



Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée

Distr. générale
12 mai 2020
Français
Original : anglais

Groupe de travail sur la coopération internationale

Vienne, 7 et 8 juillet 2020

Point 3 de l'ordre du jour provisoire*

Coopération internationale faisant intervenir des techniques d'enquête spéciales

Coopération internationale faisant intervenir des techniques d'enquête spéciales

Note d'information établie par le Secrétariat

I. Introduction

1. Ces dernières années, on a assisté à un changement important en ce qui concerne les méthodes utilisées pour détecter les infractions et enquêter à leur sujet ainsi que la nature des enquêtes, l'accent étant davantage mis sur les enquêtes proactives fondées sur le renseignement. En outre, les moyens technologiques permettant de recueillir secrètement des informations ont également progressé rapidement, faisant souvent intervenir des techniques d'enquête spéciales. Les criminels recourant à des moyens de plus en plus sophistiqués, les méthodes de détection et d'enquête doivent également évoluer et s'adapter pour suivre le rythme.
2. Les techniques d'enquête spéciales se distinguent des méthodes d'enquête traditionnelles et font notamment appel à des techniques secrètes et à des technologies. Elles sont particulièrement utiles pour faire face à des groupes criminels organisés complexes, car il est difficile et dangereux d'accéder à leurs opérations et de réunir des informations et des preuves aux fins de poursuites au niveau national.
3. Il faut trouver un juste milieu entre, d'une part, la nécessité d'enquêter sur la criminalité, y compris la criminalité transnationale organisée, et d'autre part, le respect des droits et des libertés de la personne lors de l'utilisation de techniques d'enquête spéciales. Dans la plupart des pays, la collecte de preuves par ces techniques exige le respect strict d'un certain nombre de garanties contre les éventuels abus de pouvoir. En outre, l'utilisation accrue de techniques d'enquête spéciales doit être soigneusement évaluée pour garantir que les éléments de preuve recueillis de la sorte au cours des enquêtes satisfont aux exigences en matière de preuve applicables dans les procédures pénales ultérieures.
4. Le présent document d'information a été établi par le Secrétariat pour faciliter les discussions que le Groupe de travail sur la coopération internationale doit tenir à sa onzième réunion au titre du point 3 de l'ordre du jour provisoire. Il est axé sur l'article 20 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, tout en tenant compte également de l'évolution du cadre juridique

* CTOC/COP/WG.3/2020/1.



international et de la jurisprudence, l'objectif étant d'appuyer les discussions qui se tiendront au sein du Groupe de travail sur les différents aspects juridiques et pratiques de l'application de l'article 20, ainsi que sur les moyens pratiques de promouvoir la coopération internationale faisant intervenir des techniques d'enquête spéciales, y compris les mesures de sauvegarde utilisées dans le cadre de cette coopération internationale. Lors des discussions, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner, entre autres, les questions suivantes :

- a) Quels sont les enseignements tirés de l'utilisation de techniques d'enquête spéciales dans le cadre d'enquêtes sur la criminalité transnationale organisée ?
- b) Quelles sont les bonnes pratiques relatives à la gestion des techniques d'enquête spéciales dans le cadre d'enquêtes sur la criminalité transnationale organisée qui ne compromettent pas les droits et libertés des personnes suspectes et des tiers ?
- c) Quelles sont les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de méthodes d'enquête proactives portant sur des affaires de criminalité transnationale organisée ?
- d) Quelles sont les garanties les plus efficaces et les plus couramment utilisées contre l'utilisation abusive de techniques d'enquête spéciales dans le contexte des affaires de criminalité transnationale organisée ?
- e) Quelles sont les bonnes pratiques pour garantir la recevabilité des preuves recueillies dans les affaires de criminalité transnationale organisée en recourant à des techniques d'enquête spéciales dans d'autres pays ?

II. Aspects définitionnels

5. Il n'existe pas de définition arrêtée sur le plan international de ce que sont les « techniques d'enquête spéciales ». La Convention contre la criminalité organisée, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 et la Convention des Nations Unies contre la corruption ne fournissent pas de définition. On a tenté de délimiter le concept – équivalent – de « moyens d'enquête spéciaux », qui sont perçus comme les moyens ou les techniques utilisés pour recueillir des éléments de preuve, des renseignements et des informations de manière discrète afin de ne pas alerter les personnes faisant l'objet d'une enquête¹.

6. Il convient de noter que, dans sa recommandation [Rec\(2005\)10](#) aux États membres sur les « techniques spéciales d'enquête » en relation avec les infractions graves, y compris les actes de terrorisme, adoptée le 20 avril 2005, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a défini les « techniques spéciales d'enquête » comme des techniques appliquées par les autorités compétentes dans le cadre d'enquêtes pénales cherchant à dépister ou à enquêter sur des infractions graves et des suspects, avec pour objectif de recueillir des informations de telle sorte que les personnes visées ne soient pas alertées.

7. En outre, au sens de l'alinéa i) de l'article 2 de la Convention contre la criminalité organisée, l'expression spécifique de « livraison surveillée » est définie comme la « méthode consistant à permettre la sortie du territoire, le passage par le territoire, ou l'entrée sur le territoire d'un ou de plusieurs États, d'expéditions illicites ou suspectées de l'être, au su et sous le contrôle des autorités compétentes de ces États, en vue d'enquêter sur une infraction et d'identifier les personnes impliquées dans sa commission ».

¹ Voir Conseil de l'Europe, *The Deployment of Special Investigative Means* (Belgrade, 2013), p. 12.

III. Types de techniques d'enquête spéciales

8. La Convention contre la criminalité organisée fait référence à l'utilisation appropriée des livraisons surveillées (voir sect. IV.D ci-dessous) et prévoit, lorsque les autorités compétentes d'un État partie le jugent approprié, le recours à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que décrites ci-dessous.

A. Surveillance électronique

9. La surveillance électronique comprend la surveillance audio et visuelle, la localisation et la surveillance des données². L'utilisation des techniques électroniques de collecte d'éléments de preuve est généralement régie par la législation et, dans la plupart des pays, par l'utilisation d'un système d'autorisation, en particulier en cas de surveillance électronique dans des lieux privés³.

10. Les législations nationales définissent en termes différents les circonstances et les conditions de délivrance d'une autorisation de recourir à la surveillance électronique. Il faut généralement qu'il y ait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction pertinente a été, est ou sera commise. Parmi les autres facteurs à prendre en considération figurent la gravité de l'infraction faisant l'objet de l'enquête, la valeur probante des éléments susceptibles d'être obtenus grâce à la surveillance, l'existence d'autres moyens d'obtenir les éléments de preuve recherchés et la question de savoir s'il est dans l'intérêt de l'administration de la justice de délivrer cette autorisation⁴.

