 2016, GAFI, Paris, France, à la p 27. En ligne : <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations_GAFI.pdf>).

²²⁷ Voir l'article 46 (22) de la CNUCC, l'article 18 (22) de la Convention CTO des Nations Unies et l'article 3 (10) de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

En outre, les États sont de plus en plus dans l'obligation de soutenir la réduction du secret bancaire. Ils autorisent les tribunaux ou autres autorités compétentes à ordonner la saisie de dossiers bancaires, financiers ou commerciaux dans des affaires internes et dans le cadre de la coopération internationale (article 31 (7) de la CNUCC et article 12 (6) de la Convention CTO). Même si la disposition de l'article 40 de la CNUCC s'applique aux enquêtes nationales, elle démontre qu'il existe une volonté croissante de la part des États parties de trouver des solutions satisfaisantes pour surmonter les obstacles qui découlent du secret bancaire dans les enquêtes criminelles nationales. Il en est de même pour dans la poursuite pénale des infractions principales à l'étranger ²²⁹.

Sur ce point, il convient de souligner l'importance de la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale²³⁰ qui a été élaborée par le Conseil de l'Europe et l'OCDE en 1988 et amendée par un Protocole en 2010. Cette convention offre toutes les formes possibles de coopération fiscale pour combattre l'évasion et la fraude fiscales : « de l'échange de renseignements, y compris les échanges automatiques à l'assistance au recouvrement des créances fiscales étrangères » ²³¹. La Convention amendée a été alignée sur la norme internationale d'échange de renseignements sur demande et compte actuellement 125 juridictions participants (tous les pays du G20, les BRICs, tous les pays de l'OCDE, les centres financiers les plus importants, y compris les Régions Administratives Spéciales de Hong Kong et de Macao et un nombre croissant de pays en voie de développement)²³².

²²⁸ Voir l'article 9 (3) de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, l'article 46 (8) de la CNUCC et l'article 18 (8) de la Convention CTO des Nations Unies).

²²⁹ Brun et al, *supra* note 69 à la p 146.

²³⁰ *Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale amendée par le Protocole de 2010*, OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques, (entrée en vigueur : 1er juin 2011), en ligne : <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/la-convention-multilaterale-concernant-l-assistance-administrative-mutuelle-en-matiere-fiscale_9789264115682-fr#page12>.

²³¹ « Organisation de coopération et de développement économiques », en ligne: OCDE <<http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/convention-concernant-l-assistance-administrative-mutuelle-en-matiere-fiscale.htm>>.

²³² *Ibid.*

Lorsqu'un État ratifie une Convention ou conclut un accord, il est lié par les obligations considérées non discrétionnaires. Ainsi, les règlements relatifs à l'interdiction de refuser une demande d'entraide judiciaire uniquement sur la base du secret bancaire visent à décourager les banques impliquées dans des programmes de blanchiment de capitaux. Elles sont tenues de plus en plus responsables de ce qu'ils devraient savoir sur les transactions suspectes. Tel est le cas des employés de la banque suisse²³³ qui font face à de sérieuses pénalités en matière civile associées à l'affaire Abacha²³⁴.

La banque suisse HSBC, en dépit du fait d'être légalement tenue depuis 1998 d'effectuer des contrôles spéciaux sur les clients à haut risque, a dissimulé de grosses sommes d'argent pour des personnes accusées d'actes répréhensibles graves. La banque a dissimulé les sommes provenant notamment du trafic de la drogue, de la corruption et du blanchiment d'argent²³⁵. De plus, HSBC a traité 20 millions de livres sterling dans des comptes contrôlés par Jeffrey Tesler²³⁶. Tesler, un avocat londonien qui a fini par plaider coupable aux violations de la loi sur les pratiques de corruption à l'étranger (FCPA) et à conclure un accord sur le plaidoyer aux États-Unis²³⁷. Il a défendu le président du Nigeria de l'époque, le général Sani Abacha, ainsi que d'autres politiciens locaux dans une affaire d'usine à gaz corrompue²³⁸.

Avec l'objectif de renforcer la transparence fiscale, il est de plus important de souligner que l'Administration fédérale des contributions (AFC) suisse a fait savoir qu'à la fin du mois de septembre 2018 elle a échangé pour la première fois des données sur la clientèle avec les

²³³ Chêne, *supra* note 71 à la p 3.

²³⁴ « In the Abacha case, the Federal Government of Nigeria used a combination of sending requests for mutual assistance and lodging criminal complaints for money laundering in jurisdictions where assets of the Abacha criminal organisation had been identified or were suspected to be. This strategy resulted in the freezing of about USD 2 billion in ten jurisdictions, of which to date, USD 1.2 billion has been recovered by Nigeria through mutual assistance, forfeiture or settlements » (Enrico Monfrini, « The Abacha Case », dans Mark Pieth, dir, *Recovering Stolen Assets*, Berne, Peter Lang, 2008, 41 à la p 41, en ligne : http://star.worldbank.org/corruption-cases/sites/corruptioncases/files/documents/arw/Abacha_Monfrini_Article_2008.pdf).

²³⁵ David Leigh, James Ball, Juliette Garside et David Pegg, « HSBC files: Swiss bank hid money for suspected criminals », *The Guardian* (12 février 2015), en ligne : <https://www.theguardian.com/news/2015/feb/12/hsbc-files-swiss-bank-hid-money-for-suspected-criminals> (consulté le 6 mai 2018).

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ John F. Libby, Jacqueline C. Wolff et Kenneth B. Julian, « No International Double Jeopardy After U.S. FCPA Guilty Plea », *Lexology* (18 octobre 2017), en ligne : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dec9a38e-7c0f-49bf-89ad-0ffc715de40> (consulté le 6 mai 2018).

²³⁸ Leigh, *supra* note 235.

autorités fiscales de dizaines de pays²³⁹. Cela est dû au fait que depuis le 1^{er} janvier 2017 la Suisse participe à l'échange automatique de renseignements (EAR) des clients étrangers (contribuables des pays ayant signé l'accord EAR²⁴⁰ et disposant de comptes en Suisse) avec les pays membres de l'OCDE et du G20. Cependant, il est à noter que les autorités compétentes ne peuvent exiger la levée du secret bancaire des contribuables helvétiques ayant des comptes en Suisse qu'en cas d'infraction grave, lorsque « sur le plan national, le secret bancaire suisse n'est pas modifié par l'EAR »²⁴¹.

Toutefois, dans certains pays qui sont considérés comme des « paradis fiscaux »²⁴² tels que le Luxembourg et le Liechtenstein, la législation nationale sur la coopération juridique internationale offre aux personnes mises en cause dans des procédures d'entraide de nombreuses occasions de faire appel de décisions qui permettraient de divulguer leurs informations financières. Cela peut occasionner des retards considérables dans le traitement des demandes et, par conséquent, dans la disponibilité des éléments de preuve requis²⁴³.

Aux États-Unis, par exemple, les informations fiscales ne sont pas mises à la disposition des organismes d'application de la loi, à moins que ces données soient destinées à être utilisées dans des enquêtes criminelles exclusivement fiscales²⁴⁴. Cela dit, un État, au lieu de refuser

²³⁹ Michael Shields, « Suisse: Le secret bancaire est officiellement révolu », *Thompson Reuters* (5 octobre 2018), en ligne: <<https://fr.reuters.com/article/topNews/idFRKCN1MF19B-OF RTP>>.

²⁴⁰ OCDE, Accord sur l'Échange de renseignements en matière fiscale, élaboré par le Groupe de travail composé de représentants des pays membres de l'OCDE ainsi que de délégués d'Aruba, des Bermudes, de Bahreïn, des îles Caïman, de Chypre, de l'île de Man, de Malte, de l'île Maurice, des Antilles néerlandaises, des Seychelles et de San Marin, en ligne : <<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/33977677.pdf>>.

²⁴¹ « Le Conseil fédéral - Le portail du Gouvernement suisse », Département fédéral des finances DFF en ligne: <<https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/themen/wirtschaft--waehrung--finanzplatz/finanzmarktpolitik/echange-automatique-de-renseignements--ear-.html>>.

²⁴² « Some offshore jurisdictions also limit the scope of their cooperation to certain types of offences, where offences are fiscal in nature for example. In the related field of asset recovery, for example, England does not cooperate unless there is evidence that the stolen assets are located in the country. Switzerland does not try to identify accounts held under pseudonym or refuse to assist in fiscal proceedings » (Marie Chêne, « Mutual legal assistance treaties and money laundering » (29 juillet 2008), U4 Anti-Corruption Resource Centre (blogue) à la p 3, en ligne : <<http://www.u4.no/publications/mutual-legal-assistance-treaties-and-money-laundering/>>).

²⁴³ Chêne, *supra* note 71 à la p 3.

²⁴⁴ FATF, *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - United States, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Financial Action Task Force (FATF), 2016, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-United-States-2016.pdf>>.

une demande d'entraide concernant des données fiscales, peut imposer des difficultés d'ordre juridique à fournir des informations requises.

En effet, à l'instar des progrès accomplis dans les sphères politique et administrative de coopération fiscale, l'entraide judiciaire en matière pénale cherche aussi à simplifier et de dynamiser le traitement des demandes de coopération juridique internationale en matière pénale. Elle entend favoriser le rapprochement et la communication entre les autorités de poursuite de l'État requérant et de l'État requis. Grâce aux traités et conventions internationales, aux réseaux de coopération juridique internationale en matière pénale, les États coopérants peuvent réduire les difficultés d'interprétation. Ils peuvent également assurer une plus grande proximité (relation de confiance) et améliorer le dialogue entre les acteurs concernés. Il s'agit des facteurs clés pour réaliser de manière intégrée les objectifs communs concernant la lutte contre la criminalité transnationale, comme nous allons aborder ci-après.

2.3. Les réseaux de coopération internationale en matière pénale

Les Nations Unies recensent huit réseaux de coopération internationale en matière pénale : le Réseau Commonwealth de personnes de contact (*Commonwealth Network of Contact Persons*), le Réseau judiciaire européen, l'Eurojust, le Réseau continental d'échange d'informations en vue de l'entraide judiciaire en matière pénale et de l'extradition de l'Organisation des États américains, le Réseau ibéro-américain d'assistance juridique (IberRed), les Plates-formes de coopération pénale des pays du Sahel et des pays de la Commission de l'océan Indien, le Réseau des procureurs contre le crime organisé (*Network of Specialized Prosecutors Against Organized Crime*) (REFCO), et le Réseau des Autorités centrales de l'Afrique de l'Ouest et des Procureurs contre la criminalité organisée (WACAP)²⁴⁵.

²⁴⁵ « International cooperation networks », en ligne : UNODC <<http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/international-cooperation-networks.html>> (consulté le 14 août 2017).

Le Réseau Commonwealth de personnes de contact a pour but de faciliter la coopération internationale dans les affaires pénales entre les États membres du Commonwealth. Il agit par l'intermédiaire d'un représentant habilité (personne de contact) de chacune de ses juridictions²⁴⁶ notamment en matière d'entraide judiciaire et d'extradition, en fournissant des informations légales et pratiques pertinentes²⁴⁷.

Le réseau judiciaire européen est constitué de la Commission européenne, d'un Secrétariat²⁴⁸ basé à La Haye et de représentants désignés comme points de contact pour l'entraide judiciaire par chaque État membre de l'Union européenne²⁴⁹. Les représentants sont choisis parmi les autorités centrales chargées de la coopération juridique internationale, des autorités judiciaires et d'autres autorités compétentes ayant des responsabilités spécifiques dans le domaine de la coopération internationale²⁵⁰.

Il y a plus de 300 points de contact nationaux dans les 27 États membres de l'UE qui se rencontrent trois fois par an pour partager des informations sur leurs différents systèmes juridiques. Ils discutent également des difficultés d'ordre pratique et des propositions qu'ils entendent faire. Ils favorisent l'envoi et la mise en œuvre des demandes d'entraide judiciaire ainsi que l'encouragement des contacts directs les plus appropriés entre les autorités locales compétentes afin de promouvoir une amélioration graduelle de la qualité de l'entraide judiciaire²⁵¹.

²⁴⁶ Antigua-et-Barbuda, Australie, Bahamas, Bangladesh, Barbade, Belize, Botswana, Brunei Darussalam, Cameroun, Canada, Chypre, Dominique, Fidji, Gambie, Ghana, Grenade, Guyane, Inde, Jamaïque, Kenya, Kiribati, Lesotho, Malawi, Malaisie Maldives, Malte, Maurice, Mozambique, Namibie, Nauru, Nouvelle-Zélande, Nigéria, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Samoa, Seychelles, Sierra Leone, Singapour, Îles Salomon, Afrique du Sud, Sri Lanka, St Kitts et Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines, Swaziland, Tonga, Trinité-et-Tobago, Tuvalu, Ouganda, Royaume-Uni, République-Unie de Tanzanie, Vanuatu et Zambie.

²⁴⁷ « International cooperation networks », *supra* note 245.

²⁴⁸ « The Network's Secretariat forms part of Eurojust but functions as a separate unit. It enjoys autonomy, as stated in paragraph 20 of the Council Decision 2008/426/JHA of 16 December 2008 on the strengthening of Eurojust » (« International cooperation networks », en ligne : UNODC <<http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/international-cooperation-networks.html>> (consulté le 14 août 2017)).

²⁴⁹ Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, République Tchèque, Danemark, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Espagne, Suède et Royaume-Uni.

²⁵⁰ « International cooperation networks », *supra* note 245.

²⁵¹ *Ibid.*

L'Eurojust, à son tour, a été fondée en 2002. Elle est composée de juges et de procureurs des États membres de l'Union européenne. Ces professionnels de la justice aident les autorités nationales et des États tiers, le cas échéant, avec les enquêtes et les poursuites à l'égard des crimes graves qui traversent les frontières²⁵². Chaque année, Eurojust traite « approximativement 2000 dossiers et tient environ 200 réunions de coordination »²⁵³. Celles-ci sont essentielles à la résolution de « problèmes rencontrés dans le cadre des dossiers traités et d'élaborer des plans pour la mise en œuvre d'actions opérationnelles, telles que des arrestations et des perquisitions simultanées »²⁵⁴.

Les différents rôles et pouvoirs d'Eurojust sont énumérés dans la décision instituant Eurojust. À titre d'exemple, Eurojust répond aux demandes d'assistance émanant des autorités nationales compétentes des États membres. En retour, Eurojust peut demander aux États membres d'entreprendre des enquêtes ou des poursuites sur des faits précis. Eurojust intervient également pour résoudre les conflits de juridiction lorsque plusieurs autorités nationales sont en position d'entreprendre une enquête ou des poursuites dans le cadre d'un dossier spécifique, facilite la mise en œuvre d'instruments judiciaires internationaux tels que le mandat d'arrêt européen et octroie des fonds aux équipes communes d'enquête afin de financer leur mise en place et répondre à leurs besoins opérationnels.

[...]

Le travail d'Eurojust repose sur les étroites relations nouées avec ses partenaires. Ces partenaires comprennent les autorités nationales et les organes de l'UE tels que le Réseau judiciaire européen (EJN), Europol, l'OLAF (dans les affaires d'infraction pénale touchant aux intérêts financiers de l'Union européenne), Frontex, Sitcen (Centre de Situation Conjoint), CEPOL et le Réseau européen de formation judiciaire (EJTN), ainsi que tout autre organe compétent en vertu des dispositions arrêtées dans le cadre des traités. Nous veillons à ce que des partenariats soient créés pour lutter contre la criminalité transfrontalière (pour laquelle l'échange d'informations entre les autorités compétentes est essentiel) afin de garantir une coordination et une coopération optimales et d'offrir un espace de liberté, de sécurité et de justice à l'ensemble des citoyens de l'UE²⁵⁵.

L'Organisation des États américains se dote de son propre réseau. Il s'agit du Réseau continental d'échange d'informations en vue de l'entraide judiciaire en matière pénale et de l'extradition. Il a 34 États membres²⁵⁶. Il dispose d'un système de courrier électronique

²⁵² « EUROJUST (European Union's Judicial Cooperation Unit) », en ligne : <<http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/fr.aspx>> (consulté le 14 août 2017).

