

LES COMMISSIONS ROGATOIRES INTERNATIONALES

AUX ETATS-UNIS

La Coopération Judiciaire avec les Etats-Unis (*Extraits*)
Bernard RABATEL, Magistrat de liaison à Washington

Textes de référence :

- ✓ "5th.Amendment ",
- ✓ "Self-incrimination Rule".

Table des matières

A. INTRODUCTION	1
B. L'EXECUTION DES COMMISSIONS ROGATOIRES AUX ETATS-UNIS.....	3
1. La commission rogatoire internationale adressée aux USA	4
2. Son acheminement et son exécution.....	6

A. INTRODUCTION

Ces notions de droit procédural américain, bien connues de tous ceux qui ont fréquenté une "American law-school", doivent également être présentes à l'esprit du magistrat français qui s'apprête à rédiger sa première commission rogatoire internationale à destination des Etats-Unis.

Pourquoi ?

Il n'est, certes, pas demandé au juge d'instruction français d'être un expert de la procédure de common law américaine, mais une connaissance élémentaire de ces notions est de nature à prévenir un certain nombre de difficultés qu'il rencontrera pour faire exécuter sa commission rogatoire outre-Atlantique.

En effet, il est vrai que, la plupart du temps, les problèmes de coopération judiciaire entre la France et les USA sont à rechercher, plus dans la persistance de malentendus, que dans les différences des systèmes légaux.

Les commissions rogatoires internationales et les procédures d'extradition, que les magistrats français souhaitent faire exécuter sur le territoire américain, représentent les deux principaux domaines dans lesquels s'exerce la coopération judiciaire entre nos deux pays.

Sur quelles bases repose cette coopération ?

A ce jour, l'assistance judiciaire franco-américaine repose sur la procédure dite de "réciprocité", aucune disposition ne faisant obligation à un pays de donner une suite favorable aux demandes de l'autre.

Vous êtes peut-être informés qu'une première convention d'entraide judiciaire franco-américaine, en matière pénale, a été signée à Paris, le 10 décembre 1998. C'est exact et cet instrument bilatéral devrait permettre de faciliter, dans un futur que j'espère proche, notre coopération bilatérale. Il n'en demeure pas moins, qu'aujourd'hui, la "réciprocité" est la règle dans la mesure où la ratification de cette convention n'a pas encore en lieu.

Du côté des procédures d'extradition, il en va différemment puisqu'une première convention bilatérale a été signée, au début du siècle (1909) entre nos deux pays. Il faut savoir que ce type de conventions, dites "à liste" soulève parfois des difficultés au stade de son exécution, compte tenu notamment de l'apparition de nouvelles formes de délinquance non répertoriées par cet instrument. Il faut savoir qu'une convention d'extradition plus moderne a fait l'objet d'une signature entre la France et les Etats-Unis, en avril 1996. Dans l'attente de la ratification prochaine de ce texte par la France, la première convention demeure applicable à toutes les demandes d'extradition formées entre nos deux pays.

Je présenterai donc brièvement quelques observations sur les conditions dans lesquelles la coopération judiciaire bi latérale s'exerce actuellement entre les Etats-Unis d'Amérique et la France.

Avant, je voudrais saisir l'occasion qui m'est donnée pour dire également quelques mots sur la fonction du magistrat de liaison aux USA, poste créé en novembre 1996.

Nommé par arrêté du Garde des Sceaux et du Ministre des Affaires Etrangères, le magistrat de liaison exerce sa fonction dans le cadre administratif de la mise à disposition auprès du Ministère des Affaires Etrangères.

En poste à Washington, il dispose d'un bureau au United States Department of Justice (Office of International Affairs) où il travaille en étroite collaboration avec ses collègues. Aux Etats-Unis, le magistrat de liaison a, également, un bureau à l'Ambassade de France.

Un magistrat américain (Assistant United States Attorney) exerce des fonctions similaires au Ministère de la Justice à Paris. Monsieur Geoffrey Brigham, en fonctions à Paris jusqu'en juillet dernier, vient d'être remplacé par Mademoiselle Elizabeth Farr.