11. Les cadres réglementaires contiennent souvent des dispositions spéciales pour les situations d'urgence ou de crise nécessitant le recours immédiat à la collecte de preuves électroniques ou à l'interception de communications. Ce qui constitue une urgence est généralement une menace grave et imminente pour la sécurité nationale, les personnes ou les biens, mais peut également inclure des circonstances dans lesquelles des preuves précieuses pourraient être perdues sans le recours à la surveillance⁵.

B. Autres formes de surveillance

12. D'autres formes de surveillance comprennent, d'une part, la surveillance et l'observation physiques, qui sont généralement moins intrusives que la surveillance électronique et consistent à placer une cible sous surveillance physique. D'autre part, elles peuvent également s'étendre à la surveillance des comptes bancaires dans le cadre d'enquêtes financières.

C. Opérations d'infiltration

13. Le recours à des agents infiltrés, qui peuvent ou non faire partie d'une opération globale d'« infiltration », est utile dans les cas où il est très difficile d'accéder par des moyens conventionnels aux activités de criminels ou de groupes criminels organisés et qu'il est par conséquent nécessaire d'infiltrer des réseaux criminels ou de se faire passer pour des délinquants pour découvrir des activités criminelles.

14. Les éléments de preuve fournis par un « initié », qu'il s'agisse d'un agent de police infiltré ou même d'un coconspirateur, peuvent être essentiels à la réussite des

² *Current Practices in Electronic Surveillance in the Investigation of Serious and Organized Crime* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.09.XI.19), p. 2.

³ Sheelagh Brady, « Policing TOC: the national perspective – challenges, strategies, tactics » dans *International Law and Transnational Organized Crime*, Pierre Hauck et Sven Peterke, dir. publ. (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 482.

⁴ *Current Practices in Electronic Surveillance*, p. 19.

⁵ *Ibid.*, p. 26.

poursuites. En outre, l'apport de ces preuves concluantes amène souvent les prévenus à coopérer et à consentir des reconnaissances de culpabilité, ce qui permet d'éviter des procédures judiciaires longues et coûteuses (voir également l'article 26 de la Convention contre la criminalité organisée). Des problèmes peuvent toutefois se poser en ce qui concerne la légalité du recours à des agents infiltrés et des opérations d'infiltration ou la recevabilité des preuves recueillies par ces moyens (voir sect. VI.B ci-dessous), en particulier en raison des préoccupations relatives au piégeage et aux éventuelles violations des droits de la personne, ainsi qu'aux ressources, à la durée et au coût de ces opérations.

D. Autres techniques d'enquête spéciales

15. Les exemples d'« autres techniques d'enquête spéciales » énumérés au paragraphe 1 de l'article 20 de la Convention contre la criminalité organisée ne sont pas exhaustifs et les autres techniques qui pourraient être utilisées, si cela est jugé utile, sont notamment celles décrites ci-après.

1. Utilisation d'informateurs

16. Le recours à des informateurs par la police aide à résoudre et à prévenir des actes criminels. Contrairement aux témoins, les informateurs ne sont pas appelés à comparaître et, dans certains pays, il n'est pas obligatoire de préciser leur rôle⁶.

17. Un informateur est une personne qui établit ou maintient une relation personnelle ou autre avec une autre personne dans le but de faciliter une action qui utilise secrètement cette relation pour obtenir des informations ou des preuves ou pour donner accès à toute information ou preuve à une tierce personne ; ou divulgue secrètement des informations ou des preuves obtenues par l'utilisation d'une telle relation, ou en conséquence de l'existence d'une telle relation⁷.

18. Il est essentiel de comprendre la différence entre informations confidentielles et informations non confidentielles et de traiter en conséquence la divulgation de l'identité des informateurs, en particulier lorsque l'informateur est étroitement lié à l'activité criminelle. En tout état de cause, pour recourir à un informateur, il convient de demander l'avis d'un cadre supérieur, d'un procureur ou de la magistrature, afin de garantir la recevabilité des preuves recueillies. Compte tenu de la nature transnationale de nombreuses affaires de criminalité organisée, il est indispensable que les enquêteurs connaissent leur propre législation ainsi que celle des pays avec lesquels ils coopèrent.

2. Techniques associées aux enquêtes financières

19. Le recours aux institutions financières pour identifier les opérations financières suspectes et les rapports qu'elles communiquent aux cellules de renseignement financier fournissent aux enquêteurs des informations sur les mouvements de fonds illicites et leurs liens avec les suspects. Dans ce contexte, le recours à des techniques d'enquête spéciales (écoutes téléphoniques, mandats de perquisition, interrogatoires de témoins, ordres de perquisition et de saisie, injonctions de produire et décisions de surveillance de comptes) concerne l'examen de documents financiers ou l'accès à des documents détenus par des enquêteurs habitués à « suivre la trace de l'argent », recueillir des renseignements commerciaux et financiers, identifier des stratagèmes illégaux complexes et capables d'agir rapidement pour éviter la dispersion des avoirs⁸.

⁶ Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDDC), *Bonnes pratiques de protection des témoins dans les procédures pénales afférentes à la criminalité organisée* (Vienne, 2008), p. 22.

⁷ Voir Conseil de l'Europe, *The Deployment of Special Investigative Means* (Belgrade, 2013), p. 12.

⁸ Jean-Pierre Brun *et al.*, *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners* (Washington, 2011), p. 163.

3. Techniques pour recueillir des preuves électroniques

20. L'examen des fondements juridiques des pouvoirs d'enquête exercés dans la collecte de preuves électroniques révèle que les approches adoptées sur le plan national sont très variées. Néanmoins, les États semblent s'accorder sur les types de pouvoirs d'enquête auxquels il devrait être possible de recourir pour collecter des preuves électroniques. Parmi les mesures évoquées figurent : la protection rapide des données informatiques ; l'injonction de produire des données stockées relatives au contenu, des données stockées relatives au trafic ou des données relatives à l'abonné ; la collecte en temps réel des données relatives au contenu ou au trafic ; la perquisition de matériel ou de données informatiques ; la saisie de matériel ou de données informatiques ; l'accès transfrontière à un système ou à des données informatiques ; et le recours à des outils criminalistiques à distance⁹.

21. Compte tenu de leur nature même, les preuves électroniques sont fragiles. C'est pourquoi des précautions spéciales doivent être prises pour identifier, collecter, conserver et examiner ce type de preuves. La nature volatile des preuves électroniques pose également des problèmes en matière de coopération internationale, tels que les retards dans les réponses aux demandes, le manque de volonté et de souplesse de la part de l'autorité à laquelle les preuves sont demandées et la forme sous laquelle les preuves sont fournies à l'autorité requérante.

22. De nombreux pays ont commencé à mettre en place des structures spécialisées chargées d'enquêter sur les infractions pour lesquelles il existe des preuves électroniques, mais les ressources et les capacités dont disposent ces structures sont souvent insuffisantes. Alors que l'existence de preuves numériques se banalise dans les enquêtes sur des infractions « classiques », les services de détection et de répression auront probablement besoin d'acquérir des compétences de base et de les mettre à profit (CTOC/COP/WG.3/2015/2, par. 12).