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ Antigua-et-Barbuda, Argentine, Bahamas, Barbade, Belize, Bolivie, Brésil, Canada, Chili, Colombie, Costa Rica, Dominique, République dominicaine, Équateur, El Salvador, Grenade, Guatemala, Guyana, Haïti, Honduras, Jamaïque,

sécurisé qui permet l'échange et le partage des documents et des espaces de travail entre ces pays. Il a été adopté lors de la cinquième Réunion des ministres de la Justice de l'OEA tenue à Washington en 2004. Ils réunissent régulièrement à l'occasion des rencontres des autorités centrales et autres experts sur la coopération juridique internationale et l'extradition²⁵⁷.

Le Réseau ibéro-américain de coopération juridique internationale (IberRed) est consacré à donner les meilleures conditions de fonctionnement aux instruments d'entraide judiciaire civile et pénale moyennement la mise en place de mesures de facilitation et de simplification afin d'assurer une protection juridictionnelle effective²⁵⁸. Il est conçu comme une structure constituée de points de contact au sein des ministères de la Justice et des autorités centrales, les parquets et les services publics ainsi que des conseils généraux des 23 pays constituant la Communauté ibéro-américaine des nations²⁵⁹.

Les Plates-formes de coopération pénale des pays du Sahel²⁶⁰ (Plateforme Sahel) et des pays de la Commission de l'océan indien²⁶¹ (COI) (« *Judicial Regional Platforms²⁶² of Sahel and Indian Ocean Commission Countries* ») sont des réseaux de points focaux de coopération internationale créés dans le but de faciliter l'extradition et l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres des réseaux. Il a pour but d'identifier également les besoins

Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, St Kitts et Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Suriname, Trinité-et-Tobago, États-Unis, Uruguay et Venezuela.

²⁵⁷ Ministério Público Federal, « Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Exatidão — Cooperação Internacional », en ligne : <<http://www.mpf.mp.br/>, <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/redes-de-cooperacao/assistencia-mutua-em-materia-penal-e-extradicao>>.

²⁵⁸ « IberRed - Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional », en ligne : <<https://iberred.org/pt/node/2>> (consulté le 14 août 2017).

²⁵⁹ Andorre, Argentine, Bolivie, Brésil, Colombie, Costa Rica, Cuba, Chili, République dominicaine, Equateur, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexique, Nicaragua, Panama, Paraguay, Pérou, Portugal, Espagne, Uruguay et Porto Rico.

²⁶⁰ La plate-forme régionale judiciaire des pays du Sahel est composée actuellement par Burkina Faso, Mali, Mauritanie et Niger

²⁶¹ La plate-forme régionale judiciaire des pays la Commission de l'océan indien (COI) est composée actuellement par Comores, France (Réunion), Madagascar, Maurice et Seychelles.

²⁶² « Judicial Regional Platforms have been established by UNODC's Terrorism Prevention Branch and Organized Crime and Illicit Trafficking Branch to strengthen international cooperation in criminal matters in the regions of the Sahel and the Indian Ocean. Their main focus is to prevent and combat forms of serious crime, such as organized crime, corruption, drug trafficking or terrorism » (« International cooperation networks », en ligne : UNODC <<http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/international-cooperation-networks.html>> (consulté le 14 août 2017)).

d'assistance technique et de sensibiliser les acteurs nationaux de la chaîne pénale sur le rôle et les fonctions des plates-formes²⁶³.

Ces plates-formes fournissent de renseignements importants concernant leurs Chartes de fonctionnement, leurs listes de points focaux et de suppléants. Les informations fournies prennent en compte également les Recueils d'accords bilatéraux, régionaux et internationaux en matière d'entraide judiciaire et d'extradition. Il en est de même pour les fiches pratiques pour l'élaboration des requêtes efficaces d'extradition et d'entraide judiciaire²⁶⁴.

Le Réseau des procureurs contre le crime organisé (REFCO²⁶⁵) regroupe 10 bureaux de poursuite basés au Belize, en Colombie, au Costa Rica, à la République dominicaine, au Salvador, au Guatemala, au Honduras, au Mexique, au Nicaragua et au Panama²⁶⁶. Il est financé par le gouvernement du Canada et développé en 2009 par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) en Amérique centrale. En guise d'initiatives, il a procédé, entre autres, à l'organisation des ateliers nationaux et régionaux, des réunions de coordination technique et des programmes d'échange sont organisés. Le but de ces activités est de renforcer les enquêtes et les poursuites liées à la lutte contre la criminalité grave et organisée. De plus, elles visent à promouvoir la confiance mutuelle et le soutien technique, identifier les meilleures pratiques, encourager la coopération régionale, améliorer les systèmes de communication par le biais d'une plate-forme commune et élaborer une stratégie commune entre deux pays ou plus pour démanteler les groupes criminels²⁶⁷.

Le Réseau des Autorités centrales de l'Afrique de l'Ouest et des Procureurs contre la criminalité organisée (WACAP) « est un cadre de renforcement des capacités des juges et des procureurs à faire face à la criminalité organisée, y compris les réponses du secteur de la

²⁶³ « International cooperation networks », *supra* note 245.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ REFCO est l'acronyme de « Red de Fiscales contra el Crimen Organizado » en espagnol.

²⁶⁶ « Network Of Specialized Prosecutors Against Organized Crime », en ligne : <<http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/gptoc-refco.html>> (consulté le 14 août 2017).

²⁶⁷ *Ibid.*

justice au terrorisme »²⁶⁸. Il est fondé sur le succès du réseau REFCO dont le lancement a eu lieu en mai 2013. Ce réseau est également une initiative du Programme mondial de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC). Il fonctionne conformément à la stratégie pour la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (UNTOC) liée à la Déclaration de Bamako²⁶⁹. Celle-ci vise à la promotion des réseaux d'entraide judiciaire dans divers pays²⁷⁰.

Les points focaux du réseau WACAP comprennent les pays de la CEDEAO²⁷¹. Ses observateurs sont la Mauritanie et le Tchad. Quant à ses partenaires, ce sont la Commission de la CEDEAO et la Cour de justice de la CEDEAO²⁷².

L'objectif de WACAP est de renforcer la capacité des autorités centrales et des procureurs pour lutter contre toutes les formes de criminalité organisée et l'impunité. Le Réseau favorise la coopération entre les autorités centrales d'Afrique de l'Ouest par des réunions régulières, des programmes de formation et des plates-formes en ligne. Le Réseau permet aux autorités centrales et praticiens concernés d'échanger des informations concernant leurs systèmes et procédures juridiques respectifs et de partager les bonnes pratiques. Cela leur permet de mieux préparer et répondre aux demandes d'entraide judiciaire et d'extradition²⁷³.

Dans le cadre de ce processus, WACAP compte organiser des réunions, en direct ou virtuelles, des juges et des procureurs pour échanger les expériences déjà acquises. Ces activités visent à

²⁶⁸ *Programme régional pour l'Afrique de l'Ouest (2016-2020)*, Dakar, Bureau régional de l'ONUDC pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre, 2016, à la p 54, en ligne : <https://www.unodc.org/documents/westandcentralafrica//Programme_regional_de_IONUUDC_pour_lAfrique_de_lOuest_2016-2020_2.pdf>.

²⁶⁹ Déclaration de Bamako sur l'impunité, la justice et les droits de l'Homme en Afrique de l'Ouest.

²⁷⁰ « International cooperation networks », *supra* note 245.

²⁷¹ La Communauté Economique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) est composée de quinze pays de l'Afrique de l'Ouest : Bénin, Burkina, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone, Togo et Cap-Vert (« CEDEAO (Communauté Economique Des Etats de l'Afrique de l'Ouest | Nations Unies Commission économique pour l'Afrique) », en ligne : <<https://www.uneca.org/fr/oria/pages/cedeaocommunaut%C3%A9economique-des-etats-de-l%E2%80%99afrique-de-l%E2%80%99ouest>> (consulté le 14 août 2017)).

²⁷² UNODC, Bureau régional pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre, *Programme régional pour l'Afrique de l'Ouest (2016-2020)*, Septembre 2016, à la p 54, en ligne : <https://www.unodc.org/documents/westandcentralafrica//Programme_regional_de_IONUUDC_pour_lAfrique_de_lOuest_2016-2020_2.pdf>.

²⁷³ « Réseau des Autorités Centrales de l'Afrique de l'Ouest et des Procureurs contre la criminalité organisée (WACAP) », en ligne : <<https://www.unodc.org/westandcentralafrica/fr/newrosenwebsite/criminal-justice-system/wacap.html>> (consulté le 14 août 2017).

soutenir la coopération opérationnelle, y compris les enquêtes conjointes et la création d'unités spécialisées dans la poursuite des différentes formes de crimes organisés transnationaux²⁷⁴.

La création de ceux réseaux représentent une évolution importante pour la coopération juridique internationale. Cependant, une étude de la Commission européenne publiée en 2013 a estimé que les réseaux de points de contact interaméricains et intercontinentaux qui existent n'étaient toutefois pas utilisés efficacement. Cela implique qu'il fallait encourager une meilleure mise en œuvre des canaux institutionnels disponibles²⁷⁵.

Cela dit, bien que les traités et les principes s'appliquant à l'entraide judiciaire en matière pénale mettent en relief les concepts élémentaires et le fondement juridique concernant cet outil juridique de façon claire et compréhensive, dans certains contextes spécifiques son rôle peut être mis en échec. Certains privilèges et règles anciennes du droit demeurent souvent subordonnés à des intérêts politiques et économiques, pouvant être revendiqués pour contourner les objectifs stratégiques de lutte contre la criminalité transnationale visés par le droit international. L'entraide judiciaire en matière pénale manque encore de dialogue fructueux au niveau transnational. Cela rend difficile une articulation adéquate entre les autorités de poursuite des États en ayant recours à ce type de mécanisme de coopération juridique internationale.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ Javier Luis Parra et al, Study on judicial cooperation, mutual legal assistance and extradition of drug traffickers and other drug-related crime offenders, between the EU and its Member States and Latin American and Caribbean (LAC) countries, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013, en ligne : <http://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/drug-control/docs/study-lac-judicial-coop_en_.pdf>.

Chapitre 3 - Les contraintes juridiques et institutionnelles liées à l'obtention des preuves à l'étranger par le biais de l'entraide judiciaire en matière pénale

La coopération juridique internationale en matière pénale, qui est née sous les signes de la nécessité et de la méfiance²⁷⁶, est encore confrontée à de grandes difficultés. Cela dit, aussi complet que puisse être le réseau d'accords dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale, cet outil juridique peut se révéler peu efficace. Cette inefficacité se fait sentir si « l'on ne peut pas transmettre une demande d'entraide et, en réponse, recevoir les preuves requises sous une forme utile et dans les délais voulus. Hélas, cela demeure encore trop souvent le cas »²⁷⁷. Il est ainsi important d'identifier les contraintes majeures et les voies les plus appropriées pour contourner les obstacles qui restent à franchir.

Plusieurs facteurs entravent le traitement de ces demandes et portent ainsi un retard préjudiciable au déroulement de la procédure qui a donné lieu à l'entraide judiciaire. Ces difficultés peuvent empêcher les preuves éventuellement recueillies de parvenir à sa destination, dénaturer les procédures de collecte, les rendant sous une forme peu utile aux autorités requérantes²⁷⁸. De même, elles peuvent entraîner des retards pouvant compromettre leur efficacité dans le cadre de la poursuite criminelle.

Les principaux obstacles qui peuvent entraîner des retards importants ou des incompréhensions sur les questions de procédure concernant la mise en œuvre d'une demande d'entraide ne sont néanmoins pas insurmontables. Les problèmes institutionnels ou opérationnels, tels que les exigences juridiques, peuvent être résolus à partir de la communication entre les autorités impliquées et la coordination des efforts internationaux. Par

²⁷⁶ Denise Neves Abade, « Carta Rogatória e o Auxílio Direto na Cooperação Jurídica Internacional » dans André de Carvalho Ramos et Wagner Menezes, dir, *Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, 79 à la p 81.

²⁷⁷ Prost, *supra* note 20 à la p 126.

²⁷⁸ *Ibid.*

contre, les difficultés plus générales, telles que le manque de confiance dans le système judiciaire de l'État requérant ou l'absence de volonté politique peuvent être très difficiles ou même impossibles à surmonter²⁷⁹.

Le groupe de travail d'experts convoqué par l'ONUDC à l'égard de la Convention des Nations unies de 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes a identifié que les principaux enjeux concernant l'entraide judiciaire en matière pénale sont :

- Les problèmes d'identification des points de contact;
- Les problèmes de communication entre les autorités responsables du traitement des demandes;
- Les problèmes d'infrastructure;
- Les problèmes concernant la délimitation des rôles, l'attribution de responsabilités et d'allocation des ressources consacrées aux autorités responsables du traitement des demandes;
- Les exigences procédurales et formelles définies par l'État requis qui empêchent l'exécution complète des demandes; et
- les contraintes liées à la forme et au contenu des demandes, notamment le manque de renseignements essentiels²⁸⁰.

Certaines des plaintes susmentionnées ont également fait l'objet de remarques par les États parties lors de la Convention des Nations Unies contre la corruption pendant les travaux de sa deuxième session le 27 février 2008. Les discussions menées à cette occasion apportaient des informations sur les difficultés pratiques liées à l'absence de voies de communications directes pour transmettre les renseignements essentiels à l'exécution d'une demande d'entraide²⁸¹. Le Secrétariat eut à souligner qu'en dépit des nombreux progrès qui ont été déjà accomplis dans

²⁷⁹ Stephenson et al, *supra* note 192.

²⁸⁰ Prost, *supra* note 47 à la p 120.

²⁸¹ *Rapport de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption sur les travaux de sa deuxième session*, Doc NU CAC/COSP/2008/15, aux pp 31–32 Nations Unies, 2008, en ligne : <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session2/V0851340f.pdf>>.

le domaine de la coopération internationale, « il restait encore beaucoup à faire pour améliorer la compréhension mutuelle et renforcer la confiance, élément central d'une coopération efficace »²⁸². Cette déclaration a été faite lors de la cinquième réunion intergouvernementale d'experts à composition non limitée pour le renforcement de la coopération internationale au titre de la Convention des Nations Unies contre la corruption. Cette conférence a eu lieu les 17 et 18 novembre 2016 à Vienne. En fait, le secrétariat a, de surcroît,

relevé certains domaines qui pourraient utilement faire l'objet d'une analyse approfondie, notamment la communication spontanée d'informations, la compréhension et la gestion de mesures non coercitives dans différents pays, les raisons de refus de demandes d'extradition et d'entraide judiciaire et, enfin, les délais accordés pour traiter ces demandes²⁸³.

Dans cet ordre d'idées, Kimberly Prost avance que les défis les plus importants pour l'entraide judiciaire en matière pénale renvoient à la persistance des contraintes d'ordre pratique non pas au manque de base suffisante pour la coopération. L'expérience et l'information anecdotique forment la conviction que les problèmes clés de l'entraide judiciaire sont, à plusieurs reprises, liés aux entraves juridiques et pratiques. Ceux-ci sont alimentés par les problèmes de communication et par le fonctionnement inefficace des autorités centrales et cela retarde considérablement la procédure, dans la mesure où les demandes sont présentées de manière incomplète ou incompréhensible²⁸⁴.

Le rapport du GAFI sur le Canada, par exemple, explique que 15% du temps nécessaire pour traiter les demandes d'entraide judiciaire est consacré au contrôle de Justice Canada. Les causes de retard renvoient au manque d'informations et à la réponse lente des États requérants aux demandes de clarification ou de renseignements supplémentaires²⁸⁵. Il ressort de ces exemples qu'il y a encore plusieurs obstacles à surmonter pour atteindre un idéal cohérent et

²⁸² *Rapport de la cinquième réunion intergouvernementale d'experts à composition non limitée pour le renforcement de la coopération internationale au titre de la Convention des Nations Unies contre la corruption, tenue à Vienne les 17 et 18 novembre 2016*, UN Doc CAC/COSP/EG1/2016/2, Nations Unies, 2016, à la p 7, en ligne : <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/EMIInternationalCooperation/17-18November2016/V1610163f.pdf>> (consulté le 5 juillet 2017).