Outre le suivi de l'exécution des commissions rogatoires internationales et des procédures d'extradition, le magistrat de liaison informe régulièrement le Ministère de la Justice de l'évolution de la législation américaine dans le domaine judiciaire (lutte contre la criminalité High-Tech, contre les trafics de produits stupéfiants, contre le blanchiment, réforme des procédures concernant la délinquance des mineurs, réformes des législations sur les armes, place de la présomption d'innocence, principales décisions rendues par la Cour Suprême ...).

Rattaché au Service des Affaires Européennes et Internationales du Ministère de la Justice, il est également conduit à participer à des négociations concernant le domaine judiciaire, notamment dans le cadre de la conclusion d'accords bilatéraux, (travaux du G7/P8, travaux à l'ONU...)

B. L'EXECUTION DES COMMISSIONS ROGATOIRES AUX ETATS-UNIS

Comme il vient d'être indiqué, en l'absence de convention liant les Etats-Unis et la France dans le domaine de l'entraide judiciaire, les commissions rogatoires sont exécutées aux USA conformément aux dispositions de procédure pénale applicables dans ce pays.

L'organisation fédérale des Etats-Unis pourrait laisser penser que ces dispositions peuvent varier selon le lieu géographique d'exécution de la commission rogatoire. Je dois en effet rappeler, que contrairement à notre pays, il n'existe pas aux USA un système judiciaire, mais en réalité un par Etat, soit 50, auxquels il convient d'ajouter le système fédéral. Même si les Etats ont des systèmes judiciaires qui présentent une spécificité propre, force est cependant de constater qu'ils reposent sur des fondations communes.

Les particularités du fédéralisme n'interfèrent cependant pas dans l'exécution des commissions rogatoires, dans la mesure où celle-ci relève de la compétence du gouvernement fédéral.

En effet, les commissions rogatoires sont reçues au Département Américain de la Justice, à Washington, et exécutées par les autorités judiciaires fédérales, conformément aux dispositions du Code Fédéral de Procédure Pénale (*Fédéral Criminal Code and Rules, Titre 28, Articles 1781 et 1782*).

Le cadre général étant défini, j'aborderai successivement, sous la forme de "conseils":

- ✓ la commission rogatoire internationale adressée aux USA (sa présentation, son contenu, ses annexes),
- ✓ son acheminement et son exécution aux USA.

1. La commission rogatoire internationale adressée aux USA

Je dois tout d'abord indiquer que le nombre de commissions rogatoires adressées aux Etats-Unis par des magistrats français a connu, ces dernières années, une augmentation sensible.

Une autre caractéristique de cette évolution réside dans la complexité des procédures qui donnent désormais lieu à la poursuite des investigations des juges d'instruction français sur le sol américain. De plus en plus de commissions rogatoires portent sur des infractions à caractère économique et financier.

Elles nécessitent souvent des investigations multiples, qui doivent être exécutées dans plusieurs Etats des Etats-Unis.

Avoir l'esprit de synthèse est certainement une qualité pour un magistrat, mais la concision peut parfois nuire à la compréhension des mesures d'assistance demandées par la Justice française aux Etats-Unis. J'ai plusieurs fois constaté, à la lecture de l'exposé des faits figurant dans certaines commissions rogatoires, que le lien devant normalement exister entre, d'une part les faits de nature pénale et, d'autre part les actes à effectuer aux Etats-Unis, n'apparaissait pas très clairement.

Cette impression personnelle serait sans conséquence si mes collègues du Département de la Justice à Washington n'étaient pas amenés à faire une constatation semblable dans certains dossiers. Il faut, en effet, ne pas perdre de vue que la plupart des pièces de la procédure d'information ne sont pas joints à la commission rogatoire, ce qui ne facilite pas la compréhension de la mission demandée. Il faut, à ce stade, préciser que le 4^e amendement à la Constitution des Etats-Unis exige, pour toute délivrance de mandats, la démonstration qu'il existe ce que l'on appelle des présomptions suffisantes ("*probable cause*"). Il s'agit d'une exigence importante qui, parfois, bloque l'exécution d'une commission rogatoire, en particulier en matière de perquisitions.

C'est pourquoi, non seulement il est nécessaire de présenter un exposé aussi complet que possible des faits, mais également d'indiquer clairement le lien qui existe entre ces faits constitutifs d'une ou plusieurs infractions et, par exemple, le témoin dont on demande l'audition. Par ailleurs, en cas de doute, il convient de lever toute incertitude sur une éventuelle prescription de l'action publique.