IV. Cadre normatif : article 20 de la Convention contre la criminalité organisée

A. Paragraphe 1 de l'article 20 : livraisons surveillées et autres techniques d'enquête spéciales dans les cadres juridiques nationaux

23. Conformément au paragraphe 1 de l'article 20 de la Convention contre la criminalité organisée, si les principes fondamentaux de son système juridique national le permettent, chaque État partie, compte tenu de ses possibilités et conformément aux conditions prescrites dans son droit interne, prend les mesures nécessaires pour permettre le recours approprié aux livraisons surveillées et, lorsqu'il le juge approprié, le recours à d'autres techniques d'enquête spéciales, telles que la surveillance électronique ou d'autres formes de surveillance et les opérations d'infiltration, par ses autorités compétentes sur son territoire en vue de combattre efficacement la criminalité organisée.

1. Éléments constitutifs de la disposition

a) « Si les principes fondamentaux [du] système juridique national le permettent »

24. Bien que le paragraphe 1 soit formellement contraignant, l'obligation est soumise aux principes fondamentaux du système juridique interne d'un État partie. Par conséquent, l'utilisation des techniques d'enquête devrait avoir un fondement adéquat dans la législation nationale, c'est-à-dire une ou plusieurs lois accessibles au public avec un régime d'autorisation qui soit judiciaire (ou, du moins, qui intègre un

⁹ Voir ONUDC, *Étude détaillée sur la cybercriminalité (Ébauche)* (février 2013), p. 129, établie par l'ONUDC pour examen par le Groupe d'experts chargé de réaliser une étude approfondie sur la cybercriminalité, et E/CN.15/2018/6, par. 29.

contrôle judiciaire). L'interférence avec certains droits de la personne, tels que le droit à un procès équitable¹⁰ et le droit à la vie privée¹¹ (voir ci-dessous), doit être prise en compte.

25. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'expression « prévue par la loi » se réfère également à la qualité de la loi en question. Cela signifie que la mesure en question doit être compatible avec la prééminence du droit, accessible au public pour qu'il puisse exercer son contrôle et en prévoir les conséquences¹².

26. L'exigence de prévisibilité signifie qu'une règle est formulée de manière suffisamment précise pour permettre aux personnes de régler leur conduite. Elle implique en outre que le droit interne doit offrir à la personne une certaine protection contre les ingérences arbitraires des autorités publiques. Le terme « arbitraire » est un concept fondamental de l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (« Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée... »), qui est le cadre juridique dans lequel le Comité des droits de l'homme, en sa qualité de dépositaire du Pacte, examine les questions relatives à la légalité et à l'opportunité des mesures de surveillance dans le cadre de son mécanisme d'examen de la législation *in abstracto*¹³. La Cour européenne des droits de l'homme a également noté dans diverses affaires que la loi doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions elle habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures secrètes¹⁴.

27. La Cour, à travers sa jurisprudence sur les mesures secrètes de surveillance, a mis au point un ensemble de garanties minimales qui devraient être introduites statutairement pour éviter les abus de pouvoir en ce qui concerne ce qui suit : la nature des infractions qui peuvent donner lieu à une ordonnance de surveillance ; les catégories de personnes susceptibles de faire l'objet d'une telle mesure ; une limitation de la durée de la surveillance ; la procédure à suivre pour l'examen, l'utilisation et la conservation des données obtenues ; les précautions à prendre lors de la communication des données à d'autres parties ; et les circonstances dans lesquelles les enregistrements peuvent ou doivent être effacés ou détruits. En outre, l'organisme qui délivre les autorisations devrait être indépendant¹⁵ et il devrait y avoir soit une forme de contrôle judiciaire, soit un contrôle par un organisme indépendant

¹⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 10, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14, Convention américaine des droits de l'homme, art. 8, Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 7, et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 6.

¹¹ Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 12, Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 17, Convention américaine des droits de l'homme, art. 11, et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 6.

¹² Commission européenne des droits de l'homme, *Malone c. Royaume-Uni*, requête n° 8691/79, arrêt du 2 août 1984, par. 66 et 67 ; *Leander c. Suède*, requête n° 9248/81, arrêt du 26 mars 1987, par. 50 et 51 ; et *Kopp c. Suisse*, requête n° 23224/94, arrêt du 25 mars 1998, par. 63 et 64.

¹³ Le terme « arbitraire » a été redéfini par le Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 35 (2014) sur l'article 9 (Liberté et sécurité de la personne), bien que dans le contexte différent de la « détention arbitraire », de la manière suivante : « L'adjectif 'arbitraire' n'est pas synonyme de 'contraire à la loi', mais doit recevoir une interprétation plus large, intégrant le caractère inapproprié, l'injustice, le manque de prévisibilité et le non-respect des garanties judiciaires, ainsi que les principes du caractère raisonnable, de la nécessité et de la proportionnalité » (CCPR/C/GC/35, par. 12). L'application de cette norme juridique lors de l'examen du caractère « arbitraire » de la surveillance en ligne semble inviter à évaluer la prévisibilité de l'application des pouvoirs de surveillance, l'impartialité de la procédure régissant leur application, le risque d'utilisation excessive et la disponibilité de garanties contre les abus.

¹⁴ Commission européenne des droits de l'homme, *Kopp c. Suisse*, par. 64 ; *Khan c. Royaume-Uni*, requête n° 35394/97, arrêt du 12 mai 2000, par. 26 ; et *Taylor-Sabori c. Royaume-Uni*, requête n° 47114/99, arrêt du 22 octobre 2002, par. 18.

¹⁵ *Malone c. Royaume-Uni*, par. 67.

sur l'activité de l'organisme émetteur¹⁶. L'interception de communications ordonnée uniquement par le ministère public sans possibilité de contrôle préalable par un juge ne répond pas aux normes d'indépendance requises¹⁷.

b) « conformément aux conditions prescrites dans [le] droit interne »

28. En se référant aux « conditions prescrites dans [le] droit interne », la Convention contre la criminalité organisée invite les États parties à définir, dans leur législation interne, les circonstances et les conditions dans lesquelles les autorités compétentes sont habilitées à utiliser des techniques d'enquête spéciales.

29. Les techniques d'enquête spéciales sont en général très intrusives et peuvent donner lieu à des difficultés constitutionnelles quant à leur compatibilité avec les droits et libertés fondamentaux. Les États parties peuvent donc décider de ne pas autoriser certaines techniques dans leur système juridique interne. En outre, la référence aux conditions prescrites dans le droit interne permet aux États parties de soumettre l'utilisation de ces techniques d'enquête spéciales à autant de garanties qu'il pourrait s'avérer nécessaire pour sauvegarder les droits de la personne et les libertés fondamentales.