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Prost, *supra* note 47 à la p 121.

²⁸⁵ FATF, *supra* note 154.

accessible pour la mise en œuvre de cet instrument juridique comme outil effectif de poursuite criminelle. Compte tenu du grand nombre de défis à relever pour la mise en œuvre effective de l'entraide judiciaire en matière pénale, ce chapitre se limite à l'analyse de deux questions prioritaires entravant l'obtention de preuves à l'étranger par le biais de cet outil. Il s'agit, d'une part, des difficultés fondées sur les obstacles juridiques et les entraves institutionnelles relatives au fonctionnement des autorités centrales. Il traite, d'autre part, de l'utilisation de la technologie de l'information pour mitiger les difficultés pratiques et juridiques les plus courantes recentrées par les États tout au long du processus depuis l'élaboration jusqu'au renvoi des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale.

3.1. Les difficultés fondées sur les obstacles juridiques

D'après Prost,

[u]n des principaux objectifs de l'entraide judiciaire est d'effectuer la soudure entre les différents systèmes de droit. Or, cet objectif ne peut être réalisé que si les autorités chargées de son exécution accueillent les demandes d'entraide judiciaire avec une attitude qui les porte à surmonter les différences, et non pas à les renforcer²⁸⁶.

À l'égard des difficultés pratiques causées par les différences entre traditions juridiques des États coopérants, il est indifférent qu'il s'agisse de droit civil, de la *common law*, ou même d'une juridiction hybride. Quelle que soit la nature de la juridiction, l'écart entre les diverses traditions juridiques nationales peut donner lieu au refus d'une demande d'entraide élaborée dans le but d'obtenir plus d'informations. Il en est de même si ces informations risquent de frustrer les praticiens qui ne maîtrisent pas les procédures et les compétences d'une juridiction en particulier²⁸⁷. Ainsi, lorsque la plupart des juristes n'ont pas été exposés à d'autres traditions juridiques, les préjugés peuvent en effet être particulièrement difficiles à franchir. Cela vaut « particulièrement pour le droit pénal, dans lequel l'immense majorité des affaires

²⁸⁶ Prost, *supra* note 20.

²⁸⁷ Stephenson et al, *supra* note 192.

plaidées devant les tribunaux relève, des points de vue factuel et procédural, d'un seul pays »²⁸⁸ selon l'ONU. Cette organisation estime que les juristes nationaux se considèrent « comme les gardiens des lois de leur pays et peuvent voir dans l'inconnu quelque chose d'inaccessible, en particulier lorsque cela peut diluer des lois destinées à régir et à protéger les citoyens »²⁸⁹. En effet, « les systèmes juridiques sont fortement ancrés dans la société, surtout chez les juristes et les magistrats »²⁹⁰. De plus, « l'obligation de “faire respecter” la loi conduit parfois à être inflexible dans son application, peut-être jamais autant que lorsque des membres d'une tradition juridique demandent à ceux d'une autre tradition d'adopter leurs manières à des fins de coopération internationale » et cela peut parfois avoir des conséquences négatives²⁹¹.

Bien que l'on ait déjà abordé ce sujet dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire pénale, plusieurs motifs de refus peuvent éventuellement aboutir à des difficultés pratiques avant la délivrance ou même au cours du traitement de la demande dans l'État requis. Or, le refus d'une demande d'entraide judiciaire pénale par l'État requis n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel par l'État requérant. Les critères de refus sont laissés à la discrétion de l'État. Ils sont rarement dus au manque de traités ou de conventions internationales²⁹² régissant les relations de coopération envisagées. Ils sont fondés sur les raisons fondées sur le droit interne de l'État requis.

Contrairement à d'autres domaines, il est de l'intérêt commun des États de coopérer pour la lutte contre la criminalité en particulier la criminalité transnationale et internationale²⁹³. Toutefois, s'agissant d'une relation intrinsèquement discrétionnaire, il n'est pas certain que l'existence d'une obligation conventionnelle renforcera l'entraide judiciaire au niveau pratique

²⁸⁸ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 à la p 8.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² « [E]nhancing mutual assistance on the ground – among the problems most often identified with mutual assistance, absence of a treaty base does not appear to be among the priority concerns » (Kimberly Prost, « The need for a multilateral cooperative framework for mutual legal assistance », dans Larissa van der Herik et Nico Schrijver, dir, *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 93 aux pp 126-27).

²⁹³ Prost, *supra* note 47 à la p 122.

lorsque, en général, aucun cadre de coopération ne peut aider à surmonter les obstacles politiques qui peuvent s'interposer entre les États coopérants²⁹⁴. Par ailleurs, il a été observé en pratique que le refus d'une demande d'entraide judiciaire basé sur l'absence d'une exigence formelle est l'exception plutôt que la règle. En réalité, les motifs de refus le plus fréquemment invoqués sont l'insuffisance de la demande elle-même et l'insuffisance d'informations requises²⁹⁵.

Dans les juridictions de *common law*, lorsqu'un État formule une demande d'entraide judiciaire pénale, il peut être exigé que l'autorité requérante signe un engagement de ne pas utiliser la preuve obtenue dans une autre affaire ou de la divulguer à un tiers²⁹⁶. Cependant, la plupart des juges d'instruction et des procureurs dans les pays de droit civil ne sont pas habitués à ces promesses et craignent que leur signature soit contestée en vertu de leur droit interne, lorsqu'ils ignorent s'ils sont légalement habilités à le faire ou pourquoi ces engagements doivent être signés avec soin²⁹⁷.

De même, au cours de certaines procédures d'entraide judiciaire, l'État requérant peut demander aux autorités des États requis de fournir des affidavits. Ceux-ci renvoient à des déclarations écrites et certifiées par serment ou affirmation solennelle qui pourront servir comme élément de preuve lors de poursuites criminelles. Toutefois, les procureurs et les juges d'instruction des pays de droit civil considèrent que des déclarations sous serment ne doivent être faites que par des témoins lorsque l'expérience montre que la signature de tels documents risque d'être remise en cause²⁹⁸.

La forme des éléments de preuve doit également être prise en compte. Les preuves reçues de l'étranger peuvent être considérées inutiles si elles ne sont pas recevables et admissibles dans le cadre juridique du pays requérant. Tel est le cas pour les déclarations de témoins. Lorsque

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Rabatel, *supra* note 22 à la p 41.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ibid.*

les exigences légales des États concernés ne sont pas équivalentes, l'État requérant doit clairement stipuler les exigences²⁹⁹ concernant la forme selon laquelle les éléments de preuve doivent être recueillis moyennement la demande d'entraide pénale requise³⁰⁰.

La méthode la plus répandue pour l'interrogation des témoins dans les juridictions de droit civil est la déposition orale devant le juge compétent. Tel est le cas en Allemagne et en Autriche où un témoin est encouragé à raconter l'histoire³⁰¹. Il peut, par la suite, être interrogé sur des questions supplémentaires³⁰². En France, d'autre part, les attestations écrites sont prédominantes et l'interrogatoire oral d'un témoin est très rarement utilisé³⁰³.

Les modèles le plus fréquemment appliqués pour l'interrogation des témoins dans les juridictions de *common law* se différencient en deux points majeurs avec les procédures utilisées dans les juridictions de droit civil. D'abord, dans les pays de *common law*, un témoin est interrogé deux fois : lors de la phase d'interrogatoire principal et au moment du contre-interrogatoire par la défense³⁰⁴. Ensuite, dans ces juridictions, la collecte de preuves (cette phase ne peut être interrompue que dans des circonstances très exceptionnelles) est une obligation incombant aux parties³⁰⁵. Elles sont censées avoir déjà préparé la totalité des éléments de preuve avant leur comparution devant le juge³⁰⁶.

²⁹⁹ « Interview by a judge or by a police officer of the requested state, or direct questioning by a prosecutor, an investigating judge, or a police officer of the requesting state; Presence of the accused or his or her counsel, or both (either in person or via videoconference); Statement made under oath by the accused, or verbatim statement or summary (procès-verbal) of the interview with the accused; Original documents or certified copies of documents » (Bernard Rabatel, « Legal challenges in mutual legal assistance » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 38 à la p 42, en ligne : Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program <<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>>).

³⁰⁰ Rabatel, *supra* note 22 à la p 42.

³⁰¹ Schlosser, *supra* note 72 aux pp 121–122.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ *Ibid.*

³⁰⁶ *Ibid.*

Comme l'explique Schlosser, « jusqu'à tout récemment, un juge anglais n'avait pratiquement aucune information préalable sur le dossier pénal relatif à une prétendue demande d'entraide judiciaire. Par conséquent, il était impossible pour le juge anglais de rédiger une demande pour obtenir des preuves à l'étranger » [notre traduction]³⁰⁷. Face à ces difficultés, un juge anglais n'aurait pas été en mesure de caractériser la nature de la procédure pour laquelle la preuve est requise. Il ne pouvait non plus élaborer les questions à poser aux personnes à examiner. La matière à traiter ne lui laissant plus, en vertu de la loi, que la possibilité de déterminer au fonctionnaire judiciaire compétent de signer un projet de demande d'entraide soumis par l'avocat de l'intéressé³⁰⁸.

Cela explique probablement pourquoi le *Serious Fraud Office* du Royaume-Uni a estimé nécessaire de prendre de mesures en vue de faciliter l'obtention des éléments de preuve à l'étranger. Cela se vérifie dans le cadre des Mémoires d'entente (*Memorandums of Understanding - MoUs*) conclus entre le SFO et le Bureau du procureur général du Brésil (*Ministério Público Federal*)³⁰⁹. Il en est de même pour l'entente entre le SFO et le Service spécial d'enquête de la République de Lituanie sur le renforcement de la coopération³¹⁰.

En ce qui concerne le droit à la protection contre l'auto-incrimination, les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale doivent spécifier si un témoin est un suspect ou une personne cible dans une enquête. Cela minimise le risque de retards en raison des différences entre les règles de preuve des pays concernés³¹¹. Il aussi est possible qu'un État requérant demande à l'État requis d'offrir l'immunité à un témoin contre des poursuites éventuelles. Cela risque d'engendrer des difficultés dans un règlement juridique de droit civil où l'octroi de l'immunité à un témoin n'est pas courant³¹².

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ « Serious Fraud Office – SFO », en ligne : < <https://www.sfo.gov.uk/downloads/mous/> > (consulté le 14 août 2018).

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ Rabatel, *supra* note 22 à la p 41.

³¹² *Ibid.*

Dans l'objectif de réduire la fréquence des refus des demandes d'entraide judiciaire en vertu des différences entre traditions juridiques des États coopérants, lors de l'évaluation mutuelle du GAFI, il a été recommandé au Canada de modifier la loi sur l'entraide juridique en matière criminelle (LEJMC)³¹³. Cette demande visait à inclure l'interception de communications privées par téléphone, par courrier électronique, par messagerie ou tout autre moyen électronique³¹⁴. Il s'agit des mesures qui peuvent être prises par les autorités en guise de réponse aux demandes d'entraide d'un pays étranger sans avoir à ouvrir une enquête au Canada³¹⁵. Les États-Unis, comme le Canada, ne fournissent des preuves recueillies par le biais d'une interception de communication privée qu'après l'ouverture d'une enquête nationale en réponse à une demande d'entraide pénale formulée par un pays étranger³¹⁶.

Les entrades judiciaires qui ont pour but la perquisition et la saisie font face à des malentendus fréquents dus aux différences entre les traditions juridiques des pays concernés. L'État requis peut décider de rejeter une demande en raison de l'insuffisance de preuves susceptibles de justifier la délivrance d'un mandat de perquisition ou en raison des exigences procédurales destinées à prévenir, par exemple, les recherches aléatoires ou à l'aveuglette³¹⁷.

Comme indiqué précédemment, le secret bancaire lui-même peut être aussi à l'origine de certaines difficultés pour l'octroi d'une demande d'entraide judiciaire pénale. Il peut notamment empêcher certains États de fournir des informations sur les activités des comptes bancaires demandées. Concrètement, si toutes les informations pertinentes ne sont pas spécifiquement citées dans une demande d'entraide judiciaire donnée, certaines juridictions peuvent limiter leur assistance uniquement aux informations concernant le compte bancaire initialement indiqué³¹⁸. Cela peut constituer un réel problème lorsque des fonds ont été transférés sur des comptes bancaires qui ne sont pas mentionnés dans la demande initiale³¹⁹.

³¹³ FATF, *supra* note 154.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ FATF, *supra* note 244.

³¹⁷ Rabatel, *supra* note 22 aux pp 42–43.

³¹⁸ Stephenson et al, *supra* note 192.

³¹⁹ *Ibid.*

En réaction, l'État requérant se trouve face à l'obligation de formuler une demande supplémentaire³²⁰. Par contre, cette démarche risque d'être inutile si la preuve disparaît ou si les fonds se déplacent à nouveau³²¹.

La prolifération de traités et de conventions internationales spécifiques peut également entraver la mise en œuvre de l'entraide judiciaire pénale. La multitude de conventions internationales en matière pénale et l'établissement de régimes juridiques différents selon le type de crime sont à l'origine de difficultés pratiques importantes provoquées par des entraves. Citons à titre d'exemple de difficultés les doutes quant aux autorités responsables, les voies appropriées de la demande, la norme applicable en fonction de l'instrument légal pertinent, entre autres³²².

Le non-respect des conventions internationales est considéré comme l'un des obstacles à surmonter en ce qui concerne l'effectivité du traitement des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale. Nous faisons allusion à la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC) et la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (Convention CTO des Nations Unies). Cela s'explique par l'absence de transposition complète et précise des dispositions prévues dans les conventions internationales dans le droit national (afin de donner effet aux conventions). Il en est de même pour l'incapacité des praticiens d'utiliser la CNUCC et la Convention CTO des Nations Unies (en raison de la formulation générale de certaines dispositions et du manque de familiarité avec ces conventions)³²³.

Il y a lieu d'analyser un élément pertinent dans l'entraide judiciaire. Il s'agit de la légalité des techniques d'enquête utilisées en vue de recueillir des éléments de preuve. Cela peut être mis en cause par les autorités de l'État requis lors d'une demande d'entraide pénale. Il est évident qu'il y a une confusion entre plusieurs aspects légaux concernant l'obtention des éléments de preuve à l'étranger. Par contre, il faut également établir un équilibre logique entre le besoin de

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*

³²² Prost, *supra* note 47 à la p 126.

³²³ Stephenson et al, *supra* note 192.

l'État requérant d'obtenir la preuve et l'observation du droit national en vigueur dans l'État requis. Dans ce sens si, par exemple, les preuves recueillies au moyen d'une écoute électronique ou d'une opération secrète d'infiltration sont irrecevables devant les tribunaux de l'État requis, celui-ci refusera très probablement une demande d'entraide qui vise à l'obtention de preuves par ces moyens³²⁴. À titre d'exemple, dans une affaire brésilienne liée à l'Opération « *Lava Jato* » (ou scandale Petrobras) concernant l'admissibilité de la preuve recueillie en Suisse, le raisonnement du Tribunal supérieur de Justice brésilien a observé que :

I - Le transfert au Brésil des activités d'enquête pénale initialement ouverte en Suisse, avec l'accord sans réserve des autorités des deux pays, est soutenu par des traités de coopération juridique qui établissent expressément que la plus large coopération doit être accordée par les pays signataires.

II – Si la plainte indique que les montants versés sur un compte bancaire à l'étranger sont issus de la pratique criminelle et s'il existe des éléments de preuves pour fonder cette imputation, il n'est pas possible d'affirmer qu'il manque de juste cause pour soutenir l'affaire pénale ou que la plainte ne satisfait aux exigences formelles en raison d'absence de description détaillée des délits antécédents.

III - Bien que les actes présumés de blanchiment d'argent aient été pratiqués à l'étranger, la loi brésilienne s'applique en cas d'indications que ce blanchiment est fait à la suite des crimes commis contre l'administration publique brésilienne, en appliquant, dans ce cas, le principe de l'extraterritorialité (article 7, I, "b", du Code pénal brésilien) [notre traduction]³²⁵.