Bien entendu, les textes répressifs doivent être joints ainsi que certaines pièces de la procédure qui facilitent la compréhension de la mission, le tout traduit en langue anglaise. Sur ce plan, il convient de proscrire l'usage d'extraits de procès-verbaux qui soulève régulièrement des questions de la part des avocats américains. Cette exigence, particulièrement importante en

matière d'extradition, est également à prendre en considération en ce qui concerne les commissions rogatoires internationales. Il convient donc, s'il est nécessaire de joindre la copie d'une pièce du dossier d'instruction, de la produire en intégralité et de la faire traduire, également, en intégralité. Il est, en effet, arrivé à un témoin ou à son conseil de prétendre qu'un passage du procès-verbal, en français, contredisait celui traduit en anglais.

En ce qui concerne les **auditions de personnes** ("interviews"), il est important de préciser en quelle qualité ces personnes doivent être entendues. Il faut en effet savoir qu'aux Etats-Unis nul ne peut, conformément au 5e Amendement à la Constitution des Etats-Unis, être contraint de témoigner contre lui-même ("self-incrimination rule"). La protection contre l'auto-incrimination est un principe fondamental du déroulement du procès de common law, à un point tel que cette protection est "constitutionnalisée" aux Etats-Unis. Il en résulte qu'une personne dont l'audition est demandée, soit en qualité de témoin, soit en qualité de personne mise en examen, peut refuser de faire une déclaration qu'elle considère de nature à contribuer à sa mise en cause personnelle. Le droit au silence permet à tout accusé de refuser de témoigner sans subir de conséquences de ce refus. Même si cette protection fait l'objet de nombreux débats aux USA, elle semble néanmoins particulièrement enracinée dans la tradition judiciaire nord-américaine au point que, depuis 1965, la Cour Suprême estime que les commentaires du Juge ou de l'accusation sur le silence de l'accusé violent le 5e Amendement

Il existe un moyen utilisé fréquemment par les procureurs américains pour contourner cette difficulté, espèce de contrat conclu entre le Gouvernement Fédéral et le témoin. Elle consiste à accorder au témoin une immunité qui l'exonère de toute poursuite ultérieure exercée sur la base de ses déclarations. Dès lors que l'immunité est accordée ("grant of immunity"), le témoin ne peut plus invoquer les dispositions du 5e Amendement.

Seul inconvénient majeur pour les commissions rogatoires françaises exécutées aux Etats-Unis : notre procédure pénale ne permet pas à un juge d'instruction d'accorder une telle immunité à un témoin.

Je pourrais, si nécessaire, citer plusieurs procédures qui n'ont pas pu être exécutées pour cette raison.

En ce qui concerne les **demandes de perquisitions et de saisies** ("searches of premises & seizures"), il convient non seulement de fournir des indications aussi précises que possibles en ce qui concerne l'adresse du lieu où elles doivent être effectuées, l'identité du propriétaire, la nature des objets susceptibles d'y être découverts, leur lien avec les faits commis, ainsi que les raisons qui permettent de présumer leur présence dans ce lieu. Ainsi, lorsque les enquêteurs fondent leur présomptions sur les déclarations d'un témoin qui a souhaité conserver l'anonymat (informateur), il convient de préciser pourquoi un crédit peut-être raisonnablement accordé à un tel témoignage (par exemple, en indiquant que ce témoin, connu des services de police, a déjà fourni dans le passé, des informations qui se sont révélées être exactes).

Une autre exigence de la procédure américaine, difficile à satisfaire il est vrai dans bien des dossiers : il ne faut pas qu'une période de temps "déraisonnable" se soit écoulée entre la date de commission des faits et la perquisition demandée, ou entre la connaissance de la présence plausible des objets dans le lieu en question et cette demande de perquisition (notion de "fresh evidence").

Il va sans dire que toute demande ainsi libellée est à proscrire .- "Procéder à des perquisitions en tout lieu utile et procéder à la saisie de tout ..."

Je rappellerai que le 4e Amendement à la Constitution des Etats-Unis exige du juge américain la vérification de l'existence de "probable cause", avant de signer un mandat de perquisition.