30. Dans sa jurisprudence relative à l'interception des communications, la Cour européenne des droits de l'homme a établi que les garanties minimales suivantes devraient être prescrites dans une loi réglementant une activité secrète : une définition des catégories de personnes susceptibles de voir leur téléphone mis sur écoute par ordre judiciaire ; la nature des infractions qui peuvent donner lieu à une telle ordonnance ; une limitation de la durée des écoutes téléphoniques ; une procédure d'établissement de rapports de synthèse contenant les communications interceptées ; les précautions à prendre pour communiquer les enregistrements intacts et dans leur intégralité en vue d'une éventuelle inspection par le juge et la défense ; et les circonstances dans lesquelles les enregistrements peuvent ou doivent être effacés ou les bandes détruites, en particulier lorsqu'une personne accusée a été libérée par un magistrat ou acquittée par un tribunal.

c) « mesures nécessaires »

31. Savoir ce qui est « nécessaire » et quand le recours aux techniques d'enquête spéciales est « approprié » (voir ci-dessous) est une question de jugement. Conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une atteinte aux droits de la personne sera considérée comme nécessaire pour un objectif légitime si elle répond à un « besoin social impérieux », en particulier si elle est proportionnée à l'objectif légitime poursuivi et si les raisons invoquées par les autorités nationales pour la justifier sont « pertinentes et suffisantes ».

32. En ce qui concerne la surveillance secrète, la Cour a reconnu que les autorités nationales jouissaient d'une marge d'appréciation assez large dans le choix des moyens visant atteindre l'objectif légitime de sauvegarde de la sécurité nationale¹⁸. L'ampleur de cette marge varie en fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment la nature du droit découlant de la Convention en jeu dans chaque cas d'espèce, son importance pour la personne, le caractère propre de l'ingérence et l'objet poursuivi par l'ingérence.

d) « chaque État partie, compte tenu de ses possibilités »

33. Cette clause tient compte des capacités techniques et ressources limitées dont disposent de nombreux États parties pour entreprendre une opération faisant appel à

¹⁶ Commission européenne des droits de l'homme, *Huvig c. France*, requête n° 11105/84, arrêt du 24 avril 1990, par. 33 ; *Amann c. Suisse*, requête n° 27798/95, arrêt du 16 février 2000, par. 60 ; et *Iordachi et autres c. Moldova*, requête n° 25198/02, arrêt du 10 février 2009, par. 40.

¹⁷ Commission européenne des droits de l'homme, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2), requête n° 71525/01, arrêt du 26 avril 2007, par. 70 à 73.

¹⁸ *Malone c. Royaume-Uni*, par. 81, et *Leander c. Suède*, par. 59.

une technique d'enquête particulière. Elle est renforcée par une note interprétative au paragraphe 1 de l'article 20, dans laquelle il est indiqué que ce paragraphe « ne fait pas obligation aux États parties de prendre des dispositions pour utiliser à toutes les formes de techniques d'enquête spéciales mentionnées »¹⁹.

e) « recours approprié »

34. Le « recours approprié » à des techniques d'enquête spéciales est étroitement lié à la proportionnalité entre les effets de leur utilisation et leur objectif. Cette proportionnalité doit être testée et garantie avant de recourir à ces techniques. À cet égard, lorsqu'elles décident de recourir à de telles techniques, les autorités compétentes devraient procéder à une évaluation en fonction de la gravité de l'infraction en question et déterminer si le caractère intrusif de la technique d'enquête spéciale spécifique est justifié.

35. Au moment de déterminer si une mesure d'infiltration est proportionnée à l'objectif poursuivi et de décider de l'utilisation des techniques d'enquête spéciales, cette utilisation devrait être évaluée à la lumière de la gravité de l'infraction et en prenant en compte le caractère intrusif de la technique spéciale²⁰, examiner si des raisons pertinentes et suffisantes ont été avancées à l'appui de la mesure, s'il existait une autre mesure moins restrictive, s'il y a eu une certaine équité procédurale dans le processus décisionnel, s'il existe des garanties adéquates contre les abus et si la restriction examinée détruit l'essence même du droit en question²¹.

f) « par [les] autorités compétentes »

36. Aux fins de la recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves, y compris les actes de terrorisme, on entend par « autorités compétentes » les autorités judiciaires, les autorités en charge des poursuites et les autorités en charge des enquêtes, impliquées dans l'utilisation, dans la décision d'employer ou dans la supervision de la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête, conformément à la législation du pays²².

37. La compétence des autorités qui participent aux livraisons surveillées, en particulier, est liée à la question de savoir si une demande d'entraide judiciaire est ou non une condition préalable à l'autorisation d'une livraison surveillée. Une telle demande est requise principalement dans les pays d'Europe continentale. Dans certains pays, il s'agit d'une condition préalable obligatoire uniquement lorsque la livraison surveillée est demandée dans le cadre d'une enquête ou d'une affaire pénale en cours. Les demandes d'entraide judiciaire ne sont pas nécessaires lorsque la livraison surveillée est liée à un dossier d'enquête opérationnel. D'autre part, dans la plupart des pays de *common law*, la demande d'entraide judiciaire n'est pas une condition *sine qua non* pour obtenir l'autorisation de mener des livraisons contrôlées. Dans ces pays, les autorités se contenteront des demandes faites entre les services de police.

g) « sur [le] territoire »

38. Le paragraphe 1 de l'article 20 porte sur les aspects internes des techniques d'enquête spéciales et fait référence aux mesures pertinentes à prendre sur le territoire

¹⁹ Voir *Travaux préparatoires des négociations en vue de l'élaboration de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.06.V.5), p. 2012 et John David McClean, *Transnational Organized Crime: A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford Commentaries on International Law Series (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 244.

²⁰ Recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec des infractions graves, y compris des actes de terrorisme, annexe, chap. II, par. 5.

²¹ Voir Conseil de l'Europe, *The Deployment of Special Investigative Means*, p. 17.

²² Voir recommandation Rec(2005)10, annexe, chap. I.

de chaque État partie à la Convention. Les aspects internationaux, c'est-à-dire la coopération internationale nécessaire à l'utilisation de ces techniques, sont abordés aux paragraphes 2 et 3.

2. Mise en œuvre et application

39. La question des enquêtes conjointes et de l'examen connexe de l'application de l'article 20 de la Convention sera examinée dans le cadre du module sur la détection et la répression et le système judiciaire du nouveau Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant (années VII-X du plan de travail pluriannuel pour le fonctionnement du Mécanisme)²³. Le Mécanisme fonctionnera sur la base des procédures et règles adoptées à cet effet par la Conférence des Parties à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée à sa neuvième session, en octobre 2018, dans sa résolution 9/1.