La doctrine moderne de la territorialité admet l'exercice, par un État, de sa compétence pénale sur des actes accomplis dans un autre État si ceux-ci se rattachent à d'autres actes commis dans le premier État subséquentement à des agissements criminels ou s'ils ont des conséquences néfastes dans le premier État. Il suffit qu'il y ait un « lien réel et important » entre l'infraction et le pays. Les tribunaux canadiens peuvent reconnaître les décisions rendues dans les autres pays par l'application des principes relatifs aux moyens de défense autrefois acquit et autrefois convict. En ce qui concerne l'admissibilité de la preuve amassée à l'étranger, la Cour Suprême du Canada s'est penché sur cette question dans l'Affaire R. c.

³²⁴ Rabatel, *supra* note 22 à la p 42.

³²⁵ RHC 80618 / PR, Recurso Ordinário em Habeas Corpus, 2017/0019629-0, Ministro Félix Fischer (1109), T5 – Quinta Turma, 16/05/2017, DJe 12/06/2017.

Cook, en analysant le sujet à partir des critères tels que l'administration de la justice et l'application extraterritoriale de la loi :

Il convient de prendre en considération trois groupes de facteurs pour décider si l'utilisation de la preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice: l'effet de l'utilisation de la preuve sur l'équité du procès, la gravité de la violation et l'effet de l'exclusion de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. La question à se poser dans tous les cas est la suivante: l'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice aux yeux de l'homme raisonnable, objectif et bien informé de toutes les circonstances de l'affaire.

[...]

L'application extraterritoriale de la loi dépend dans une large mesure de la question de savoir s'il y a conflit entre les deux systèmes de droit. Le principe de la territorialité objective fait place à une application extraterritoriale inacceptable dans deux cas: en premier lieu, lorsqu'il y a conflit entre les deux systèmes de droit et, en second lieu, en cas de conflit, lorsque l'État applique ses propres lois à des événements avec lesquels son rattachement est dénué de tout caractère réel et important ou est plus faible. Le droit international exige que les revendications concurrentes de compétence, particulièrement en matière de droit pénal, soient soigneusement délimitées afin de garantir que les faits survenus à l'étranger soient rattachés de façon significative à l'État qui prétend les régir ou, en cas de conflit avec un autre État, qu'ils soient rattachés de la façon la plus significative à l'État qui prétend les régir³²⁶.

Il convient de souligner qu'un bon nombre de situations concernant l'exécution des actes de procédure nécessaires à la poursuite criminelle transnationale peuvent être légalement contestées. Les éléments de preuves recueillis à l'étranger sont susceptibles d'être rejetés si les autorités judiciaires des États concernés ne tiennent pas compte de l'application extraterritoriale de la loi tout en assurant une parfaite harmonie entre les systèmes juridiques des États concernés. Un tel équilibre implique, avec certitude, que la demande d'entraide judiciaire ait été formulée conformément aux législations nationales et aux traités et conventions internationales.

Il est pertinent d'analyser la question des brefs délais de prescription. Ces délais varient selon les règles de droit en vigueur et l'infraction visée. Les différences législatives entre les juridictions peuvent aggraver le problème. Cela peut restreindre davantage la possibilité qu'un

³²⁶ R c Cook, [1998] 2 RCS 597, 1998 CanLII 802 (CSC) aux para 10, 16, 17.

État accorde une demande d'entraide. Cette hypothèse tient dans le cas où, à partir de la commission de l'infraction, de nombreuses juridictions interdisent l'engagement des poursuites pénales après l'expiration d'un délai légal appelé période de prescription. Si la période de prescription a expiré dans les juridictions des États requérants ou dans les juridictions des États requis, ceux-ci peuvent à leur tour refuser d'accorder l'entraide judiciaire relative à la poursuite des infractions concernant le blanchiment d'argent ou même de faire exécuter une décision de confiscation³²⁷.

Les obstacles juridiques peuvent souvent donner l'impression qu'ils sont insurmontables. Même entre les pays qui ont signé et ratifié des accords bilatéraux sur l'entraide judiciaire en matière pénale, les malentendus à l'égard des différences entre les systèmes juridiques peuvent avoir un effet décourageant sur l'État requérant³²⁸. Cependant, dans de nombreux cas, ces différences peuvent être surmontées si les deux États font un effort concerté pour se renseigner sur les systèmes juridiques de l'autre pays concerné lorsqu'il y a un doute ou une question qui doit être clarifiée plus soigneusement³²⁹. Les États requérants doivent également expliquer dans la demande toute exigence procédurale à satisfaire³³⁰ de la manière la plus détaillée et efficace possible.

En effet, pour qu'une demande d'entraide soit conforme avec le cadre législatif du pays requis, il faut que le personnel de l'État requérant soit en mesure d'anticiper les problèmes potentiels. De surcroît, il doit les aborder de manière proactive afin d'éviter certains des obstacles légaux et techniques liés à la mise en œuvre effective des demandes. Malgré ces efforts, il est impossible d'assurer que ces demandes d'entraide soient exécutées à la satisfaction de toutes les parties concernées. Ce raisonnement tient lorsque cela dépend non seulement de la volonté de l'État requérant, mais surtout du fait que le fondement, le but et les implications qui en découlent directement ou indirectement sont légaux dans l'État requis. Toutefois, il est

³²⁷ Stephenson et al, *supra* note 192.

³²⁸ Rabatel, *supra* note 22 à la p 40.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ Prost, *supra* note 126 à la p 36.

possible de tirer le meilleur parti possible des renseignements et des outils pratiques disponibles visant à anticiper et à mitiger ces entraves.

3.2. Les entraves institutionnelles et les initiatives mises en place pour les surmonter

Les entraves institutionnelles renvoient à celles qui touchent au fonctionnement inefficace des autorités centrales notamment. Elles peuvent entraîner des retards importants, voire faire obstacle à l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire pénale. La mise en œuvre effective des tâches attribuées à ces organes officiels est souvent affectée par les problèmes de communication, par les barrières juridiques, par les entraves techniques et par les nombreuses formalités administratives auxquels les praticiens font face quotidiennement. Il faut considérer le fait qu'il y a d'autres raisons qui limitent les autorités centrales d'avoir un plus grand rôle sur la scène de la coopération juridique internationale et d'élargir le champ des responsabilités qui leur sont attribuées. Ces raisons sont particulièrement apparentes lorsque l'enjeu consiste, en grande partie, à déterminer la capacité technique du personnel chargé de vérifier la conformité juridique et de promouvoir la coordination administrative.

L'une des difficultés susceptibles de compromettre la mise en œuvre l'entraide pénale porte sur les entraves liées à la communication en général. Il est ainsi évident que l'établissement de contacts avec des homologues étrangers via un système de communication effective peut influencer de façon décisive les résultats d'une demande d'entraide judiciaire. Cela tient particulièrement en ce qui concerne les contacts entre les autorités centrales. Des rencontres en personne entre les homologues étrangers, notamment dans les affaires les plus importantes, contribuent à promouvoir la réussite de la coopération internationale³³¹. Cette promotion se fait lors des réunions, des conférences, des ateliers impliquant des représentants de chacune

³³¹ Brun et al, *supra* note 69 à la p 25.

des autorités étrangères³³². Cela peut contribuer énormément à faire preuve de volonté politique, facilitant des discussions sur les obstacles, les stratégies et l'aide nécessaire³³³.

Les retards en lien à l'entraide pénale causés, entre autres, par des problèmes de communication sont souvent liés au manque d'informations sur les exigences légales, à l'absence ou l'ambiguïté de points focaux, aux canaux indistincts avec peu ou pas de retour, au manque de registres accessibles au public³³⁴. De ce fait, quelle que soit la nature de la juridiction, l'écart entre les diverses traditions juridiques nationales peut engendrer de nombreuses dévolutions de demandes d'entraide³³⁵.

La coopération juridique internationale ne saurait attendre des praticiens la maîtrise de toutes les procédures et de toutes les compétences d'une juridiction en particulier. Dans ce sens, l'un des principaux problèmes qui peut être résolu en améliorant les systèmes de communication entre les États coopérants est la difficulté pour des praticiens, en particulier ceux de traditions juridiques distinctes, de comprendre la terminologie juridique contenue dans les demandes d'entraide judiciaire pénale reçues. Cette initiative peut, du même coup, réduire les motifs de renvoi anticipé (prématuré) des demandes d'entraide pénale (aux États requérants) l'objectif étant qu'elles soient dûment complétées avec plus d'informations.

Lorsque les pays de *common law* et ceux de droit civil, en général, utilisent des termes qui sont étroitement liés à leurs ordres juridiques nationaux, les demandes d'entraide pénale peuvent être mal comprises par les homologues étrangers. Ce problème d'intercompréhension se produit si les autorités centrales concernées ne possèdent pas les connaissances et aptitudes nécessaires pour dissiper des doutes concernant le lexique des termes juridiques. En vue d'illustrer cette difficulté, il y a lieu de mentionner plusieurs expressions à titre d'exemples. Premièrement, « affidavit », qui désigne une déclaration sous serment, recueillie et attestée par une personne autorisée par la loi à le faire et destinée à être utilisée dans une procédure

³³² *Ibid.*

³³³ *Ibid.*

³³⁴ Stephenson et al, *supra* note 192.

³³⁵ *Ibid.*

judiciaire. Deuxièmement, « procès-verbal » (rapport ou dossier) qui fait référence à un document dans lequel une autorité compétente reçoit des plaintes verbales ou des dénonciations, établit l'existence d'une infraction directement ou enregistre le résultat de la collecte de preuves³³⁶.

Cela fait certainement écho aux contraintes institutionnelles et juridiques dues à la diversité des systèmes juridiques, au manque de connaissances techniques ainsi qu'à la nécessité indéniable d'établir des critères bien définis et utiles à la mise en œuvre des demandes d'entraide judiciaire pénale. À cet égard, six principes directeurs ont été développés par les pays du G20³³⁷ lors du sommet de Saint-Pétersbourg en 2013. Ces principes sont basés sur la pratique et sur les mécanismes qui se sont révélés utiles pour affronter les défis connexes. Ils s'appuient sur les recommandations relatives aux meilleures pratiques découlant de la mise en œuvre de la CNUCC et de la Convention CTO approuvées par les instances des Nations Unies. Ils tiennent également des bonnes pratiques identifiées par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption.

Parmi les principes contenus dans la directive du G20, le Principe 3 établit que des mécanismes de réponse rapide à l'entraide judiciaire devraient être mis en place avec le but de : fournir des informations claires et accessibles concernant les exigences procédurales en matière d'entraide judiciaire ; assurer la transmission rapide des demandes par l'Autorité centrale aux autorités chargées de l'exécution de la demande ; maintenir des lignes de communication ouvertes et directes entre les Autorités centrales, et encourager autant que possible l'utilisation de tous les subterfuges légaux préalables pour la mise en conformité des demandes d'entraide judiciaire avant qu'elles soient soumises, ainsi qu'une certaine flexibilité quant à la manière et à la forme dans lesquelles ces demandes sont exécutées dans l'État

³³⁶ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, *supra* note 70 à la p 140.

³³⁷ Pour répondre aux besoins d'engager un dialogue international régulier sur la stabilité des marchés financiers et sur la coopération économique, le Groupe des 20 (ou G20) a été créé en 1999 en réponse à la crise financière asiatique de la fin des années 1990. Il est composé de l'Afrique du Sud, de l'Allemagne, de l'Arabie Saoudite, de l'Argentine, de l'Australie, du Brésil, du Canada, de la Chine, de la Corée du Sud, des Etats-Unis, de la France, de l'Inde, de l'Indonésie, de l'Italie, du Japon, du Mexique, du Royaume-Uni, de la Russie, de la Turquie et de l'Union européenne (Affaires étrangères Gouvernement du Canada, « Le Canada et le G20 », en ligne : AMC <http://international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/g20/index.aspx?lang=fra>).

requis³³⁸. Le Principe 4 prévoit que la coopération et la coordination entre les juridictions devraient être facilitées par des contacts directs entre les services répressifs conformément aux systèmes juridiques des pays³³⁹.

La question des entraves à la récupération de capitaux est abordée dans une étude dirigée par Kevin M. Stephenson. Cette étude a été publiée par le personnel de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement/Banque mondiale³⁴⁰. Cette étude a été réalisée dans le but d'identifier les obstacles à la récupération des avoirs et d'élaborer des recommandations pour surmonter ces difficultés. L'étude a fait des recommandations opérationnelles. Celles-ci suggèrent notamment le développement d'un site Web, l'organisation d'ateliers impliquant des praticiens internationaux et nationaux pour fournir des informations sur la façon de soumettre des demandes d'entraide judiciaire³⁴¹. Cela implique l'utilisation des termes clairs, concis et universels, ainsi que la définition de chaque terme utilisé³⁴².

Cela dit, un appel téléphonique, un courrier électronique, une vidéoconférence ou même une rencontre avec des homologues étrangers peuvent contribuer à réduire les retards et le renvoi anticipé des demandes³⁴³. Ils permettent de comprendre les exigences formelles de la juridiction étrangère, d'obtenir des renseignements supplémentaires, de mieux rédiger les demandes d'entraide judiciaire, de prendre des décisions stratégiques³⁴⁴. De même, ils aident à assurer le suivi de ces demandes, à renforcer la confiance entre les parties et à favoriser une attention et un engagement accrus à l'affaire³⁴⁵.

Il est difficile d'établir des liens personnels si on n'élimine pas les difficultés concernant les différences de langue, les restrictions d'accès à Internet et le manque de ressources. Nous

³³⁸ « G20 High-Level Principles on Mutual Legal Assistance | G20 2014 », en ligne : <http://www.g20australia.org/official_resources/g20_high_level_principles_mutual_legal_assistance.html> (consulté le 19 août 2017).

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Stephenson et al, *supra* note 192.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ Brun et al, *supra* note 69 à la p 123.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.*

faisons aux ressources permettant de financer une structure efficace de rencontres et de coopération entre les Autorités centrales désignées pour la mise en œuvre de l'entraide judiciaire³⁴⁶.

Il y a lieu de souligner le problème de la connaissance des langues étrangères. Dans la pratique, les barrières linguistiques peuvent empêcher le dialogue efficace entre les acteurs concernés. Ce problème représente un défi capital que les États doivent affronter en vue de l'amélioration de leur capacité de communication.

Dans le contexte de la Convention contre la criminalité organisée, l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime a élaboré le Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition³⁴⁷. Le but est de favoriser, parmi d'autres objectifs, une communication plus efficace entre les professionnels concernés. Ceux-ci renvoient aux autorités centrales et d'autres autorités nationales compétentes, les responsables politiques et les praticiens de la justice pénale³⁴⁸. Ils concernent également les avocats, les enquêteurs, les juges et les magistrats impliqués dans l'exécution des demandes d'entraide judiciaire et d'extradition³⁴⁹.

La volonté de promouvoir et de mettre en œuvre des méthodes de communication plus efficaces est un effort voué à l'échec si aucun progrès n'est accompli dans le domaine de la technologie de l'information. D'une manière générale, la communication entre les États concernés ne pourra être menée à bonne fin que si des moyens particulièrement efficaces et rapides sont mis en place. Les autorités impliquées dans la mise en œuvre de l'entraide judiciaire en matière pénale n'ont pas encore bénéficié des progrès technologiques de la même manière et au même rythme que la criminalité transnationale. La plupart des États utilisent encore des moyens physiques de transmission de demandes d'entraide.

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 aux pp 3–4.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*

Des efforts importants ont récemment été déployés dans le but de développer des nouveaux outils et services électroniques pour améliorer la communication dans ce domaine. Ces efforts prennent en compte également l'exactitude de l'information contenue dans les demandes d'entraide judiciaire. À Vienne, en novembre 2016, une séance d'information s'est tenue sur « des indications à suivre pour demander une aide par vidéoconférence, rédiger des demandes de transfert de la procédure pénale et requérir une aide en matière de preuves électroniques »³⁵⁰. Cette séance d'information a eu lieu lors de la cinquième réunion intergouvernementale d'experts à composition non limitée pour le renforcement de la coopération internationale dans le cadre de la Convention des Nations Unies contre la corruption.