En ce qui concerne les demandes **d'écoutes et d'enregistrements de conversations téléphoniques** ("wiretyping"), celles-ci bénéficient de la même protection constitutionnelle garantie par le 4e Amendement.

S'agissant des documents bancaires, dont la production est souvent demandée dans le cadre d'une commission rogatoire, il y a lieu de donner le maximum de précisions (nom de l'établissement bancaire, adresse de l'agence, nom du titulaire du compte et, si possible, le numéro, ainsi que la nature des documents à saisir), pour permettre de répondre à la demande du juge d'instruction .

Compte tenu de la spécificité de la procédure pénale américaine qu'il ne m'est pas possible de développer dans ce cadre, le magistrat instructeur français doit, s'il souhaite que sa commission rogatoire conserve un caractère de confidentialité, le demander expressément.

2. Son acheminement et son exécution

Une première observation : avant d'envoyer sa commission rogatoire, le juge d'instruction a la possibilité, s'il le souhaite, de consulter le magistrat de liaison sur un ou plusieurs points qu'il estime nécessaires.

Je dois dire que je suis fréquemment saisi de demandes de la part de collègues qui m'interrogent tant sur la présentation de leur commission rogatoire que sur son mode d'acheminement.

D'une manière générale, je conseille à mes collègues de m'adresser par fax une copie de leur commission rogatoire, au moins en même temps qu'ils la font parvenir à la Chancellerie par la voie du Parquet Général.

Cette pratique présente, à mon avis, plusieurs avantages:

- ✓ elle me permet parfois d'appeler par avance l'attention d'un collègue sur une difficulté susceptible de se présenter au stade de l'exécution de sa demande d'assistance aux USA;
- ✓ elle me permet également, si nécessaire, de la communiquer officieusement à mes collègues du Département de la Justice qui, chaque fois que cela est possible, acceptent bien volontiers d'en prendre connaissance sans attendre son arrivée par la voie diplomatique. Je pourrais citer plusieurs exemples en ce sens. Cette pratique permet non seulement de ne pas différer l'exécution de la commission rogatoire, entre son envoi par le juge d'instruction et sa réception par la voie diplomatique, au Département d'Etat à Washington. Mais il est vrai qu'il est difficile, dans certains cas, de commencer son exécution sans disposer en même temps des pièces annexes, indispensables à sa compréhension.

Une autre raison milite également en faveur de l'envoi d'une copie de la commission rogatoire au magistrat de liaison : lorsque le juge d'instruction souhaite qu'un officier de police judiciaire assiste à l'exécution de la commission rogatoire aux Etats-Unis, il lui en délivre généralement une copie sans attendre, non seulement son envoi officiel mais aussi sa traduction. Cet officier de police judiciaire ne manque alors pas d'appeler, soit l'Attaché de police à l'ambassade, soit le magistrat de liaison, pour se renseigner sur les dates de sa venue aux USA. Dans un tel cas, il est donc préférable que le magistrat de liaison soit lui aussi en possession, le plus rapidement possible, d'une copie de la commission rogatoire.

Je précise que les autorités judiciaires américaines n'exécutent pas les commissions rogatoires qui sont transmises par la voie d'INTERPOL.

Lorsque le Département de la Justice reçoit une commission rogatoire, qui lui est adressée soit directement par l'intermédiaire du magistrat de liaison (la transmission à la Chancellerie devant intervenir parallèlement), soit par la voie diplomatique, elle fait tout d'abord l'objet d'un examen sur les points que je viens de développer. Elle est ensuite adressée pour exécution au Bureau du Procureur Fédéral ("*United States Attorney's Office*") compétent territorialement.

Le Procureur Fédéral a plusieurs procédures à sa disposition pour exécuter la commission rogatoire:

- l'audition d'un témoin, la production de documents ou la remise de pièces peuvent avoir lieu directement si ce témoin ou si le gardien des documents ou pièces acceptent volontairement de répondre à la demande du magistrat instructeur ;

- ✓ dans l'hypothèse contraire, il doit en revanche saisir un juge pour obtenir la délivrance d'une citation ("*subpoena*") mettant en demeure le témoin de comparaître, ou le gardien de remettre les documents ou pièces en sa possession;

- ✓ un mandat ("*search warrant*") est nécessaire pour procéder à la perquisition sollicitée par le magistrat instructeur français.