40. À titre de comparaison, lors du premier cycle du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption, la majorité des États parties examinés ont indiqué que la portée des techniques d'enquête spéciales ainsi que les conditions de leur utilisation et les procédures à suivre à cet égard étaient réglementées par la législation ou relevaient d'une pratique établie. Dans l'ensemble, la plupart des pays connaissaient les techniques d'enquête spéciales et y recouraient, même si ces techniques étaient couramment utilisées dans le cadre d'enquêtes liées à la criminalité organisée, au trafic de drogues et, dans une moindre mesure, à la corruption. Un obstacle identifié au niveau opérationnel était le manque de capacités et d'expérience de nombreux pays dans l'utilisation de ces techniques. Une tendance générale dans de nombreux pays était de recourir à ces techniques pour des infractions plus graves, telles que définies par le droit national²⁴.

B. Paragraphe 2 de l'article 20 : accords ou arrangements bilatéraux et multilatéraux (aspect de la coopération internationale)

41. Le paragraphe 2 de l'article 20 accorde la priorité aux accords internationaux sur le recours à des techniques d'enquête spéciales et encourage donc les États parties à conclure des accords ou des arrangements bilatéraux ou multilatéraux pour favoriser la coopération dans ce domaine, en tenant dûment compte des préoccupations en matière de souveraineté nationale.

42. Au niveau international, la Convention de 1988 a été le premier accord multilatéral à entériner la technique d'enquête et la pratique des livraisons surveillées (art. 11)²⁵. L'article 50 de la Convention contre la corruption régit les questions relatives aux techniques d'enquête spéciales, en s'appuyant sur le précédent de l'article 20 de la Convention contre la criminalité organisée.

43. Au niveau régional, un certain nombre de techniques d'enquête spéciales ont été incorporées dans la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les Gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (art. 39 à 41 et 73)²⁶.

²³ Voir [CTOC/COP/2018/13](#), résolution 9/1, appendice, tableau 2.

²⁴ Voir l'analyse pertinente des résultats des examens par pays dans *État de l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption : incrimination, détection et répression, et coopération internationale*, 2^e édition (Vienne, 2017), p. 268.

²⁵ *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.98.XI.5), art. 11, observations générales, par. 11.2.

²⁶ Voir Hans G. Nilsson, « Special investigation techniques and developments in mutual legal assistance: the crossroads between police cooperation and judicial cooperation », in *Resource Material Series n° 65* (Tokyo, Institut pour la prévention du crime et le traitement des délinquants en Asie et en Extrême-Orient, 2005), p. 42 et 43.

Parmi les autres exemples de conventions régionales prévoyant des techniques d'enquête spéciales, on peut citer la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (art. 4)²⁷, la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (art. 12, 14 et 17 à 20)²⁸, le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (art. 17 à 19)²⁹ et, dans la mesure où elle est applicable, la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe³⁰.

44. Dans le contexte de l'Union européenne, la [Directive 2014/41/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale constitue un nouvel instrument visant à faciliter les enquêtes transfrontalières. Elle comprend des dispositions sur les enquêtes discrètes (art. 29) et l'interception des télécommunications (art. 30 à 32).

45. Le terme « arrangements » désigne le type d'interaction le plus informel et peut inclure les pratiques habituelles appliquées mutuellement par les autorités compétentes de chaque État partie dans des situations connexes, y compris la coopération entre les fonctionnaires de police sans qu'il soit nécessaire de conclure des accords écrits formels.

46. La recommandation 31 des Recommandations du Groupe d'action financière porte sur les pouvoirs des autorités chargées de la répression et des enquêtes et précise que les pays devraient s'assurer que les autorités compétentes qui mènent des enquêtes peuvent utiliser une vaste gamme de techniques d'enquête spécifiques adaptées aux enquêtes sur le blanchiment de capitaux, les infractions sous-jacentes associées et le financement du terrorisme³¹.

47. Au niveau de la mise en œuvre et de l'exécution, la coopération internationale peut être soutenue par des accords ou des arrangements spécifiques ou par des accords d'entraide judiciaire. Les techniques d'enquête non coercitives peuvent habituellement être obtenues par une entraide informelle. Les techniques d'enquête coercitives et les mesures judiciaires, au contraire, exigent généralement une demande d'entraide judiciaire³². En outre, les réseaux formels et informels de personnes qui participent aux enquêtes sur les infractions sont de plus en plus utiles au bon fonctionnement de la coopération transfrontalière.

C. Paragraphe 3 de l'article 20 : recours à des techniques d'enquête spéciales au cas par cas

48. Le paragraphe 3 de l'article 20 fait référence à la pratique consistant à recourir à des techniques d'enquête spéciales au niveau international en l'absence d'accords ou d'arrangements. Cette disposition encourage les États parties à coopérer au cas par

²⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1862, n° 31704. La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993. Pour une analyse plus approfondie de la nature de ces mesures, voir le rapport explicatif de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, par. 30.

²⁸ *Journal officiel des Communautés européennes*, C 197/1, 12 juillet 2000. Voir également le rapport explicatif concernant la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (*Journal officiel des Communautés européennes*, C 379/7, décembre 2000).

²⁹ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2297, n° 6841. Le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} février 2004.

³⁰ Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 185. La Convention est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

³¹ Voir Groupe d'action financière, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et la prolifération : les recommandations du GAFI* (Paris, juin 2019).

³² Brun *et al.*, *Manuel de recouvrement des biens mal acquis*, p. 155.

cas. Pour un certain nombre d'États, cette disposition sera en soi une source suffisante d'autorité juridique pour une coopération au cas par cas.

49. Outre les dispositions opérationnelles évidentes, deux facteurs particuliers sont identifiés au paragraphe 3 comme pouvant nécessiter une attention particulière. Le premier concerne les arrangements financiers qui incluent le coût du recours à ces techniques, compte tenu non seulement des ressources à déployer, mais aussi des besoins de chaque État partie (par exemple, pour l'obtention de preuves sous une forme particulière). Bien qu'il existe un lien, dans certains cas, entre le recours à des techniques d'enquête spéciales au niveau international et l'entraide judiciaire, les frais encourus ne sont généralement pas traités comme des « frais ordinaires » aux fins du paragraphe 28 de l'article 18 de la Convention³³. Compte tenu de la complexité de ces questions, il est souhaitable de mettre en place des arrangements permanents ou de mémorandums d'accord, car le temps pourrait manquer pour mener des négociations détaillées dans certains cas.

50. Le deuxième facteur concerne l'exercice de la compétence dans les affaires où les preuves recueillies par des techniques d'enquête spéciales montrent que les infractions pénales sont également liées à d'autres États. Dans un souci de clarté, cette possibilité peut être prise en compte par les autorités compétentes, si le temps le permet, avant que des conflits de compétence ne surgissent. En tout état de cause, il peut s'avérer nécessaire que les États parties concernés se consultent pour coordonner leurs actions et résoudre les conflits de compétence, conformément au paragraphe 5 de l'article 15 de la Convention contre la criminalité organisée.