À cette fin, l'ONUDC a développé un éventail d'outils. Ceux-ci ont pour but de promouvoir l'échange de renseignements techniques et de connaissances juridiques. Ils entendent promouvoir également la compréhension sur la procédure à suivre dans ce domaine en donnant des renseignements notamment sur le Répertoire en ligne des autorités nationales compétentes, la bibliothèque juridique en ligne et la base de données de jurisprudence relative à la traite des personnes.

Pour sa part, le Réseau continental d'échange d'informations en vue de l'entraide judiciaire en matière pénale et de l'extradition de l'Organisation des États américains comporte trois composantes d'outils et services électroniques, à savoir : un site public, un site privé et un système de communication électronique sécurisé. Le site public fournit aux 34 États membres des informations juridiques relatives à l'entraide judiciaire et à l'extradition³⁵¹. De son côté, le site privé renferme des renseignements à l'intention des représentants directement impliqués dans la coopération juridique en matière pénale³⁵². Il comprend des informations sur les

³⁵⁰ Rapport de la cinquième réunion intergouvernementale d'experts à composition non limitée pour le renforcement de la coopération internationale au titre de la Convention des Nations Unies contre la corruption, *supra*, note 282 à la p 8.

³⁵¹ « International cooperation networks », *supra* note 245.

³⁵² *Ibid.*

réunions, les points de contact dans d'autres pays, un glossaire de termes et une formation sur le système de communication électronique sécurisé³⁵³.

L'OEA utilise un système de communication électronique sécurisé qui a été développé pour assurer un environnement virtuel où s'opère l'échange d'informations et de documents pertinents³⁵⁴. Ce système est doté d'un service de messagerie électronique sécurisé (*Iber@*) entre les autorités centrales qui traitent d'enjeux liés à l'entraide judiciaire en matière pénale et à l'extradition, et d'une plateforme de réunions électroniques via internet³⁵⁵.

L'institution d'outils et de technologies modernes de communication, de renseignements et d'échange d'information, entre les autorités centrales, ouvre la voie à la réorganisation des processus d'élaboration. Elle donne ouverture également à la délivrance ainsi que la réception des demandes capables de réduire le temps requis pour le contrôle des exigences formelles et l'analyse administrative préliminaire des demandes d'entraide judiciaire qui seront acheminées, *a posteriori*, au procureur (*parquet*) ou à l'autorité judiciaire compétente.

En vue de favoriser le travail en réseau et la création de relations de coopération juridique à long terme, le fonctionnement efficace des autorités centrales exige d'autres habilités, en sus des compétences linguistiques. Par exemple, une bonne connaissance des termes liés à la branche du droit international se révèle pertinente. Il est pertinent de promouvoir les compétences des professionnels visés dans le but d'améliorer leur connaissance en matière de droit international, plus particulièrement au sujet des conventions et des accords, et du cadre légal des différents systèmes juridiques. Nous faisons allusion à ceux (conventions et accords) qui régissent la coopération juridique internationale en matière pénale.

D'une part, cela suppose que les États doivent interpréter d'une manière extensive les approches contraignantes afin de prêter rapidement l'assistance juridique pénale requise.

³⁵³ *Ibid.*

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ibid.*

D'autre part, cela implique le fait que les États établissent des voies de communication directes, souples et pratiques. Une étude de la Commission européenne a relevé que l'un des problèmes auxquels l'entraide judiciaire fait face actuellement est l'inefficacité de certaines autorités centrales. Le rapport de cette recherche a été publié en 2013³⁵⁶. L'étude porte sur la coopération juridique, l'entraide judiciaire et l'extradition de trafiquants de drogue et d'autres délinquants liés à la drogue. Elle concerne la coopération entre l'UE et ses États membres, et les pays d'Amérique latine et Caraïbes (ALC). Selon cette étude, le personnel des autorités centrales devrait suivre une formation juridique et développer une expertise institutionnelle dans le domaine de l'entraide judiciaire et de l'extradition lorsque cette défaillance est une entrave récurrente³⁵⁷.

Parmi les déficiences techniques des autorités centrales révélées par l'étude précitée, il y a lieu de mentionner trois facteurs. *Primo*, la méconnaissance de la législation applicable; cela se justifie par le fait qu'il n'y a pas de compilation disponible de toutes les conventions concernant l'entraide judiciaire et l'extradition³⁵⁸. *Secundo*, le manque de connaissance de la procédure d'analyse de ces conventions par le fait que les professionnels sont souvent incapables de déterminer quels sont les pays qui les ont signées ou même leur date d'entrée en vigueur³⁵⁹. *Tertio*, soulignons le manque de connaissances suffisantes sur les réseaux existants et sur les outils disponibles³⁶⁰.

Il résulte de ce qui précède que les demandes défailtantes, incomplètes ou incompréhensibles sont récurrentes. La fourniture erronée des données essentielles, le manque d'informations nécessaires et les traductions maladroites entraînent des retards, des malentendus ou même le refus d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale³⁶¹.

³⁵⁶ Parra et al, *supra* note 275.

³⁵⁷ *Ibid* aux pp 13–14.

³⁵⁸ *Ibid*.

³⁵⁹ *Ibid*.

³⁶⁰ *Ibid*.

³⁶¹ Stephenson et al, *supra* note 192.

Selon la liste de contrôle générale pour les demandes d'entraide judiciaire, lesdites demandes doivent comprendre certains éléments essentiels. Cette liste se trouve dans l'annexe I du Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition élaboré par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. Parmi ces éléments qui font partie de cette liste, nous mentionnons un ensemble d'informations, à savoir : l'identification des autorités concernées, les prescriptions à respecter, la traduction certifiée dans une langue spécifiée par l'État requis, le rappel de tout contact antérieur, l'information concernant un éventuel envoi de la demande par d'autres voies, l'accusé de réception de la demande, l'indication de l'urgence ou d'un délai, l'indication du degré de confidentialité requis, le fondement juridique, le résumé des faits pertinents, la description de l'infraction et de la peine encourue, la description des éléments de preuve et de l'aide requise, le lien entre la procédure et les éléments de preuve et l'aide requis, la description des procédures. En outre, il y a lieu d'expliquer si la présence d'agents de l'État requérant s'avère nécessaire³⁶².

³⁶² « • Identification. Identification de l'entité ou de l'autorité qui présente ou transmet la demande et de l'autorité qui dirige l'instruction, les poursuites ou la procédure dans l'État requérant, y compris les coordonnées de ladite entité ou autorité et, sauf contre-indication, les coordonnées des agents correspondants (voir formulaire I à l'annexe III ci-après).

- Prescriptions de forme à respecter (authentification ou certification des documents, par exemple).
- Question de savoir s'il faut ou non recourir à des services de traduction et à des traducteurs compétents qui connaissent bien la terminologie juridique des États concernés.
- Contacts antérieurs. Rappel de tout contact antérieur noué entre les agents des États requérant et requis.
- Recours à d'autres voies. Lorsqu'une copie de la demande a été ou est envoyée par d'autres voies, cela doit être clairement dit dans la demande.
- Accusé de réception de la demande. Bordereau d'accusé de réception qu'il faudra remplir et renvoyer à l'État requérant [...].
- Indication de l'urgence ou d'un délai. Indiquer clairement le degré d'urgence ou le délai à respecter pour exécuter la demande et justifier cette urgence ou ce délai.
- Confidentialité. Indiquer clairement le degré de confidentialité requis, le justifier et préciser, si l'État requis ne peut garantir cette confidentialité, s'il doit consulter l'État requérant avant d'exécuter la demande.
- Fondement juridique. Décrire les éléments sur lesquels la demande se fonde (traité bilatéral, convention ou mécanisme multilatéral ou, à défaut, réciprocité).
- Résumé des faits pertinents. Résumé des faits pertinents, y compris, dans toute la mesure possible, identification complète du délinquant présumé.
- Description de l'infraction et de la peine encourue. Description de l'infraction et de la peine encourue, assortie d'un extrait ou d'une copie des passages pertinents de la loi de l'État requérant.
- Description des éléments de preuve et de l'aide requis. Décrire précisément les éléments de preuve et l'aide requis.
- Lien entre la procédure et les éléments de preuve et l'aide requis. Décrire clairement et précisément en quoi les éléments de preuve et l'aide requis seront utiles à la procédure.
- Description des procédures. Décrire les procédures que l'État requis devra suivre pour que les éléments de preuve obtenus soient admissibles dans l'État requérant, et justifier ces procédures.
- Présence d'agents. Indication du fait de savoir si l'État requérant souhaite que ses agents ou d'autres personnes spécifiées soient présents ou participent à l'exécution de la demande, et motif invoqué.
- Langue. Toutes les demandes doivent être rédigées ou s'accompagner d'une traduction certifiée dans une langue spécifiée par l'État requis » (Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, *supra* note 18 aux pp 89–90).

Le site web des Nations Unies a élaboré des outils électroniques pour aider les praticiens à bien formuler une demande d'entraide judiciaire. Ces outils permettent d'éviter les erreurs les plus courantes trouvées dans les demandes défectueuses, incomplètes ou incompréhensibles. Parmi ces outils, le plus répandu est l'outil rédacteur de l'ONUDC communément appelé « *MLA Tool* ». Celui-ci donne aux praticiens des autorités centrales les moyens permettant de rédiger et de soumettre les demandes d'entraide judiciaire dans les meilleurs délais.

Cet outil d'aide à la rédaction de requêtes d'entraide judiciaire est disponible en anglais, en français, en espagnol, en russe, en arabe, en portugais, en bosniaque, en croate, en monténégrin et en serbe. Il entend précisément instaurer des nouvelles techniques de soutien aux États dans la rédaction de leurs demandes d'entraide judiciaire en matière pénale. Il permet de réduire les risques de désinformation autour du sujet. Cet outil permet aux praticiens de choisir, en fonction du type d'assistance mutuelle, le formulaire le plus adéquat parmi des modèles préétablis. En outre, il donne des orientations importantes à tous les aspects afférents à chacune des phases du processus de remplissage des demandes en ligne. Il y a lieu de souligner que des avertissements sont affichés automatiquement pour signaler aux utilisateurs lorsqu'une information essentielle a été éventuellement omise³⁶³. Ainsi, « [l']outil consolide toutes les données saisies et génère automatiquement une requête correcte, complète et efficace pour l'édition finale et la signature »³⁶⁴.

Afin d'apporter le maximum de soutien possible aux greffiers ou aux avocats responsables de la formulation d'une demande d'entraide, le « *MLA Tool* » n'exige pratiquement aucune connaissance préalable ou expérience en matière de rédaction de ce type de demande. Cela réduit le risque de retard ou de refus. Il peut être facilement adapté à la loi de fond et la procédure des États coopérants. Il permet à l'utilisateur de récupérer des informations clés sur

³⁶³ UNODC, *Legal tools*, Austria, Conference Support Section, Organized Crime and Illicit Trafficking Branch, Division for Treaty Affairs, 2010, en ligne : <http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Legaltools/10-52485_leaflet_Ebook.pdf>.

³⁶⁴ *Ibid.*

les traités et la législation nationale. En outre, il comprend un système de gestion intégré pour le suivi des demandes reçues et envoyées³⁶⁵.

La Division des traités de l'ONUDC organise les activités de soutien technique aux États membres dans la mise en œuvre des traités et résolutions des Nations Unies. Elle assiste également les gouvernements dans la mise en œuvre des standards et normes des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale³⁶⁶. Ainsi, dans le but d'offrir aux États et aux professionnels de la justice pénale une assistance pratique et des renseignements fondamentaux (législation nationale et internationale, doctrine, jurisprudence, etc.), l'ONUDC a développé une variété d'outils juridiques. Mentionnons, à cette fin, le portail « SHERLOC », la Bibliothèque Juridique, les Conventions internationales relatives au Contrôle des Drogues et Commentaires, l'Annuaire des Autorités nationales compétentes, les Modèles de Traités et Lois et l'Outil d'aide à la Rédaction de Requêtes d'entraide judiciaire³⁶⁷.

Le portail SHERLOC (*Sharing Electronic Ressources and Laws on Crime*) met à la disposition des praticiens d'informations concernant l'application de la Convention CTO et des trois Protocoles s'y rapportant³⁶⁸. Il fournit un répertoire électronique de lois pertinentes par rapport aux exigences de la convention et de ses protocoles. De plus, il donne aussi un répertoire des autorités nationales compétentes désignées pour recevoir, traiter et répondre aux demandes concernant l'entraide judiciaire, l'extradition et le transfèrement des détenus, le trafic illicite de migrants et le trafic d'armes à feu³⁶⁹. Il y a lieu de souligner une autre fonction très utile. Il s'agit de la base de données bibliographiques. Celle-ci met à la disposition des utilisateurs une bibliographie annotée comportant une vue d'ensemble d'articles clefs. Elle institue également des guides législatifs qui ont pour objet d'aider les États qui souhaitent ratifier ou appliquer la Convention TCO³⁷⁰. Ce portail joue un rôle important dans les efforts

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ « Outils juridiques de la Division des traités de l'ONUDC », en ligne : <<http://www.unodc.org/unodc/fr/legal-tools/index.html>> (consulté le 19 août 2017).

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ « SHERLOC (Sharing Electronic Ressources and Laws on Crime) », en ligne : <<https://www.unodc.org/cld/v3/sherloc/>> (consulté le 14 août 2017).

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid.*

de réduire le rejet des demandes d'entraide lorsqu'il offre une base de données sur la jurisprudence qui permet de voir comment les États membres traitent les affaires de criminalité organisée d'un point de vue judiciaire³⁷¹.

La Bibliothèque juridique en ligne de l'ONUDC, à son tour, met à la disposition des utilisateurs les législations nationales relatives à la mise en œuvre des conventions internationales sur le contrôle des drogues et de la convention TCO³⁷². Cette législation comporte les lois et les règlements provenant de plus de 150 États. Ces textes sont rédigés à la fois en anglais, en français et en espagnol. L'outil sur les conventions internationales relatives au contrôle des drogues et commentaires favorise l'accès à la base juridique des activités opérationnelles menées par l'ONUDC. Il met à la disposition des États les traités en lien à la criminalité, à la drogue et au terrorisme ainsi que les commentaires respectifs³⁷³. Ces deux derniers outils indiquent eux aussi que les mesures appropriées sont systématiquement adoptées en prenant en compte des entraves décrites dans les évaluations mutuelles et à l'occasion des réunions intergouvernementales d'experts, spécialistes et chercheurs concernant la méconnaissance de la législation applicable.

L'Annuaire des autorités nationales compétentes (*Online Directories of Competent National Authorities*) a été conçu comme un ensemble de trois des répertoires en ligne des autorités nationales compétentes en vertu des traités en lien avec la criminalité transnationale organisée, avec la drogue et avec la corruption. Le répertoire des autorités nationales compétentes en vertu de la Convention de Vienne de 1988 contre le trafic des stupéfiants et de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée contribue, de manière significative, à l'identification de points de contact tout en concentrant ces données dans une seule plateforme. Cet annuaire énumère les autorités désignées pour recevoir, répondre et traiter, entre autres, les demandes d'entraide judiciaire, d'extradition, de transfert de personnes

³⁷¹ *Ibid.*

³⁷² « Treaties », en ligne : <<http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/index.html?ref=menu>> (consulté le 15 août 2017).

³⁷³ *Ibid.*

condamnées ainsi que les demandes de coopération visant à supprimer le trafic illicite de drogue³⁷⁴.

Le répertoire des autorités nationales compétentes en vertu des trois conventions internationales relatives au contrôle des drogues se limite à énumérer les autorités habilitées à délivrer les certificats et autorisations pour l'importation et l'exportation de stupéfiants et de substances psychotropes³⁷⁵. Les autorités en question réglementent ou font respecter les contrôles nationaux sur les précurseurs et les produits chimiques essentiels³⁷⁶. Pour sa part, le répertoire des autorités nationales compétentes en vertu de la Convention des Nations Unies contre la corruption énumère les autorités désignées pour recevoir, répondre et traiter les demandes d'entraide judiciaire et de recouvrement d'actifs³⁷⁷. Les autorités que le répertoire désigne traitent également les demandes de partage de l'expérience nationale dans l'élaboration et la mise en œuvre de mesures spécifiques pour la prévention de la corruption³⁷⁸.

