

BULLETIN OFFICIEL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE
n° 101 (1^{er} janvier au 31 mars 2006)

Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces
Signalisation des circulaires du 1^{er} janvier au 31 mars 2006

Circulaire relative à l'applicabilité à la France de la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 et de son protocole du 16 octobre 2001 entre ces mêmes États.

CRIM 2006 - 01 G5/23-01-2006
NOR : JUSC0630006C

Commission rogatoire internationale
Convention européenne
Echange de données
Entraide pénale
Enquête commune

POUR ATTRIBUTION

Procureurs généraux près les cours d'appel - Représentant national auprès d'Eurojust - Procureurs de la République près les tribunaux de grande instance - Premiers présidents des cours d'appel –
Présidents des tribunaux de grande instance

- 23 janvier 2006 -

PLAN DETAILLE

I - LA CONVENTION D'ENTRAIDE JUDICIAIRE DU 29 MAI 2000

1. Les caractéristiques essentielles

1.1. Dispositions d'ordre général

- Relations avec les autres conventions
- Champ d'application territorial de la convention (article 26)
- Dispositions spécifiques à certains Etats membres

1.2. Principales innovations

- a) Dispositions tendant à élargir le champ de l'entraide pénale
 - Les demandes d'entraide peuvent désormais concerner des affaires mettant en cause la responsabilité pénale de personnes morales (Article 3 de la convention)
 - Élargissement du champ territorial des cas dans les lesquels l'entraide pénale peut être accordée
- b) Assouplissement des règles relatives à l'entraide pénale
 - Délais d'exécution des actes d'entraide (article 4)

- Transmission des demandes d'entraide (article 6)

c) La généralisation de la transmission directe des demandes d'entraide

d) L'emploi de moyens modernes de transmission des demandes d'entraide

- Transmission directe des pièces de procédure (article 5 de la convention)
- Des exceptions sont toutefois prévues
- Respect des procédures de l'Etat requérant (Article 4 de la Convention)

2. Procédures particulières prévues par la convention de mai 2000

- Audition de témoins et d'experts par vidéo conférence (article 10 de la convention) ou par téléconférence (article 11 de la convention)
- Livraisons surveillées (article 12 de la convention)
- Equipes communes d'enquête (article 13 de la convention)
- Enquêtes discrètes ou infiltration (article 14 de la convention)
- Protection des données à caractère personnel
- Restitution (article 8 de la convention)
- Transfèrement temporaire aux fins d'une instruction de personnes détenues (article 9 de la convention)

II - LE PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION DU 29 MAI 2000

1. Entraide pénale en matière bancaire

- 1.1. *Demandes d'information sur des comptes bancaires*
- 1.2. *Demandes d'information sur des transactions bancaires*
- 1.3. *Demandes de suivi des transactions bancaires*

2. Des conditions diverses d'exécution de l'entraide selon le type de demandes

Conditions relatives à l'exécution de la demande d'information sur des comptes bancaires

- a) Quant aux infractions visées
- b) Quant à la motivation de la demande d'information

Conditions relatives à l'exécution de la demande d'information sur des transactions bancaires et sur le suivi de ces dernières (articles 2 et 3 du protocole additionnel)

3. Dispositions générales visant à faciliter l'entraide

- Renforcement de l'obligation d'informer
- Secret bancaire, confidentialité, infractions fiscales et politiques

La France a, par deux lois n° 2005-287 et n° 2005-288 du 30 mars 2005, autorisé l'approbation respectivement de la convention établie par le Conseil relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 et de son protocole du 16 octobre 2001.

La convention du 29 mai 2000, son protocole et leurs rapports explicatifs respectifs peuvent être consultés sur le site Intranet de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces (Entraide Pénale Internationale) avec les déclarations y afférentes du gouvernement de la République française.

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a inséré dans le code de procédure pénale les dispositions devant permettre l'application de ces textes internationaux dans notre droit.

La présente circulaire a pour objet d'exposer les conditions d'application et les caractéristiques essentielles de la convention du 29 mai 2000 (I) puis du protocole du 16 octobre 2001 entre ces mêmes Etats (II).

I - LA CONVENTION D'ENTRAIDE JUDICIAIRE DU 29 MAI 2000

La convention est entrée en vigueur le 23 août 2005 dans l'Union européenne.

A ce jour, elle est applicable entre la France et les Etats membres qui l'ont ratifiée, à savoir l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la Lituanie, la Lettonie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Slovénie et la Suède, depuis les dates indiquées dans l'annexe 3.

Pour les autres pays de l'Union européenne, la convention entrera en vigueur conformément aux notifications faites par ces Etats qu'il convient de consulter en se reportant au site de l'Union Européenne pour connaître l'état de ces notifications.