51. À des fins de comparaison, dans le contexte du Mécanisme d'examen de l'application de la Convention contre la corruption, les données communiquées ont démontré que l'on peut recourir à des techniques d'enquête spéciales au niveau international même en l'absence d'accords internationaux pertinents et au cas par cas dans un grand nombre d'États parties à la Convention. Certains de ces États n'ont autorisé ces techniques que sous réserve de réciprocité.

D. Paragraphe 4 de l'article 20 : livraisons surveillées et méthodes connexes

52. Le paragraphe 4 de l'article 20 précise que les méthodes de livraison surveillée auxquelles on peut recourir au niveau international incluent des méthodes telles que l'interception des marchandises et l'autorisation de la poursuite de leur acheminement, sans altération ou après soustraction ou remplacement de la totalité ou d'une partie de ces marchandises. Cette disposition laisse à l'État partie concerné la latitude de choisir la méthode.

53. La livraison surveillée est un outil d'enquête qui n'est pas une technique d'enquête spéciale distincte en soi, même si elle est souvent décrite comme telle. Il s'agit plutôt d'une technique qui, en général, fait appel à toute une série de moyens d'enquête spéciaux, généralement la surveillance, le déploiement d'agents infiltrés et l'interception (de l'objet et des communications).

54. La livraison surveillée est utile lorsque des produits de contrebande sont repérés ou interceptés en transit pour ensuite être livrés sous surveillance en vue d'en identifier les destinataires, ou de surveiller leur distribution ultérieure dans l'ensemble d'une organisation criminelle. En outre, la remise contrôlée de fonds dont on sait ou dont on soupçonne qu'ils constituent le produit d'un crime est une technique utile et efficace utilisée par les services de détection et de répression pour obtenir des informations et des éléments de preuve, en particulier dans le cadre d'opérations internationales de blanchiment d'argent.

³³ Voir, à des fins de comparaison, le *Commentaire de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988*, art. 11, par. 2, al. 11.18.

55. Dans les affaires de trafic illicite de migrants, les livraisons contrôlées peuvent également être utilisées et consistent à laisser un groupe criminel organisé déplacer des migrants dans le but de découvrir l'identité des auteurs de l'infraction ou de détecter les locaux ayant servi à sa commission. Les livraisons surveillées sont souvent réalisées, en raison de la nature transnationale de l'infraction, dans le cadre d'enquêtes conjointes pour lesquelles une coopération entre les services d'immigration et les services de détection et de répression est essentielle et une autorisation appropriée doit être obtenue (CTOC/COP/WG.7/2013/2, par. 27).

56. Cependant, il est souvent nécessaire d'adopter des dispositions législatives pour pouvoir employer de telles méthodes, la livraison d'un produit de contrebande par un agent des services de détection et de répression ou une autre personne pouvant en soi être une infraction au droit interne³⁴. Pour que les preuves obtenues lors de livraisons surveillées soient utilisées dans le cadre de poursuites judiciaires, nombre d'États exigent une autorité légale spécifique pour ces opérations dans leurs propres cadres juridiques nationaux, et parfois dans ceux des autres États participant à la livraison surveillée.

57. Une planification préalable détaillée est nécessaire pour assurer une administration et un contrôle efficaces et sans heurts des opérations dûment approuvées. À cet égard, les procédures de coopération interinstitutions à l'échelle nationale sont essentielles. La pratique a démontré l'utilité, pour de nombreux pays, de désigner une autorité centralisée pour faciliter la coordination et éviter la confusion, la confrontation et les risques. Dans les pays où une telle option ne serait pas appropriée, la création d'un mécanisme de coordination interne, et éventuellement institutionnalisé, peut être envisagée.

V. Droit non contraignant

58. Les *Dispositions législatives types contre la criminalité organisée*, élaborées par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime pour promouvoir et soutenir les efforts des États membres visant à devenir parties à la Convention contre la criminalité organisée et aux protocoles s'y rapportant et à en appliquer les dispositions, fournissent des orientations supplémentaires sur l'élaboration de lois dans ce domaine. Le chapitre IV des Dispositions législatives types, en particulier, offre notamment un cadre juridique de base pour les techniques d'enquête spéciales pouvant contribuer à lutter efficacement contre les infractions transnationales complexes. L'article 13 du chapitre IV porte sur les livraisons contrôlées, l'article 14 sur l'acquisition et l'utilisation d'identités d'emprunt, l'article 15 sur les infiltrations et l'article 16 sur la surveillance électronique.

VI. Considérations relatives aux droits de la personne

59. En raison de leur diversité, les techniques d'enquête spéciales peuvent, à différents niveaux, soulever des questions relatives aux droits de la personne. Par exemple, il peut être justifié qu'une livraison surveillée soit autorisée par un haut responsable des services de détection et de répression, tandis qu'une surveillance électronique requiert généralement une autorisation et un encadrement judiciaires. Chaque type principal de technique d'enquête spéciale devrait donc être traité séparément afin qu'un régime adapté puisse être instauré pour chacune d'entre elles.

60. La recommandation Rec(2005)10 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux « techniques spéciales d'enquête » en relation avec les infractions graves, y compris les actes de terrorisme, mentionnée ci-dessus, offre un outil de référence utile pour un examen plus approfondi. Le Comité des Ministres y reconnaît la nécessité de maintenir un juste équilibre entre la nécessité d'assurer la

³⁴ ONUDC, *Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée* (Vienne, 2016), par. 443.

sécurité publique par le biais de mesures répressives et la protection des droits des individus. Il reconnaît également que l'élaboration de normes communes contribuerait à renforcer la confiance du public dans l'utilisation des techniques spéciales d'enquête. Le Comité des Ministres énonce un certain nombre de principes pour guider les États dans la formulation de leurs lois et politiques nationales, notamment pour assurer que la mise en œuvre des techniques spéciales d'enquête fasse l'objet d'un contrôle adéquat par des autorités judiciaires ou d'autres organes indépendants par le biais d'une autorisation préalable, d'une supervision durant l'enquête ou d'un contrôle a posteriori ; l'importance de garantir la proportionnalité entre les conséquences de l'utilisation des techniques spéciales d'enquête et le but qui a été identifié (en suivant le principe selon lequel il convient d'appliquer la méthode la moins intrusive possible pour atteindre l'objectif) ; la nécessité pour les États de prendre les mesures législatives appropriées pour permettre la production devant les tribunaux de preuves obtenues grâce à l'utilisation des techniques spéciales d'enquête tout en garantissant le droit de l'accusé à un procès équitable ; l'importance des lignes directrices opérationnelles et de la formation dans l'utilisation des techniques spéciales d'enquête ; la nécessité pour les États de faire usage le plus largement possible des accords internationaux existants dans le domaine de la coopération judiciaire ou policière en ce qui concerne l'utilisation des techniques spéciales d'enquête, accords qui devraient être complétés par des dispositifs supplémentaires, si nécessaire.