L'outil « Modèles De Traités Et Lois » de l'ONUDC a été conçu, en tant qu'instrument d'assistance technique, dans le but d'aider les gouvernements dans l'élaboration des accords internationaux et dans la mise oeuvre de leurs obligations internationales en droit interne³⁷⁹. Les modèles disponibles dans la plateforme ont été définis à la fois pour les systèmes juridiques de *common law* et de droit civil dans le but d'aider les pays à mettre leur législation en conformité aux instruments juridiques internationaux pertinents concernant la coopération internationale en matière pénale³⁸⁰. Cette coopération tient compte également du crime organisé, de la traite des personnes, de la traite illicite de migrants, des armes à feu, du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme³⁸¹. Il en est de même pour le terrorisme,

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ « Model Treaties and Laws », en ligne : <<http://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/model-treaties-and-laws.html>> (consulté le 15 août 2017).

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*

les enfants victimes et les témoins de la criminalité; la protection des témoins et le contrôle des drogues³⁸².

En Suède, par exemple, l'entraide judiciaire en matière pénale est accordée en utilisant des canaux européens, comme l'*Eurojust*. Elle est accordée également par le biais des chambres internationales des procureurs et d'une autorité centrale au Ministère de la Justice³⁸³. Les systèmes internes de gestion de cas ainsi que les directives internes de l'Autorité des Procédures suédoises favorisent le traitement rapide et prioritaire des demandes d'entraide reçues³⁸⁴. Il est possible d'avoir accès par voie électronique à des directives, des évaluations et des rappels disponibles dans un système de gestion des cas³⁸⁵. Cet accès passe par l'intermédiaire d'un réseau de systèmes de gestion de cas relié sur une base de données appelée *Cåbra*³⁸⁶. Celle-ci consigne l'état de chaque demande d'entraide³⁸⁷. Cela a rendu possible l'assistance dans un délai de deux mois comme le recommande la directive interne de l'Autorité suédoise de poursuite³⁸⁸.

Afin de réduire les délais de traitements des demandes d'entraide judiciaire relatives aux données électroniques, les États-Unis ont créé en juin 2014 le « *Cyber Unit* ». Celui-ci a réussi à adresser aux instances judiciaires nationales compétentes plus de 800 demandes d'autorisation pour obtenir des preuves électroniques³⁸⁹. Selon le GAFI, le faible niveau de priorité accordé à certaines demandes d'entraide judiciaire pénale aux États-Unis suscite des inquiétudes³⁹⁰. En réaction aux inquiétudes, il a été institué une initiative appelée « Plan de modernisation des traités d'entraide judiciaire »³⁹¹. Ce plan vise à actualiser, améliorer et accélérer le traitement des demandes de preuves³⁹². Ce plan prévoit aussi l'embauche de plus

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ FATF, *supra* note 198.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ FATF, *supra* note 244.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

de 30 procureurs, de 20 parajuristes et personnelle de soutien³⁹³. Il vise à réduire les délais de réponse pour les demandes d'entraide judiciaire pénales, l'arriéré des demandes en attente³⁹⁴. Il entend contribuer à la formation des procureurs nord-américains et étrangers sur la question³⁹⁵.

L'analyse des contraintes juridiques et institutionnelles liées à l'obtention des éléments de preuves par le biais de l'entraide judiciaire en matière pénale a montré tout d'abord que les obstacles juridiques et les entraves institutionnelles peuvent être surmontés.

Les problèmes de communication entre les autorités responsables du traitement des demandes et les difficultés d'identification des points de contact ont été progressivement remédié par des mesures adoptées dans le cadre des structures issues d'accords internationaux. Il en est de même dans le contexte régional. Citons à titre d'exemples de résolution de ce problème au niveau des accords régionaux et internationaux le réseau de coopération internationale en matière pénale. Il est matérialisé par les initiatives de l'ONU DC, de l'UE et de l'OEA. Le Réseau *Commonwealth* de personnes de contact, les points de contact désignés par chaque État membre de l'Union européenne, les réseaux de points focaux des Plates-formes de coopération pénale des pays du Sahel, entre autres, contribuent à la réussite des stratégies de ce genre.

Les contraintes liées à la forme et au contenu des demandes d'entraide judiciaire découlent nettement du faible niveau de qualification professionnelle du personnel chargé de l'élaboration de ces demandes. En dépit de ces difficultés, les outils numériques mis à disposition par l'ONU DC tels que le « *MLA Tool* », le portail « SHERLOC » et la bibliothèque juridique sont de plus en plus utilisés par ces professionnels.

Les contextes externes jouent un rôle non négligeable. Il y a un ensemble d'éléments qui dépendent du contexte externe. Il s'agit de la solution des problèmes concernant la

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ *Ibid.*

délimitation des rôles, l'attribution de responsabilités, l'allocation des ressources consacrées aux autorités responsables et l'infrastructure nécessaire pour la mise en œuvre de l'entraide judiciaire pénale au niveau national. En outre, ces éléments varient selon la volonté politique et les moyens structurels disponibles en particulier la capacité financière de chaque État.

La mitigation des entraves découlant des exigences de procédure et de fond définies par l'État requis est une question, à la fois, complexe et sensible. Cela dépend d'un engagement continu des juges et des procureurs impliqués. Cet engagement est de mise lorsque le respect des exigences légales nationales applicables à l'exécution des demandes d'entraide judiciaire (très souvent affectée par des problèmes relatifs aux différences entre les systèmes juridiques) ne doit pas empiéter sur la coopération transnationale visant la lutte contre les différentes formes de criminalité organisée.

Cela dit, les stratégies déjà mises en place pour harmoniser les procédures, accroître la confiance mutuelle et améliorer la communication entre les États reflètent, en grande partie, les efforts engagés au cours des dernières années pour rendre le fonctionnement des entrades pénales plus efficace. Les réseaux de coopération internationale en matière pénale ainsi que les outils et les services électroniques utilisés dans ce domaine sont deux exemples importants de cette tendance stratégique vers la mondialisation démocratique des mécanismes de lutte contre la criminalité transnationale. Les plateformes virtuelles ainsi que tous les efforts visant le développement des instruments didactiques offrent des fonctions visant à prévenir les erreurs les plus courantes imputables à la confection inadéquate des demandes d'entraide.

Finalement, ce dernier chapitre a démontré que les éléments liés à la communication entre les États coopérants et au fonctionnement efficace des autorités centrales ont une influence décisive sur la trajectoire de l'entraide judiciaire en matière pénale. Cette influence se manifeste lorsque le renforcement et l'ajustement de la gestion de ces points sensibles permettent aux États de surmonter les barrières logistiques, d'identifier des bonnes pratiques, d'ajuster les politiques qui nécessitent d'être améliorées ou qui posent des problèmes. Il en est de même quand il est question de mettre en place des innovations qui se montrent particulièrement utiles. En d'autres termes, l'évaluation appropriée des difficultés rencontrées

et les meilleures pratiques mises en place pour surmonter ces obstacles poussent les États à recenser constamment les entraves qui font obstacle à l'amélioration des capacités techniques et au traitement rapide et fructueux des demandes d'entraide pénale et à élaborer des propositions en vue d'y remédier.

Conclusion

L'augmentation du nombre de traités et conventions internationales au cours des dernières années a constitué certainement une nouvelle étape dans la création d'un espace judiciaire international plus intégré par les réseaux sur lesquels relient les juridictions souveraines pour lutter contre la criminalité transnationale. La nécessité grandissante d'améliorer et de perfectionner les méthodes d'interaction entre les États a tracé les contours de l'évolution des principes et des règles du droit international pénal à l'égard de la coopération juridique internationale depuis l'avènement de la *comitas gentium* jusqu'à l'émergence de l'entraide judiciaire en matière pénale.

De plus, il existe aujourd'hui un consensus croissant qui tend à souligner l'importance de la lutte contre l'impunité des crimes transnationaux graves. Ainsi, la trajectoire de la coopération juridique internationale en matière pénale a été caractérisée par des efforts déployés conjointement pour ancrer la simplification dans l'expérience pratique des parties concernées dans la mise en œuvre des enquêtes et des poursuites criminelles.

Cependant, la régularisation des relations entre les acteurs responsables de l'application de la loi et l'adaptation des différences conjoncturelles centrales entre les systèmes juridiques nationaux mises en place jusqu'à présent n'offrent toujours pas les résultats recherchés par les demandes d'entraide judiciaire en matière pénale. L'harmonisation législative et les mécanismes juridiques internationaux qui intègrent ce processus n'ont pas encore répondu à certains défis. Nous faisons allusion aux défis qui s'imposent lorsque les exigences faites par les juridictions sont souvent difficiles d'être respectées et diminuent l'efficacité des moyens formels de coopération internationale.

L'éventail d'instruments normatifs conçus pour favoriser le traitement de l'entraide judiciaire en matière pénale, pris isolément, n'est pas parvenu à transposer et à éliminer les barrières spécifiques à la mise à exécution uniforme des demandes sans avoir besoin de mesures

permettant de remédier les contraintes administratives et juridiques constatées. En effet, la mise en œuvre de l'entraide judiciaire en matière pénale est encore soumise à une procédure lourde et complexe. Celle-ci exige de grandes capacités en matière d'engagement technique ainsi que des adaptations constantes par les pays impliqués.

Ainsi, en réponse à la première question qui a guidé cette recherche, il est clairement apparu que l'évolution des instruments légaux de base applicables à l'entraide judiciaire en matière pénale n'a certainement pas réussi à mettre en place un processus homogène et concerté pour le traitement et l'exécution uniforme de cet outil juridique. Dans ce sens, il ne fait aucun doute que la mise en œuvre des entraides judiciaires en matière pénale ne doit pas être comprise comme un processus linéaire d'étapes nécessaires, mais plutôt comme un processus complexe, progressif et résilient. Le processus peut engendrer des zones grises quand il s'agit de surmonter les barrières juridiques, institutionnelles et techniques.

Étant donné que les conventions et traités eux-mêmes ne spécifient pas les étapes du processus de traitement des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale de bout en bout, ce processus doit donc être adapté à chaque situation et à sa possible solution à partir d'une approche flexible et articulée des moyens disponibles par chaque État concerné. Dans cette perspective, la mise en place normative de l'entraide judiciaire pénale peut être déterminée par une combinaison entre le droit national, les traités bilatéraux concernant ce sujet et les conventions multilatérales sur la criminalité transnationale. Il y a lieu d'harmoniser les lois de l'État requérant avec celles de l'État requis dans le but de franchir certains stades de la procédure d'exécution des demandes dans les plus brefs délais.

Néanmoins, les exigences légales et les spécificités juridiques peuvent prolonger la durée du traitement des demandes d'entraide pénale ou même servir de base à un refus. Ces entraves sont souvent liées aux différences dans les traditions juridiques, aux exigences concernant les engagements et les affidavits, à la forme des éléments de preuve, à la protection contre l'auto-incrimination, à la légalité des techniques d'enquête, au secret bancaire, aux spécificités en matière de perquisition et de saisie, au non-respect de la CNUCC et de la Convention CTO des

Nations Unies, aux lois fermes au sujet des différentes questions de preuve et de procédure, ainsi qu'aux brefs délais de prescription notamment.

Il est possible que la preuve soit collectée à l'étranger. Dans ce cas, les éléments de preuve recueillis peuvent eux-mêmes être mis en question par l'autorité judiciaire de l'État requérant. Cette mise en question peut avoir lieu si l'État requérant constate que les méthodes d'obtention pratiquées dans l'État requis ont bafoué l'administration de la justice, les principes généraux de droit ou la législation interne. En effet, l'utilisation de la preuve recueillie au moyen d'une demande d'entraide judiciaire pénale doit respecter l'équité du procès et l'administration de la justice dans toutes les circonstances de l'affaire.

Pour qu'une demande d'entraide soit à la fois en conformité avec le cadre législatif du pays requérant et celui du pays requis, les autorités impliquées doivent être en mesure d'anticiper les problèmes potentiels et de les aborder de manière proactive. Cela permettra d'éviter certaines des barrières légales et techniques liées à la mise en œuvre de ces demandes. Voilà ce qui explique l'importance du rôle des autorités centrales. Celles-ci ont été instituées comme points de contact entre les États coopérants et comme entités chargées de la vérification des conditions préalables qui doivent être respectées avant qu'une demande d'entraide puisse être accordée. Les autorités en question s'occupent également de l'examen des fondements selon lesquels elle puisse être refusée.

Les traités et les conventions internationales n'ont néanmoins pas établi la façon dont ces Autorités centrales doivent être administrées ou dotées en personnel. Il s'avéra cependant évident que la formation de ces praticiens doit comprendre au moins une expertise linguistique appropriée et une connaissance de base de toute de la législation applicable, y compris les accords, les traités, les conventions, les protocoles d'entente, les services de liaison de la police ainsi que les lois nationales qui sont à l'origine des demandes. L'autorité centrale doit donc être en mesure de contrôler et de superviser la conformité des demandes avec de nombreux instruments utilisés par différents pays.

L'inefficacité de ces entités peut entraîner le manque de coordination, l'insuffisance d'informations nécessaires, le remplissage erroné des données essentielles, les traductions maladroites. Par conséquent, cet inefficacité peut également générer des retards dans le traitement ou même l'invalidation des éléments de preuve recueillis au moyen d'une demande d'entraide judiciaire pénale entachée de vices de forme ou de procédure.

L'analyse conjointe des rapports du Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et les diverses études sur ce sujet nous a donné la possibilité donc de confirmer que certains des défauts susmentionnés ont, eux aussi, été constatés par les évaluations mutuelles. Ce constat a été fait par la doctrine et par les professionnels impliqués dans la mise en œuvre de l'entraide judiciaire pénale. Finalement, il est apparu que le traitement des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale, depuis sa préparation par l'État requérant jusqu'au moment où il est accordé une suite positive par l'État requis, est marqué par une multitude de lacunes spécifiques qui pourraient être comblées par un bon fonctionnement des autorités centrales.

En réaction aux difficultés auxquelles nous avons fait allusion, des mesures préventives ont été adoptées au niveau national et international. L'objectif de cette démarche vise à compenser le manque d'expertise personnelle concernant les compétences et les connaissances nécessaires pour la mise en œuvre réussie d'une demande d'entraide judiciaire pénale. Les mesures de soutien qui ont été mises en place récemment en vue d'améliorer le fonctionnement et l'efficacité du traitement de ces demandes comprennent, entre autres, la création des réseaux de coopération internationale en matière pénale. Ces mesures tiennent compte également du développement des outils et des services électroniques utiles à la préparation d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale mis au point à la fois par les États et par les organismes internationaux, en particulier par l'ONU.

Au niveau international, parmi les initiatives ayant des objectifs les plus ambitieux il convient de souligner le système de communication électronique sécurisé de l'OEA. Celui-ci a rendu possible un service de messagerie électronique sécurisé (Iber@) entre les autorités centrales. Il en est de même pour le portail SHERLOC qui a mis à disposition des praticiens des

informations concernant l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des trois Protocoles s'y rapportant. Il a institué également le « *MLA Tool* ». Celui-ci a instauré des nouvelles techniques de soutien aux États dans la rédaction de leurs demandes d'entraide judiciaire en matière pénale et la bibliothèque juridique en ligne de l'ONUDC.

Au niveau national, des initiatives ont été prises également. Citons à titre d'exemple le « *Cyber Unit* ». Il a été mis en place par les États-Unis pour adresser aux instances judiciaires nationales compétentes des demandes d'autorisation pour obtenir des preuves électroniques. En outre, le « *Cåbra* » a été conçu en Suède comme un réseau de systèmes de gestion de cas relié sur une base de données qui a permis à l'Autorité suédoise de poursuite d'avoir accès par voie électronique à des directives, des évaluations et des rappels disponibles dans le système de gestion des cas du ministère public international de Stockholm.