C'est donc dans ces deux dernières hypothèses que le juge peut vérifier l'existence des "*probable cause*" que j'ai évoquées il y a quelques instants.

Il faut également savoir que la commission rogatoire peut faire l'objet d'une contestation devant une juridiction fédérale. Dans une affaire, cette contestation est intervenue le jour même de l'interrogatoire d'une personne mise en examen et détenue pour autre cause aux Etats-Unis. La mise en oeuvre de cette voie de recours a eu pour effet de suspendre l'exécution de la commission rogatoire dans l'attente de la décision du juge fédéral saisi de cette contestation. Je dois ajouter que le magistrat instructeur français, qui avait effectué le déplacement aux USA pour assister à l'interrogatoire, a dû alors rentrer en France, dans la mesure où il ne pouvait pas attendre sur place la décision du juge.

C'est une des raisons pour lesquelles, avant de répondre aux demandes de déplacement du juge d'instruction ou des officiers de police judiciaire, les autorités fédérales américaines attendent généralement que le Procureur chargé de l'exécution de la commission rogatoire ait procédé aux premières démarches auprès des témoins ou de leurs conseils, afin de connaître leur position au regard des règles de procédure applicables aux Etats-Unis.

Une fois en possession de ces éléments, les autorités judiciaires fédérales informent alors le magistrat ou les officiers de police judiciaire de leur réponse.

Cette procédure est parfois mal comprise, le plus souvent de la part des enquêteurs, qui aussitôt qu'ils sont en possession de la commission rogatoire sollicitant leur déplacement aux Etats-Unis, téléphonent pour indiquer qu'ils projettent de se transporter dans les jours qui suivent aux USA.

Je dois d'ailleurs rappeler que tout déplacement de magistrat ou d'officier de police judiciaire, dans le cadre de la commission rogatoire, doit être au préalable autorisé par le Département de la Justice qui est la seule autorité qualifiée pour répondre à ces demandes. Le non-respect de cette procédure (comportement qui peut, le cas échéant, caractériser une infraction pénale au regard de la législation fédérale américaine) a eu pour effet, dans le passé, de contraindre des enquêteurs à rentrer en France sans avoir pu assister à l'exécution de la commission rogatoire. Cette situation est particulièrement préjudiciable tant à la qualité des bonnes relations existant entre nos deux pays qu'à la bonne exécution de l'enquête.

En cas de doute, je conseillerais à mes collègues de me contacter, dans la mesure où le magistrat de liaison est destinataire des autorisations de déplacement délivrées par le Département Américain de la Justice. Il m'arrive d'ailleurs assez fréquemment d'intervenir pour faciliter l'obtention de cette autorisation.

Plusieurs procédures peuvent être utilisées aux USA pour procéder à **l'audition de témoins**.

Il faut d'abord rappeler que le greffier tel que nous le connaissons en France n'existe pas aux Etats-Unis. Les déclarations sont intégralement transcrites par un "*Court Reporter*", professionnel qui exerce une activité libérale et qui facture ses prestations selon un tarif prenant en compte à la fois le temps passé et le nombre de pages transcrites.

La prise en charge de ces frais, qui peuvent parfois être conséquents, soulève régulièrement des difficultés.

Les autorités américaines demandent aux autorités françaises de régler ce type de dépenses. Il en est de même en ce qui concerne les frais d'interprétariat. Cette précision est généralement donnée par le Département de la Justice dans sa réponse adressée aux autorités judiciaires françaises.

J'attire en conséquence régulièrement l'attention de mes collègues sur ce point, dans la mesure où le règlement de ce type de dépenses engagées en dehors du territoire national n'est souvent pas pris en compte, par les services financiers rattachés aux juridictions françaises. La convention d'entraide judiciaire franco-américaine, signée en décembre 1998, prévoit que ce type de dépenses est à la charge de la partie requérante. Cette précision reposant désormais sur un accord bilatéral, il y a lieu de penser que ces problèmes financiers seront résolus quand ce texte aura été ratifié.