61. Il importe que les techniques d'enquête spéciales fassent l'objet d'une certaine vigilance pour éviter des usages impropres. Il est recommandé, dans les *Dispositions législatives types contre la criminalité organisée*, d'imposer à un haut responsable d'indiquer chaque année au Parlement ou à un organe équivalent le nombre d'autorisations demandées et obtenues et le nombre de procédures pénales dans lesquelles des éléments de preuve ou des informations obtenus grâce à des autorisations ont été utilisés. Dans certains systèmes juridiques, on pourra souhaiter disposer d'une surveillance supplémentaire grâce, par exemple, à des rapports et à des enquêtes réalisés par un organisme de contrôle indépendant. En pareil cas, il sera sans doute nécessaire de disposer de deux niveaux de contrôle : l'un permettra une enquête complète en accédant aux informations opérationnelles sensibles et sera assuré par un organe de contrôle indépendant doté des pouvoirs législatifs nécessaires. Le deuxième, une présentation publique au Parlement (par exemple), ne dévoilera pas d'informations opérationnelles, y compris les méthodes et les sources utilisées³⁵.

A. Utilisation des moyens technologiques modernes et incidences sur les droits de la personne

62. Les outils technologiques qui peuvent être utilisés dans les enquêtes en tant qu'éléments novateurs de techniques d'enquête spéciales sophistiquées peuvent constituer un angle d'attaque utile pour lutter contre les menaces liées à la criminalité. Toutefois, la prudence est de mise lorsqu'il s'agit de recourir à ces outils, afin d'en garantir une utilisation responsable et éthique et d'éviter les imprévus. Ces considérations sont d'autant plus importantes que nombre de technologies actuelles et futures peuvent avoir de graves incidences pour la vie privée et les libertés civiles³⁶.

63. La prolifération de la biométrie et des systèmes de collecte de données peut avoir un effet corrosif sur la vie privée lorsque le contrôle ou la surveillance appropriés sont absents ou faibles. En outre, les agents des services de détection et de répression utilisent des logiciels de reconnaissance faciale pour identifier beaucoup plus rapidement les suspects. Cependant, d'aucuns craignent que ces logiciels n'entraînent une surveillance abusive par les gouvernements, poussent les entreprises à la manipulation et mettent un terme au principe du respect de la vie privée. En outre,

³⁵ ONUDC, *Dispositions législatives types contre la criminalité organisée* (Vienne, 2012), p. 64.

³⁶ A/CONF.234/11, par. 70.

la conservation des données issues des systèmes biométriques est susceptible de porter atteinte à la vie privée, s'il en est fait une utilisation abusive³⁷.

64. Il convient toutefois de poursuivre une approche équilibrée pour trouver des solutions lorsque la technologie semble nuire à la vie privée ou à d'autres droits de la personne. Pour éviter que la technologie ne soit utilisée comme « cheval de Troie » aux fins d'éventuelles violations des droits fondamentaux, les avancées technologiques doivent faire l'objet d'un suivi continu et ses effets doivent être évalués³⁸.

65. Dans sa résolution 68/167 sur le droit à la vie privée à l'ère numérique, l'Assemblée générale a réaffirmé le droit à la vie privée, en vertu duquel nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée. Elle a demandé à tous les États de revoir leurs procédures, leurs pratiques et leur législation en matière de surveillance et d'interception des communications et de collecte de données personnelles, notamment à grande échelle, dans le souci de défendre le droit à la vie privée en veillant à respecter pleinement et effectivement toutes leurs obligations au regard du droit international des droits de l'homme ; et de créer des mécanismes nationaux de contrôle indépendants efficaces qui puissent assurer la transparence de la surveillance et de l'interception des communications et de la collecte de données personnelles qu'ils effectuent, le cas échéant, et veiller à ce qu'ils en répondent, ou à les maintenir en place s'ils existent déjà.

B. Admissibilité des preuves et considérations relatives à un procès équitable

66. Un autre facteur important du recours à des techniques d'enquête spéciales porte sur le respect des garanties procédurales pour s'assurer que les éléments de preuve recueillis au moyen de ces techniques, y compris celles impliquant l'utilisation de modernes technologies, soient recevables devant les tribunaux. Dans la plupart des pays, les éléments de preuve doivent être recueillis dans le strict respect d'un certain nombre de garanties établies contre les éventuels abus de pouvoir, notamment au moyen d'un contrôle judiciaire ou indépendant du recours à ces techniques, et conformément aux principes de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité³⁹.

67. La recevabilité des preuves électroniques, en particulier, exige le respect des procédures établies garantissant le respect des droits de la personne (E/CN.15/2018/6, par. 30). Lors de l'évaluation de la recevabilité des preuves électroniques, il faut souligner l'importance du respect du principe de proportionnalité lors de l'utilisation de techniques d'enquête spéciales en matière de cybercriminalité, y compris le recours à des agents infiltrés et à la criminalistique à distance, en particulier sur darknet (UNODC/CCPCJ/EG.4/2019/2, par. 37).

68. En outre, l'application des principes généraux des règles de procédures internes et de la jurisprudence nationale quant à la recevabilité des éléments de preuve recueillis dans le cadre d'enquêtes de criminalistique sur les cybermonnaies constitue une question nouvelle et épineuse qui requiert un examen plus approfondi et la mise en commun de données d'expérience, en raison des techniques innovantes utilisées dans ce contexte⁴⁰.

³⁷ Voir Max Snijder, *Biometrics, Surveillance and Privacy: ERNCIP Thematic Group Applied Biometrics for the Security of Critical Infrastructure* (Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2016), p. 4.

³⁸ A/CONF.234/11, par. 78.

³⁹ Dimosthenis Chrysikos, « Special investigative techniques », dans *The United Nations Convention against Corruption: A Commentary*, Cecily Rose, Michael Kubiciel et Oliver Landwehr, dir. publ., Oxford Commentaries on International Law Series (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 507.

⁴⁰ Michael Fröwis *et al.*, « Safeguarding the evidential value of forensic cryptocurrency investigations » (juin 2019).

69. Le paragraphe 1 de l'article 20 de la Convention contre la criminalité organisée n'exige pas des États parties qu'ils prennent des mesures pour que les preuves recueillies au moyen de techniques d'enquête spéciales soient recevables devant les tribunaux, comme le fait explicitement le paragraphe 1 de l'article 50 de la Convention contre la corruption. Il s'agit d'un élément qui renvoie à l'obligation positive d'un État partie de mettre en place des lois, règlements et procédures permettant, dans un souci de sécurité juridique, de bonne administration de la justice et de protection des droits de la personne, la recevabilité devant un tribunal de preuves résultant de l'utilisation de techniques d'enquête spéciales.