En effet, la durée de traitement des demandes d'entraide judiciaire pénale est essentielle pour un résultat utile des poursuites et des enquêtes criminelles, c'est-à-dire pour l'admissibilité des preuves amassées à l'étranger. Toutes les étapes de cette procédure sont importantes en vue de réduire le temps entre l'élaboration de la demande par le pays requérant et l'exécution des actes de procédures envisagés dans le pays requis. Dans ce sens, la mise en perspective de ce qui se produit d'un extrême à l'autre du processus d'élaboration et de traitement d'une demande d'entraide judiciaire pénale a clairement indiqué que les problèmes soulevés ne concernent pas nécessairement le contenu aride des textes légaux des accords bilatéraux, des traités ou des conventions internationales. Cela concerne de préférence les vices de forme et de fond qui, finalement, entachent les preuves collectées au moyen de l'entraide judiciaire en matière pénale.

La plupart des défauts identifiés ne s'appuient pas sur l'absence de base législative internationale, mais surtout sur l'insuffisance d'engagement quant à la mise en œuvre de meilleures pratiques. L'analyse conjointe des éléments étudiés dans notre mémoire permettent de conclure que l'entraide judiciaire en matière pénale, d'une manière générale, peut être améliorée moyennant la combinaison de la pratique des actions suivantes : harmoniser les

processus d'analyse de conformité préalable des demandes, accroître le dialogue entre les sujets impliqués, doter les autorités centrales de ressources budgétaires et techniques (personnel spécialisé et bien formé, systèmes de contrôle des demandes concernant les données statistiques et les demandes prioritaires, etc.) et engager les États en vue de mitiger l'excès des barrières bureaucratiques fondées sur la méfiance réciproque.

Finalement, il a été possible de confirmer l'hypothèse formulée initialement. En fait, après avoir été mises à la disposition de l'État requérant, les preuves recueillies s'avèrent souvent inadaptées ou insuffisantes, tant au regard de la notion de procédure équitable et efficace (conditions formelles) que du côté de la conformité avec les prescriptions de fond (conditions matérielles) applicables par le droit interne des États. Les instruments de soutien mis en place dans le but de garantir que les demandes d'entraide judiciaire pénale encadrent toutes les informations permettant que les preuves soient recueillies en conformité avec les conditions de forme et de fond fixées par chaque législation nationale. Ces conditions tiennent compte des prescriptions de forme à respecter et celles relatives au résumé des faits pertinents. Il en est de même, entre autres, pour la description de l'infraction, son fondement juridique, la peine encourue, le lien entre la procédure et l'aide requise.

Tel qu'il a été démontré tout au long de cette étude, les États qui se sont engagés au niveau international à mettre en œuvre les traités et les conventions qui visent à faciliter l'utilisation de l'entraide judiciaire en matière pénale éprouvent des difficultés pour mettre en œuvre les mesures ciblant l'exécution des actes de procédure nécessaires à la poursuite criminelle transnationale. Il a été possible de confirmer aussi que des initiatives ponctuelles ont été engagées pour informer et pour aider les praticiens (les autorités centrales, les autorités de poursuite pénale nationale, etc.) à bien formuler leurs demandes. Ces initiatives ont été prises en vue de réduire progressivement les contestations relatives à la validité des preuves recueillies à l'étranger.

Enfin, étant donné que la mise en œuvre effective de l'entraide judiciaire en matière pénale comprend un large éventail d'actions collectives et de politiques gouvernementales, les États s'engagent dans le but de promouvoir l'augmentation des ressources humaines affectées à la

conduite du processus de traitement des demandes d'entraide judiciaire pénale. En outre, ils adoptent une approche plus coordonnée pour le renforcement institutionnel et technique des autorités centrales. Ils utilisent cette stratégie lorsque la simple désignation d'un organisme national pour être responsable de la centralisation des questions de coopération juridique internationale, notamment des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale, ne suffit pas.

Dans ce sens, il convient de suggérer également que les États travaillent en concert pour mieux utiliser les technologies de l'information afin de mettre en place de nouvelles voies de communication pour l'échange d'expertise entre les homologues impliqués. Bien qu'il existe sur le site Web des Nations Unies un répertoire sécurisé en ligne indiquant les autorités centrales, les exigences matérielles et procédurales imposées par les pays pour exécuter les demandes de coopération internationale, l'élaboration d'un plan d'action stratégique et coordonné est essentielle pour améliorer l'efficacité des éléments de preuve obtenus au moyen d'une demande d'entraide judiciaire en matière pénale.

Ainsi, il faut favoriser des voies de communication directes, souples et commodes entre ces autorités centrales par le biais d'un système sécurisé à l'instar de iber@ et du model CARIN, dont les homologues étrangers peuvent être contactés directement par téléphone ou par courrier électronique. Toutefois, il y a lieu de respecter les informations confidentielles. Les réseaux de coopération juridique internationale doivent, à son tour, offrir une meilleure mise en œuvre des canaux institutionnels disponibles afin d'assurer un environnement virtuel où l'échange d'informations et de documents pertinents soit adéquatement sécurisé à l'aide de logiciels d'authentification de documents et de signatures électroniques.

De ce fait, même si nous proposons les réformes mentionnés auparavant, nous avons posé aussi la question suivante, à savoir : Est-ce que la création d'un organisme international chargé de la gestion des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale, à l'instar de l'EUROJUST³⁹⁶, serait une solution réalisable et pourrait faire face efficacement aux obstacles

³⁹⁶ « La mission d'Eurojust consiste à renforcer l'efficacité des autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites dans les dossiers de criminalité transfrontalière grave et de criminalité organisée et de traduire les criminels en justice de façon

pratiques actuels? Nous laissons cette question à d'autres chercheurs. Nous estimons, tout de même, que les États mettent en place une infrastructure favorisant principalement : la qualification technique du personnel impliqué, le perfectionnement des systèmes de communication, de transmission d'informations et de délivrance/réception des demandes d'entraide judiciaire en matière pénale. Il en est de même pour l'homogénéisation des étapes du processus d'élaboration et d'analyse de conformité de ces demandes.

Nous ne prétendons pas avoir épuisé tous les aspects de la problématique liée à la mise en œuvre de l'entraide judiciaire en matière pénale comme moyen d'obtention de preuves à l'étranger. Nous espérons, néanmoins, avoir suscité l'intérêt dans ce domaine afin de nourrir les réflexions sur les actions à mener en vue d'accorder à cet outil de coopération juridique internationale toute l'importance qui lui est due en tant qu'instrument opérationnel de poursuite criminelle transnationale.

rapide et efficace. Eurojust a pour ambition de devenir un acteur clé et un centre d'expertise au niveau judiciaire pour lutter efficacement contre la criminalité organisée transfrontalière dans l'Union européenne.

Fondée en 2002, Eurojust a pour mission de promouvoir et renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales dans la lutte contre la criminalité transfrontalière grave engagée dans l'Union européenne. Chacun des 28 États membres a détaché un représentant dans les locaux d'Eurojust, situés à La Haye. Ces représentants sont des procureurs, des juges expérimentés ou des officiers de police de compétence équivalente. Ils remplissent ensemble le mandat d'Eurojust afin de coordonner les autorités nationales à chacune des étapes d'une enquête criminelle ou de poursuites judiciaires, et résolvent également les difficultés et problèmes pratiques générés par les divergences entre les systèmes juridiques des différents États membres. Les membres nationaux sont secondés par des adjoints, des assistants et des experts nationaux détachés par les États membres. Lorsqu'un accord de coopération a été conclu entre Eurojust et un État tiers, des magistrats de liaison de cet État peuvent travailler dans les locaux d'Eurojust. Actuellement, Eurojust accueille des magistrats de liaison détachés par la Norvège et les États-Unis. Une récente décision européenne prévoit également le détachement de magistrats de liaison par Eurojust dans les États tiers. En outre, Eurojust abrite les secrétariats du Réseau judiciaire européen (EJN), du Réseau des points de contact traitant de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre, et du Réseau des Équipes Communes d'Enquête (JITs). Eurojust s'appuie sur quelque 260 collaborateurs qui veillent à répondre dans les meilleurs délais aux demandes d'assistance émanant des autorités nationales et d'autres organes européens » (EUROJUST, en ligne: <<http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/fr.aspx>>).

Bibliographie

I. Législation nationale

Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, LRC 1985, c 30, (4e supp).

II. Législation internationale

1959 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Council of Europe Treaty Series No 30, 1959.

Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, en ligne : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

Convention de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, 29 juillet 1992, 2329 RTNU 301 (entrée en vigueur : provisoirement 29 juillet 1992 et définitivement 28 octobre 1998) [ECOWAS Convention].

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 18 avril 1961, 7310 RTNU 500 à la p 95 (entrée en vigueur : 24 avril 1964).

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, 15 novembre 2000, I39574.

Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, 19 décembre 1988, 1582 RTNU I-27627.

Convention européenne sur la valeur internationale des sentences pénales, 28 mai 1970, 14098 RTNU 973 à la p 57.

Convention européenne sur la transmission de procédures pénales, 15 mai 1972, 17825 RTNU 1137.

Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale amendée par le Protocole de 2010, OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques, (entrée en vigueur : 1er juin 2011), en ligne : <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/la-convention-multilaterale-concernant-l-assistance-administrative-mutuelle-en-matiere-fiscale_9789264115682-fr#page12>.

Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, 26 septembre 1988, 658 RTNU 9432.

Inter-American Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, 23 may 1992, Treaty Series, OAS, No 75 (entrée en vigueur : 14 avril 1996).

Traité de la Paix d'Amiens, en ligne : <<<https://www.napoleon.org/histoire-des-2-empires/articles/le-traite-de-la-paix-damiens/>>>.

Traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale (avec liste et six échanges de lettres interprétatives et un échange de lettres interprétatives en date du 23 décembre 1975), 25 mai 1973, 15865 RTNU 1052 à la p 61 (entrée en vigueur : 23 janvier 1977).

OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, adopted by the Negotiating Conference on 21 November 1997.

OCDE *Accord sur l'Échange de renseignements en matière fiscale*, élaboré par le Groupe de travail composé de représentants des pays membres de l'OCDE ainsi que de délégués

d'Aruba, des Bermudes, de Bahreïn, des îles Caïman, de Chypre, de l'île de Man, de Malte, de l'île Maurice, des Antilles néerlandaises, des Seychelles et de San Marin, en ligne : <<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/echange-de-renseignements-fiscaux/33977677.pdf>>.

III. Jurisprudence canadienne

États-Unis c Cotroni, [1989] 106 CanLII (CSC).

R c Cook, [1998] 2 RCS 597, 1998 CanLII 802 (CSC).

R c Hape, 2007 CSC 26 (CanLII).

United Kingdom v Ramsden, [1996] 1527 CanLII (ON CA).

IV. Jurisprudence brésilienne

RHC 80618 / PR, Recurso Ordinário em Habeas Corpus, 2017/0019629-0, Ministro Félix fischer (1109), T5 – Quinta Turma, 16/05/2017, DJe 12/06/2017.

V. Doctrine : Monographies

- Abade, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional : extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- Bechara, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal : Eficácia da prova produzida no exterior*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- Benyekhlef, Karim. *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.
- Brun, Jean-Pierre, Larissa Gray, Clive Scott et Kevin M. Stephenson. *Asset Recovery Handbook A Guide for Practitioners*, Washington DC, World Bank Publications, 2011, en ligne : https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/asset_recovery_handbook_0.pdf.
- Fornazari Junior, Milton. *Cooperação Jurídica Internacional: Auxílio Direto Penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016.
- Gleason, Paul et Glenn Gottselig. *Les cellules de renseignements financiers : tour d'horizon*, trad par Division française des et services linguistiques du FMI, Washington DC, Fonds monétaire international, Département juridique, Département des systèmes monétaires et financiers; Banque mondiale, Division de l'intégrité des marchés financiers, 2004, en ligne : <https://www.imf.org/external/pubs/ft/FIU/fra/FIUf.pdf> (consulté le 14 août 2017).
- Kolb, Robert. *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : Théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

McClellan, John David. *International co-operation in civil and criminal matters*, 3^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Parra, Javier Luis, Amaya Arnaiz, Ángel Bodoque et Marc Robinson. *Study on judicial cooperation, mutual legal assistance and extradition of drug traffickers and other drug-related crime offenders, between the EU and its Member States and Latin American and Caribbean (LAC) countries*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2013, en ligne : http://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/drug-control/docs/study-lac-judicial-coop_en_.pdf.

Pugliese, Yuri Sahione. *Assistência mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito brasileiro*, São Paulo, LiberArts, 2015.

Rey, Alain. *dictionnaire d'apprentissage du français*, Le Robert, 2013.

Stephenson, Kevin M., Larissa Gray, Ric Power, Jean-Pierre Brun, Gabriele Dunker et Melissa Panjer. *Barriers to asset recovery: an analysis of the key barriers and recommendations for action*, Washington DC, World Bank Publications, 2011, en ligne : <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2320/632580PUB0Bar0ID0186600BOX361512B0.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulté le 13 août 2017).

Vabres, Henri Donnedieu de. *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1928.

Werle, Gerhard. *Principles of International Criminal Law*, 2^e éd, The Hague, T M C Asser Press, 2009.

Zimmermann, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*, 2^e éd, Bruxelles, Bruylant, 2004.

VI. Doctrine : Thèses et dissertations

Lesaffre, Pauline. *Les immunités des représentants de l'État face aux crimes internationaux*, mémoire de Master en droit, UCL Université Catholique de Louvain, 2015 [non publié].

VII. Doctrine : Articles de revue

Abade, Denise Neves. « Carta Rogatória e o Auxílio Direto na Cooperação Jurídica Internacional » dans André de Carvalho Ramos et Wagner Menezes, dir, *Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015, 79.

Alle, Saulo Stefanone. « Cooperação jurídica internacional e interpretação do direito interno » [2012] 81:20 *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 329.

Araujo, Nadia de, Carlos Alberto Salles et Ricardo Ramalho Almeida. « Medidas de Cooperação Interjurisdicional no Mercosul » [2005] 30 *Rev Processo* 77.

Bassiouni, Cherif. « A Comprehensive Strategic Approach on International Cooperation for the Prevention, Control and Supression of International and Transnational Criminality, Including The Establishment of an International Criminal Court » [1990] 15 *Nova Rev* 353.

- Bechara, Fábio Ramazzini. « Cooperação jurídica internacional: Equilíbrio dentre eficiência e garantismo" » dans *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos. Cooperação em Matéria Penal*, Brasília, Secretaria Nacional de Justiça, 2012, 51.
- Borgers, Matthias J. et Johanes A. Moors. « Targeting the Proceeds of Crime: Bottlenecks in International Cooperation » [2007] *Eur J Crime Crim Crim Just* 1.
- David, J. Gerber. « Extraterritorial Discovery and the Conflict of Procedural Systems: Germany and the United States » (1986) 34:4 *Am J Comp Law* 745.
- Defarges, Philippe Moreau. « La réforme de l'ONU, obsédante et impossible » (2006) 7 *Annu Fr Relat Int* 1.
- Duplessis, Isabelle. « Le vertige et la soft law: reactions doctrinales en droit international » (2007) 20 *Rev Quebecoise Droit Int* 245.
- Esquivel, Yara. « The United Nation Convention against Corruption and Asset Recovery: The Trail to Repatriation » dans *Tracing Stolen Assets: A Practitioner's Handbook*, Basel, Basel Institute on Governance, International Centre for Asset Recovery, 2009, 117, en ligne : [Tracing Stolen Assets: A Practitioner's Handbook <https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/asset-tracing_web-version_eng.pdf>](https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/asset-tracing_web-version_eng.pdf) (consulté le 12 août 2017).
- Fernandes Júnior, Raimundo Itamar Lemos. « Cooperação Judiciária: Passo Fundante para a Jurisdição Internacional » [2015] 186 *Ciênc Juríd Ad Litteras Verba* 223.
- Goldstein, Robert et Nancy Dennison. « Mutual Legal Assistance in Canadian Criminal Courts » (2002) 45 *Crim L Q* 126.