Dans l'attente, il est donc indispensable, si le magistrat français estime nécessaire la présence d'un "*Court Reporter*", de s'assurer que ce professionnel pourra être effectivement être réglé. Je précise qu'il arrive que le "*Court Reporter*" demande un règlement immédiat...

Le magistrat de liaison est régulièrement saisi de ces problèmes.

Afin de contourner cette difficulté, certains collègues choisissent de faire recueillir les déclarations de témoins par enregistrement audiophonique, moyen expressément prévu par la convention d'entraide judiciaire franco-américaine de 1998.

Dans d'autres cas, un "procès-verbal" des déclarations peut-être établi par un agent du FBI : ce "procès-verbal" comporte généralement une description des opérations conduites par l'agent et la transcription indirecte des propos du témoin. Pour prévenir d'éventuelles contestations sur la validité de ce document, le Département Américain de la Justice invite l'agent du FBI à apposer sa signature et à demander au témoin de faire de même sur ce document qui se présente, en réalité, plus comme un procès-verbal de synthèse que comme un procès-verbal d'audition.

En ce qui concerne les interprètes, certains personnels de nos consulats acceptent parfois, avec bonne volonté, de prêter leur concours à l'exécution des commissions rogatoires françaises. Je dois également ajouter que certains agents du FBI ou d'autres agences acceptent également de temps en temps de servir d'interprètes.

Jusqu'à présent, dans la mesure où j'ai été informé suffisamment à l'avance, une solution a pu toujours être trouvée.

Nos représentants consulaires aux Etats-Unis peuvent également prêter leur concours à l'exécution des commissions rogatoires françaises. Lorsque, par exemple, l'audition d'un témoin français est demandé, il est possible au juge d'instruction d'adresser (par le canal de la Chancellerie) sa commission rogatoire au Consul Général compétent. La seule condition mais d'importance : le témoin doit accepter de déposer volontairement.

J'ajouterai que le magistrat français, s'il souhaite être présent lors de l'audition du témoin au consulat, doit non seulement le demander dans sa commission rogatoire, mais aussi notifier aux autorités américaines son déplacement aux Etats-Unis.

Dès que j'ai connaissance de la demande d'un collègue, je prends contact avec le Consul Général pour l'en informer et répondre à ses interrogations éventuelles sur la manière de procéder.

Cette procédure est toutefois à éviter pour des procédures complexes (blanchiment par exemple) ou lorsqu'il est à prévoir que le témoin ou son avocat vont soulever des problèmes de procédure. La commission rogatoire, dans ces hypothèses, doit être transmise aux autorités judiciaires américaines.

Qu'advient-il des pièces d'exécution de la commission rogatoire transmise aux USA ?

Une fois les actes accomplis, les pièces sont retournées au magistrat instructeur par la voie diplomatique.

Depuis 1997, en accord avec le Département de la Justice et le Département d'Etat, une nouvelle procédure d'acheminement des pièces, afin qu'elles parviennent au magistrat instructeur dans les meilleurs délais.

Sans aborder ici le détail de cette procédure, je préciserai seulement que les pièces sont transmises directement par le Département Américain de la Justice à notre ambassade à Washington qui les fait parvenir aussitôt en France. Dans le même temps, le juge d'instruction est avisé par courrier de cette transmission. Auparavant, plusieurs mois étaient, parfois, nécessaires pour assurer le retour en France des pièces d'exécution des commissions rogatoires.

Sur un plan matériel, je conseille aux juges d'instruction de mentionner leurs numéros professionnels de téléphone et de télécopie sur leur commission rogatoire, pratique qui, dans de nombreux cas, permet au magistrat de liaison de les contacter directement et d'éviter des retards dans l'exécution de leurs demandes d'entraide.

(...)

Coordonnées du magistrat de liaison aux Etats-Unis :

Bernard Rabatel
Senior Liaison Legal Advisor
U.S. Department of Justice
Office of International Affairs
P. O. Box 2 733 0
Washington, D.C 20038-7330
U.S.A.
Tél: 1-202-616-0555
Fax: 1-202-514-0080

Bernard Rabatel
Magistrat de liaison
Ambassade de France aux Etats-Unis
4101 Reservoir Road, N. W
Washington, D.C 20007
USA
Tél/fax: 1-202-944-60-33