70. Malgré l'absence de cet élément au paragraphe 1 de l'article 20, il est essentiel que les rédacteurs des législations nationales examinent la question de savoir si les éléments de preuve obtenus, par exemple, grâce à des opérations d'infiltration, peuvent être produits devant un tribunal et, dans l'affirmative, si les agents infiltrés doivent révéler leur véritable identité. Il importe de rechercher un équilibre entre les intérêts de la justice (y compris la nécessité de lutter contre la criminalité transnationale organisée) et la garantie d'un procès équitable pour la personne mise en examen⁴¹.

71. La Convention contre la criminalité organisée et la Convention contre la corruption sont toutes deux muettes sur la question de la valeur juridique des informations recueillies au moyen de techniques d'enquête spéciales. Les décisions touchant les conditions dans lesquelles ces informations peuvent être admises comme preuves devant les tribunaux relèvent donc du pouvoir discrétionnaire de l'État concerné, eu égard aux principes fondamentaux de son système juridique et aux méthodes de légalisation et d'authentification prescrites par son droit interne.

72. Dans sa jurisprudence, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu à plusieurs reprises que la recevabilité des preuves était avant tout une question de réglementation en droit national. En règle générale, il appartient aux tribunaux nationaux d'apprécier les preuves qui leur sont présentées. Le rôle de la Cour européenne est d'examiner si la procédure dans son ensemble, y compris la manière dont les preuves ont été obtenues, était équitable et si elle a entraîné une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

73. L'application de techniques d'enquête spéciales, en particulier les opérations d'infiltration, ne peut constituer en soi une violation du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais leur utilisation est soumise à des restrictions et à des garanties. En ce qui concerne les limites concernant la participation d'agents infiltrés dans les opérations d'infiltration, la Cour européenne des droits de l'homme établit une distinction claire entre un agent infiltré et un agent provocateur. L'activité du premier se limite à la collecte d'informations, tandis que le second incite en fait les gens à commettre un acte criminel. Dans l'affaire *Ramanauskas c. Lituanie*⁴², la Cour a formulé la notion de piégeage en violation du paragraphe 1 de l'article 6, comme suit :

Il y a provocation policière lorsque les agents impliqués – membres des forces de l'ordre ou personnes intervenant à leur demande – ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre.

74. Toute opération d'infiltration doit se conformer à l'exigence selon laquelle l'enquête doit être menée « d'une manière purement passive ». S'il est établi par le tribunal qu'une personne a été incitée à commettre un acte criminel et que les preuves résultant de cette activité sont les seules sur lesquelles se fonde la déclaration de

⁴¹ ONUDC, *Dispositions législatives types*, p. 70.

⁴² Cour européenne des droits de l'homme, *Ramanauskas c. Lituanie*, requête n° 74420/01, arrêt du 5 février 2008.

culpabilité d'une personne, il y a lieu de reconnaître la violation du droit à un procès équitable⁴³.

75. Les facteurs à prendre en compte pour évaluer si les actes des agents infiltrés vont au-delà de la simple enquête passive sur une activité criminelle préexistante et constituent une incitation policière sont les suivants : disposer de motifs raisonnables ou de bonnes raisons de soupçonner que la personne participe à des actes préliminaires pour commettre le comportement criminel en question, avait commis un acte criminel auparavant ou avait l'intention de participer à la commission d'une infraction pénale avant d'être approché par la police ; (lié au facteur précédent) le point de départ de l'opération d'infiltration ; la légalité de l'activité des agents infiltrés ; et le degré d'implication des agents d'infiltration (c'est-à-dire s'ils ont pris l'initiative de contacter la personne ciblée, et s'il y a eu une négociation ou un accord préalable).

76. D'un point de vue procédural, la sauvegarde des principes de la procédure contradictoire et de l'égalité des armes doit être prise en compte, l'accusation ayant la charge de la preuve pour démontrer qu'il n'y a pas eu d'incitation. En outre, en vertu du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, les autorités de poursuite sont tenues de communiquer à la défense tous les éléments de preuve matériels en leur possession à charge ou à décharge de la personne mise en accusation.

VII. Conclusions et recommandations

77. Le présent document est axé sur les différents types de techniques d'enquête spéciales, en particulier celles qui peuvent être utilisées dans les enquêtes sur la criminalité transnationale organisée, ainsi que sur les principaux éléments constitutifs et d'application de l'article 20 de la Convention contre la criminalité organisée.

78. Le Groupe de travail sur la coopération internationale souhaitera peut-être examiner les divers problèmes et questions soulevés dans l'introduction (sect. I) comme base de ses délibérations.

79. Il souhaitera peut-être également utiliser le présent document comme document de référence et porter à l'attention de la Conférence des Parties les principales conclusions de la discussion facilitée par le document, en vue de souligner la nécessité de poursuivre les travaux dans ce domaine, sous réserve de la disponibilité des ressources. Ces travaux pourraient mettre en œuvre une recommandation antérieure de la Conférence contenue dans sa résolution 5/8 et, ainsi, prendre la forme d'un répertoire des difficultés juridiques et pratiques qui pourraient se poser dans l'application de l'article 20 de la Convention contre la criminalité organisée et dans le cadre du recours à des techniques d'enquête spéciales, ainsi que des solutions envisageables pour résoudre ces difficultés, y compris par la collecte d'exemples d'accords ou d'arrangements visant le recours à ces techniques entre États parties ; ou prendre la forme de lignes directrices juridiques, pratiques et opérationnelles sur l'application de l'article 20.

80. Le Groupe de travail voudra peut-être recommander que la Conférence :

a) Continue à encourager les États parties à utiliser, le cas échéant, l'article 20 de la Convention contre la criminalité organisée comme base légale de la coopération internationale faisant intervenir des techniques d'enquête spéciales ;

b) Encourage les États parties à échanger les meilleures pratiques et les enseignements tirés dans le domaine des techniques d'enquête spéciales, en particulier celles relatives à l'application de l'article 20 de la Convention ; et

⁴³ Ibid., par. 54 ; *Teixeira de Castro c. Portugal*, requête n° 25829/24, arrêt du 9 juin 1998, par. 35, 36 et 39 ; *Bannikova c. Russie*, requête n° 18757/06, arrêt du 4 novembre 2010, par. 34 ; et *Baltiņš c. Lettonie*, requête n° 25282/07, arrêt du 8 janvier 2013, par. 55.

c) Encourage les États parties à faciliter les activités de formation des juges, des procureurs, des agents des services de détection et de répression ou d'autres praticiens chargés de la conduite ou du contrôle des techniques d'enquête spéciales, et inviter le Secrétariat, sous réserve de la disponibilité des ressources, à élaborer et à mettre en œuvre des activités d'assistance technique dans ce domaine.
