

# ***Le Memorandum of Understanding dans le domaine de l'entraide judiciaire***

## ***Sens et utilité d'une forme de coopération souple***

### **1. Contexte**

La nouvelle stratégie conventionnelle de l'OFJ dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale<sup>1</sup> prévoit le recours accru à des instruments de coopération plus souples (*soft law* ou *droit mou*) dans les relations avec les Etats avec lesquels il n'est pas indiqué de signer des traités internationaux. Elle utilise le terme de Memorandum of Understanding (MoU) pour ce type d'instrument bilatéral juridiquement non contraignant. Cette forme de coopération n'est pas nouvelle pour la Suisse dans le domaine de l'entraide judiciaire. Un MoU a par exemple été signé avec la Russie juste après l'effondrement de l'URSS<sup>2</sup> parce qu'une coopération plus formelle n'était pas encore possible. Cette voie a permis de réunir de premières expériences bilatérales, qui ont été utiles par la suite dans la coopération organisée sur la base des instruments du Conseil de l'Europe.

D'autres départements recourent aussi à l'instrument du MoU depuis longtemps. De par son origine<sup>3</sup>, il est aussi utilisé comme promesse d'accord, l'idée étant d'évaluer de manière non contraignante, mais non sans forme, la possibilité d'une coopération plus approfondie et l'éventualité d'accords ultérieurs<sup>4</sup>.

Ce document vise d'abord à replacer le terme de MoU – et surtout la forme de coopération qu'il recèle – dans le contexte du droit international et à évoquer la manière dont cet instrument peut être utile dans la pratique de l'entraide judiciaire (sous 2.). Il s'agit enfin d'examiner la question de savoir ce qu'il faut au MoU pour qu'il puisse déployer ses effets (sous 3.).

### **2. Portée des MoU dans le droit international**

Même si un MoU n'a pas force obligatoire, l'instrument n'est pas sans portée. Il peut être, selon la manière dont il est conçu, un élément de *droit mou*. Ce terme désigne les instruments ou les normes qui ne sont pas du « droit » en soi, mais qui revêtent une telle importance, à l'intérieur d'un cadre de référence juridique, qu'ils peuvent jouer un rôle<sup>5</sup>.

Quand un domaine du droit est contesté politiquement, on peut être tenté de recourir au *droit mou* : lorsqu'il est irréaliste de conclure un traité international contraignant, la question se pose de savoir si on ne doit pas préférer le *droit mou* à l'absence de toute réglementation<sup>6</sup>. Il peut être bon, dans pareille situation, de coopérer sans accord formel mais via un MoU. C'est un moyen de placer les relations entre les Etats impliqués à un autre niveau : la conclusion d'un MoU signale que les gouvernements ont pris la décision de se rapprocher et d'aborder plus en profondeur la coopération dans le domaine de l'objet à régler. Pour insister sur cette intention, il est important que les MoU soient conclus au *niveau ministériel*, et non par des membres de l'administration. Au-delà de leur portée

<sup>1</sup> « Strategie Staatsvertragsnetz im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen », approuvée le 12.04.2013 par la conseillère fédérale Simonetta Sommaruga.

<sup>2</sup> La Suisse a conclu un MoU avec la Russie, en 1994, dans le domaine de l'entraide judiciaire, avant que cette dernière n'adhère en décembre 1999 à la Convention européenne d'entraide judiciaire.

<sup>3</sup> Le terme de MoU est tiré du droit anglo-américain des affaires. Les pré-contrats, notamment dans le contexte des achats d'entreprises, y sont appelés MoU. Ils contiennent les points clés du futur contrat sous la forme de déclarations d'intention juridiquement non contraignantes.

<sup>4</sup> Comme le MoU conclu entre le DFE et le Brésil, signé par Doris Leuthard le 08.02.2007, visant à court terme la création d'une commission économique bilatérale, mais à plus long terme, explicitement, l'exploration d'accords économiques, cf. communiqué de presse sous <<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=10738>>, (consulté le 25.02.2013).

<sup>5</sup> Cf. SHAW MALCOLM N., *International Law*, 6<sup>e</sup> éd., Cambridge, 2008, p. 117. L'acte final d'Helsinki fondant la CSCE, signé en 1975, est un exemple d'instrument de droit international qui – bien que non contraignant – a fortement marqué la réalité juridique et politique jusqu'à l'effondrement de l'URSS et propagé l'idée des droits humains universels.

<sup>6</sup> SHAW, op. cit., p. 118, a observé que les règles de droit mou sont particulièrement nombreuses dans le droit international économique et environnemental, sans doute en raison de ce fait.

symbolique, ils permettent de convenir de certains processus formels et de contacts directs entre les unités administratives des deux Etats. Sans oublier qu'un élément de droit mou qui a fait ses preuves peut prendre une forme contraignante, que ce soit par la conclusion d'un traité formel ou la création de droit international coutumier<sup>7</sup>.