- Hymans, M. Paul. « Les débuts de la Sociétés des Nations » [1921] 2 Rev Droit Int'l Legis Comp 3d 5.
- Illuminati, Giulio. « Transnational Inquiries in Criminal Matters and Respect for Fair Trial Guarantees » dans Stefano Ruggeri, dir, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 2013, 15.
- Lisboa, Roberto Senise et Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. « Cooperação Internacional – Do Solidarismo Novecentista à Sociedade Internacional Desenvolvimentista » dans *Cooperação Jurídica Internacional*, Belo Horizonte, Fórum, 2014, 181.
- Madruça, Antenor et Luciano Feldens. « Dados eletrônicos e cooperação jurídica internacional: limites jurisdicionais » dans Vladimir Aras, Wellington Cabra Saraiva et Carlos Bruno Ferreira da Silva Silva, dir, *Temas de Cooperação Internacional*, Brasília, Ministério Público Federal - Secretaria de cooperação internacional, 2015, 47.
- Márkus, F. « L'entraide judiciaire en matière pénale comme institution du droit pénal international » [1971] 13 Acta Juridica 59.
- Martinez, Rosa Ana Morán. « La cooperación judicial internacional en el siglo XXI : Especialización y creación de unidades especializadas en las Fiscalías » dans Vladimir Aras, Wellington Cabra Saraiva et Carlos Bruno Ferreira da Silva Silva, dir, *Temas de cooperação internacional*, Brasília, Ministério Público Federal - Secretaria de cooperação internacional, 2015, 109.
- Menezes, Wagner. « Cooperação Jurídica Internacional e seus Paradoxos » dans André Carvalho Ramos et Wagner Menezes, dir, *Direito Internacional Privado e a Nova Cooperação Jurídica Internacional*, Belo Horizonte, Arraes, 2015, 17.

- Mockle, Daniel. « Mondialisation et État de droit » (2000) 41:2 Cah Droit 237–288.
- Molo, Giovanni. « Le Secret Bancaire Suisse en Matière de Fiscalité Directe et les Accords Bilatéraux II » (2006) 16 Swiss Rev Intl & Eur L 559.
- Monfrini, Enrico. « The Abacha Case », dans Mark Pieth, dir, *Recovering Stolen Assets*, Berne, Peter Lang, 2008, 41.
- Neff, Stephen. « A Short History of International Law » dans Malcolm Evans, dir, *international Law*, 4^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2014, 3.
- Prayoonrat, Seehanat. « The use of financial intelligence units for mutual legal assistance in the prosecution of corruption » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, coll 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 18, en ligne : Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program <<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>>.
- Prost, Kimberly. « International cooperation under the United Nations Convention against Corruption » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, coll 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the

Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 6, en ligne : Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program <<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>>.

———. « Practical solutions to legal obstacles in mutual legal assistance » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, coll 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 32, en ligne : Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program <<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>> (consulté le 13 août 2017).

———. « The need for multilateral cooperative framework for mutual legal assistance » dans Larissa van den Herik et Nico Schrijver, dir, *Counter Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 93.

Rabatel, Bernard. « Legal challenges in mutual legal assistance » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on*

Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program, coll 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 38, en ligne : Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program <<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>> (consulté le 13 août 2017).

Saadi, Ricardo Andrade et Camila Colares Bezerra. « A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional » dans *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos : cooperação em matéria penal*, 2^e éd, Brasília, Secretaria Nacional de Justiça do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012, 21.

Schlosser, Peter. « Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation » (2000) 284:9 Rec Cours 24.

Schmid, Jean-Bernard. « Off the beaten track: Alternatives to formal cooperation » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption : Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, coll 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Organisation for Economic Co-operation and Development and Asian Development Bank, 2006, 25, en ligne : Denying Safe Haven to the Corrupt and the

Process of Corruption: Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program <<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>>.

Trotta, Sandro Brescovit et Luciano Vaz Ferreira. « International legal cooperation in criminal matters : Historical outline » (2013) 5:1 *Sist Penal Violência* 1.

Vogler, Richard. « Transnational Inquiries and the Protection of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights » dans Stefano Ruggeri, dir, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlin, Springer Berlin Heidelberg, 2013, 27.

Whedbee, David. « The Faint Shadow of the Sixth Amendment: Substantial Imbalance in Evidence-Gathering Capacity Abroad under the U.S.-P.R.C. Mutual Legal Assistance Agreement in Criminal Matters » (2003) 12:2 *Pac Rim Law Policy* J 561.

Zacher, Mark W. « The Decaying Pillars of the Westphalian Temple: Implications for International Order and Governance » dans *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, 58.

VIII. Doctrine : Articles de périodiques

Chêne, Marie. « Mutual legal assistance treaties and money laundering », *U4 Anti-Corruption Resource Centre* (29 juillet 2008), en ligne : U4 Anti-Corruption Resource Centre <<http://www.u4.no/publications/mutual-legal-assistance-treaties-and-money-laundering/>> (consulté le 13 août 2017).

- Fortas, Anne-Catherine. « Corruption et immunités : questionnements sur la lutte contre l'impunité » (septembre 2016) 8 :10 ESIL Conference Paper Series (consulté le 27 avril 2018).
- Leigh, David, James Ball, Juliette Garside et David Pegg. « HSBC files: Swiss bank hid money for suspected criminals », *The Guardian* (12 février 2015), en ligne : <<https://www.theguardian.com/news/2015/feb/12/hsbc-files-swiss-bank-hid-money-for-suspected-criminals>> (consulté le 6 mai 2018)
- Libby, John F., Jacqueline C. Wolff et Kenneth B. Julian. « No International Double Jeopardy After U.S. FCPA Guilty Plea », *Lexology* (18 octobre 2017), en ligne : <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=dec9a38e-7c0f-49bf-89ad-0ffc715de40>> (consulté le 6 mai 2018).
- Perdriel-Vaissière, Maud. « L'affaire des 'Biens Mal Acquis' : Quels enseignements après 10 ans de combat judiciaire ? » (12 décembre 2016), *Association Sherpa* (blogue), en ligne : < [https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2017/05/L'affaire-des-Biens-Mal-Acquis'.pdf](https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2017/05/L'affaire-des-Biens-Mal-Acquis.pdf) > (consulté le 1er mai 2018).
- Prost, Kimberly. « Breaking Down Barriers : Inter-National Cooperation in Combating Transnational Crime » (1998), en ligne : *Organization of American States* <https://www.oas.org/juridico/mla/en/can/en_can_prost.en.html> (consulté le 13 août 2017).
- . « Pratique et nouvelles tendances de l'entraide judiciaire : l'avenir de la coopération internationale » (1998), en ligne : *Organisation des États Américains* <https://www.oas.org/juridico/mla/fr/can/fr_can_prost98.html> (consulté le 13 août 2017).

Shields, Michael. « Suisse: Le secret bancaire est officiellement révolu », *Thompson Reuters* (5 octobre 2018), en ligne: <<https://fr.reuters.com/article/topNews/idFRKCN1MF19B-OFRTP>> (consulté le 8 octobre 2018).

Steinman, Bill. « It's time to meet the International Foreign Bribery Taskforce », *The FCPA Blogue* (7 décembre 2016), en ligne : The FCPA Blogue <<http://www.fcablog.com/blog/2016/12/7/bill-steinman-its-time-to-meet-the-international-foreign-bri.html>> (consulté le 15 décembre 2016).

Terracol, Marie. « Mutual legal assistance and corruption », *U4 Anti-Corruption Resource Centre* (24 septembre 2015), en ligne : U4 Anti-Corruption Resource Centre <<http://www.u4.no/publications/mutual-legal-assistance-and-corruption/>> (consulté le 13 août 2017).

IX. Doctrine : Chapitres de livres

OECD, ADB. « Chapter 2 Thinking Outside the Box: Informal and Alternative Measures for Cooperation and Mutual Assistance » dans *Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption: Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program*, coll 4th Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific, présentée à Kuala Lumpur, Malaisie, 28 mars 2006, [non publié], 2006, 15, en ligne : Denying Safe Haven to the Corrupt and the Process of Corruption: Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance,

Extradition, and Return of the Process of Corruption – Capacity Building Program
<<https://www.oecd.org/site/adboecdanti-corruptioninitiative/37574816.pdf>>.

X. Doctrine : Documents des Nations Unies

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *La coopération internationale en matière pénale contre le terrorisme*, New York, Nations Unies, 2011, en ligne :
<https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/Training_Curriculum_Module3/Module_3_FR07072011.pdf>.

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Manuel sur l'entraide judiciaire et l'extradition*, New York, Nations Unies, 2012, en ligne :
<https://www.unodc.org/documents/organized-crime/Publications/Mutual_Legal_Assistance_Ebook_F.pdf> (consulté le 13 août 2017).

UNODC. *Legal tools*, Austria, Conference Support Section, Organized Crime and Illicit Trafficking Branch, Division for Treaty Affairs, 2010, en ligne :
<http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Legaltools/10-52485_leaflet_Ebook.pdf>.

XI. Rapports

GAFISUD-FATF. *Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism - Federative Republic of Brazil, Mutual Evaluation Report*, Paris, Financial Task Force on Money Laundering in South America (GAFISUD) and Financial Action Task Force (FATF), 2010, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Brazil%20full.pdf>>.

FATF. *Procedures for the FATF Fourth Round of AML/CFT Mutual Evaluations*, Paris, Financial Action Task Force (FATF), 2013, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF-4th-Round-Procedures.pdf>> (consulté le 14 août 2017).

———. *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Canada, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Financial Action Task Force (FATF), 2016, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Canada-2016.pdf>>.

———. *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - United States, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Financial Action Task Force (FATF), 2016, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-United-States-2016.pdf>>.

———. *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Sweden, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Financial Action Task Force (FATF), 2017, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Sweden-2017.pdf>>.

FATF et APG. *Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures - Singapore, Fourth Round Mutual Evaluation Report*, Financial Action Task Force (FATF) et

Asia/Pacific Group on Money Laundering (APG), 2016, en ligne : <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Singapore-2016.pdf>>.

GAFI. *Recommandations du GAFI - Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération (2012-2018)*, mise à jour février 2018, GAFI, Paris, France, en ligne : <www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/recommandations-gafi.html>.

Programme régional pour l'Afrique de l'Ouest (2016-2020), Dakar, Bureau régional de l'ONUDC pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre, 2016, en ligne : <https://www.unodc.org/documents/westandcentralafrika//Programme_regional_de_IOUDC_pour_lAfrique_de_lOuest_2016-2020_2.pdf>.

Rapport de la cinquième réunion intergouvernementale d'experts à composition non limitée pour le renforcement de la coopération internationale au titre de la Convention des Nations Unies contre la corruption, tenue à Vienne les 17 et 18 novembre 2016, UN Doc CAC/COSP/EG1/2016/2, Nations Unies, 2016, en ligne : <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/EMInternationalCooperation/17-18November2016/V1610163f.pdf>> (consulté le 5 juillet 2017).

Rapport de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption sur les travaux de sa deuxième session, Doc NU CAC/COSP/2008/15, Nations Unies, 2008, en ligne : <<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session2/V0851340f.pdf>> (consulté le 14 août 2017).

Gouvernement du Canada, Affaires étrangères. « Le Canada et le G20 », en ligne : AMC
<http://international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/g20/index.aspx?lang=fra>.

Ministério Público Federal. « Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação — Cooperação Internacional », en ligne : <<http://www.mpf.mp.br/>, <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/redes-de-cooperacao/assistencia-mutua-em-materia-penal-e-extradicao>>.

XII. Sources électroniques : Sites web

« CARIN (Camden Assets Recovery Inter-Agency Network) », en ligne : <<http://carin-network.org/french>> (consulté le 14 août 2017).

« CEDEAO (Communauté Economique Des États de l’Afrique de l’Ouest | Nations Unies Commission économique pour l’Afrique) », en ligne : <<https://www.uneca.org/fr/oria/pages/cedeaocommunaute%20economique-des-etats-de-l%E2%80%99afrique-de-l%E2%80%99ouest>> (consulté le 14 août 2017).

« Criminal Resources Manual – 279 Subpoenas. U.S. Attorneys, Resources, U.S. Attorneys’ Manual, Criminal Resource Manual, CRM 1-499, CRM 201-299 », en ligne : United States Department of Justice - Office of the United States Attorneys <<https://www.justice.gov/usam/criminal-resource-manual-279-subpoenas>> (consulté le 13 août 2017).

- « Département fédéral des finances DFF », en ligne :
<<https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/themen/wirtschaft--waehrung--finanzplatz/finanzmarktpolitik/echange-automatique-de-renseignements--ear-.html>>
- « Directories of Competent National Authorities », en ligne :
<<http://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/directories-of-competent-national-authorities.html>> (consulté le 15 août 2017).
- « EUROJUST (European Union's Judicial Cooperation Unit) », en ligne :
<<http://www.eurojust.europa.eu/Pages/languages/fr.aspx>> (consulté le 14 août 2017).
- « G20 High-Level Principles on Mutual Legal Assistance | G20 2014 », en ligne :
<http://www.g20australia.org/official_resources/g20_high_level_principles_mutual_legal_assistance.html> (consulté le 19 août 2017).
- « I-24/7 / Échange de données / Expertise / Internet / Accueil - INTERPOL », en ligne :
<<https://www.interpol.int/fr/INTERPOL-expertise/Data-exchange/I-24-7>> (consulté le 19 août 2017).
- « IberRed - Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional », en ligne :
<<https://iberred.org/pt/node/2>> (consulté le 14 août 2017).
- « International cooperation networks », en ligne : UNODC
<<http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/international-cooperation-networks.html>> (consulté le 14 août 2017).
- « INTERPOL - Historique », en ligne : INTERPOL <<https://www.interpol.int/fr/%C3%80-propos-d'INTERPOL/Historique>> (consulté le 13 août 2017).
- « Le Conseil fédéral - Le portail du Gouvernement suisse », Département fédéral des finances DFF en ligne : <<https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/themen/wirtschaft--waehrung-->

finanzplatz/finanzmarktpolitik/echange-automatique-de-renseignements--ear-.html>

(consulté le 8 octobre 2018).

« Model Treaties and Laws », en ligne : <<http://www.unodc.org/unodc/en/legal-tools/model-treaties-and-laws.html>> (consulté le 15 août 2017).

« Network Of Specialized Prosecutors Against Organized Crime », en ligne : <<http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/gptoc-refco.html>> (consulté le 14 août 2017).

« Organisation des Nations Unis, *Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale*, 1991 », en ligne : <<https://www.unodc.org/tldb/pdf/MLA%20FR.pdf>> (consulté le 14 août 2017).

« Outils juridiques de la Division des traités de l'ONUUDC », en ligne : <<http://www.unodc.org/unodc/fr/legal-tools/index.html>> (consulté le 19 août 2017).

« Réseau des Autorités centrales de l'Afrique de l'Ouest et des Procureurs contre la criminalité organisée (WACAP) », en ligne : <<https://www.unodc.org/westandcentralafrica/fr/newrosenwebsite/criminal-justice-system/wacap.html>> (consulté le 14 août 2017).

« SFO (Serious Fraud Office) », en ligne : < <https://www.sfo.gov.uk/downloads/mous/> > (consulté le 14 août 2018).

« SHERLOC (Sharing Electronic Ressources and Laws on Crime) », en ligne : <<https://www.unodc.org/cld/v3/sherloc/>> (consulté le 14 août 2017).

« Société des Nations, Pacte du 28 juin 1919, MJP », en ligne : <<http://mjp.univ-perp.fr/traites/sdn1919.htm>> (consulté le 13 août 2017).

« Transparency International », en ligne : < <https://transparency-france.org/aider-victimes-de-corruption/biens-mal-acquis/dates-clefs/> > (consulté le 1er mai 2018).

« Treaties », en ligne : <<http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/index.html?ref=menuse>> (consulté le 15 août 2017).

XIII. Procédures des conférences

Taxil, Béragère. « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes » dans Internalisation du droit, internalisation de la justice. 3e congrès de l'AHJUCAF tenu du 21 au 23 juin 2010 à la Cour suprême du Canada Ottawa, 104, Cour Suprême du Canada, 2010, en ligne : <http://www.ahjucaf.org/IMG/pdf/Internationalisation_du_droit.pdf>.