Au vu de ces avantages, et notamment de la *souplesse tactique* dont bénéficient les gouvernements dans la négociation, le droit mou a gagné en importance dans un passé récent<sup>8</sup>. La Belgique et la Turquie ont par exemple eu recours il y a peu à l'instrument du MoU pour approfondir leur coopération bilatérale en matière pénale<sup>9</sup>. La Suisse fait en outre appel aux MoU dans le domaine des relations entre forces armées, où la coopération est particulièrement délicate en raison du principe de neutralité tout en ne pouvant rester informelle<sup>10</sup>.

### 3. Utilité des MoU dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale

Les MoU présentent aussi de nombreux avantages dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale. La Suisse dispose en eux d'un instrument qui lui permet d'examiner un rapprochement de près sans devoir pour autant créer immédiatement des droits et des devoirs mutuels. Et aussi d'accéder de manière plus souple à des systèmes juridiques qui se distinguent substantiellement du sien, et ne correspondent peut-être pas non plus à ses standards en termes d'Etat de droit et de droits humains. Un MoU peut donc être un premier pas vers une coopération plus approfondie et plus efficace en matière pénale<sup>11</sup>. C'est dans cette optique qu'il faut considérer l'adoption du MoU en tant qu'instrument de la stratégie conventionnelle de l'OFJ.

Mais pour qu'un MoU soit utile au praticien, au-delà de sa portée symbolique et politique, il faut deux choses :

1. Le MoU ne doit pas se limiter aux seuls aspects d'une déclaration politique, mais viser des progrès concrets tels que contacts directs entre services centraux ;
2. Le MoU doit être connu en Suisse. C'est seulement si le public et les praticiens ont conscience de l'existence d'un MoU que celui-ci peut représenter un plus.

En ce qui concerne le premier point, les *aspects pratiques*, l'unité Traités internationaux veillera dans les négociations à toujours garder à l'œil l'utilité d'un éventuel accord

Pour ce qui est de l'*aspect de la connaissance* de l'existence des MoU, la question centrale est celle de leur *publication*. L'idéal serait le RO et le RS, mais des dispositions légales sur la publication y sont contraires<sup>12</sup>.

Les MoU conclus sont publiés dans le Guide de l'entraide judiciaire (dans la rubrique du pays, sous « Bases légales principales »). Les praticiens y ont donc directement accès. Les MoU sont également signalés sur le site internet de l'OFJ, dans le domaine « Entraide judiciaire internationale en matière pénale », rubrique « Accords bilatéraux »<sup>13</sup>, pour en faciliter l'accès aux médias et à un plus large public.

Pour améliorer encore la perception des MoU dans le public, un communiqué de presse est publié lors de leur conclusion, avec un lien vers le texte du MoU en question.

<sup>7</sup> Dans ce processus, le droit mou est un indicateur important de l'élément de l'opinio iuris.

<sup>8</sup> SHAW, op. cit., p. 118, renvoie à une étude du département d'Etat américain

<sup>9</sup> Cf. Réunion ministérielle Belgique-Turquie, Bruxelles, Palais d'Egmont, 22 janvier 2013, communiqué de presse conjoint, à consulter sous <[http://countries.diplomatie.belgium.be/fr/pays\\_bas/newsroom/news.jsp?id=210291](http://countries.diplomatie.belgium.be/fr/pays_bas/newsroom/news.jsp?id=210291)> (consulté le 25.02.2013).

<sup>10</sup> Cf. les informations figurant sur le site Web du DDPS, à consulter sous <[http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/themen/internationale\\_kooperation/streitkraeftebeziehungen.html](http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/themen/internationale_kooperation/streitkraeftebeziehungen.html)> (consulté le 25.02.2013).

<sup>11</sup> Cf. l'exemple de la Russie mentionné plus haut (n. 2).

<sup>12</sup> Cf. art. 3, al. 2, LPubl en relation avec l'art. 2 OPubl.

<sup>13</sup> Adresse :

<[http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/sicherheit/internationale\\_rechthilfe/rechthilfe\\_in\\_strafsache/rechtliche\\_grundlagen.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/themen/sicherheit/internationale_rechthilfe/rechthilfe_in_strafsache/rechtliche_grundlagen.html)> (consulté le 06.02.2013). Peut-être faudrait-il rebaptiser la rubrique « Accords bilatéraux et MoU ».

#### **4. Condensé**

Même si le MoU n'est pas un traité international contraignant, il présente le potentiel d'initier l'ère des relations formelles dans les rapports entre Etats. L'instrument peut amener des progrès utiles dans la pratique, par ex. en rendant possible des contacts directs entre des services centraux dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale. Il doit pour se faire être rendu public et accessible. Mais surtout, le MoU doit être considéré dans son contexte politique : il prépare la voie d'une coopération approfondie avec des Etats dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale. La première étape – celle de la conception d'un MoU – peut être suivie d'autres.

Le MoU est prédestiné à jouer un rôle de pionnier : parce qu'il ne vise pas d'effet contraignant, il n'a pas le même tirant d'eau qu'un traité. C'est précisément la raison pour laquelle il peut être utilisé pour la navigation dans des eaux qui ne seraient pas navigables sinon.