Les dispositions de cette nouvelle convention sur l'entraide judiciaire pénale initiée par la France ont pour objectif de parvenir à une entraide judiciaire aussi rapide, efficace et complète que possible entre les Etats de l'Union pour lutter de façon optimale contre la criminalité.

Après une présentation de ses caractéristiques essentielles (A), seront décrites les procédures particulières prévues par la convention (B).

1. Les caractéristiques essentielles

A la suite des dispositions d'ordre général (1), seront précisées les principales innovations apportées à l'entraide judiciaire traditionnelle par ce texte (2).

1.1. Dispositions d'ordre général

- Relations avec les autres conventions

Cette nouvelle convention ne constitue pas un instrument autonome indépendant des engagements internationaux antérieurs des Etats membres. Comme les deux conventions de 1995 et 1996 relatives à l'extradition complétaient entre les membres de l'Union européenne la convention du Conseil de l'Europe sur l'extradition de 1957, la convention du 29 mai 2000 complète entre les membres de l'Union européenne la convention d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, elle-même complétée par la convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990.

- Champ d'application territorial de la convention (article 26).

La convention a vocation à s'appliquer au sein de l'Union Européenne ainsi qu'à l'Islande et à la Norvège.

Pour ce qui concerne la France, la convention du 29 mai 2000 s'applique sur le territoire métropolitain et dans les départements d'outre-mer mais non dans les territoires d'outre-mer.

La situation de deux autres pays de l'Union Européenne est à distinguer.

En ce qui concerne le Royaume-Uni : pour Gibraltar la convention s'appliquera dès son entrée en vigueur pour le Royaume-Uni. Pour ce qui concerne les îles anglo-normandes et l'île de Man, l'entrée en vigueur de la convention devra être assortie d'un avis écrit du Royaume-Uni au Conseil et d'une décision de celui-ci prise à l'unanimité.

Sous réserve des éventuelles déclarations que pourrait émettre le Royaume des Pays-Bas, la convention s'appliquera également à l'ensemble de son territoire, y compris ses possessions d'outre-mer.

- Dispositions spécifiques à certains États membres

Des dispositions spécifiques s'appliquent à l'Irlande et au Royaume Uni (transmission des demandes d'entraide, article 6§ 3), au Luxembourg (protection des données à caractère personnel, article 23§ 7) à la Norvège et à l'Islande (dispositions liées à l'acquis de Schengen, entrée en vigueur de la Convention, article 29).

1.2. Principales innovations

Certaines induisent un élargissement du champ de l'entraide pénale (a) d'autres un assouplissement du fonctionnement de l'entraide (b).

a) Dispositions tendant à élargir le champ de l'entraide pénale

- il ne sera désormais plus possible à un État membre de refuser l'entraide dans des affaires mettant en cause la responsabilité pénale de personnes morales (Article 3 de la Convention).

Même si le droit national de l'Etat requis ne prévoit pas la responsabilité pénale des personnes morales, il doit accorder l'entraide à l'Etat qui la lui demande pour une affaire de ce type.

Désormais, les Etats parties à cette convention ne peuvent plus, en application de l'article 5 de la convention du 20 avril 1959, refuser une demande d'entraide au motif qu'elle porte sur des infractions pour lesquelles la responsabilité des personnes morales n'est pas prévue par leur législation nationale.

- élargissement du champ territorial des cas dans lesquels l'entraide pénale peut être accordée

Les dispositions de l'article 49, point a), de la convention d'application des accords de Schengen sont abrogées et reprises par celles de l'article 3-1¹ de la convention du 29 mai 2000. En conséquence ces dispositions s'appliquent à tous les Etats parties à la convention et pas seulement aux Etats parties à la convention d'application des Accords de Schengen.

¹ L'entraide est également accordée dans des procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national de l'Etat membre requérant ou de l'Etat membre requis, ou des deux, au titre d'infractions aux règlements poursuivies par les autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale.

b) Assouplissement des règles relatives à l'entraide pénale

- délais d'exécution des actes d'entraide (article 4)

L'article 4 de la convention du 29 mai 2000 rappelle l'intérêt qui s'attache pour l'autorité requérante à indiquer dans sa demande le délai dans lequel elle souhaite obtenir le retour des pièces d'exécution, en précisant quelles échéances de procédure justifient la fixation de ce délai.

L'autorité requise doit respecter autant que possible ce délai et, dès qu'il lui apparaît qu'elle sera dans l'impossibilité de le respecter, elle doit en informer l'autorité requérante en lui précisant le délai dans lequel elle sera en mesure de satisfaire la demande.

L'autorité requérante fait alors connaître à l'autorité requise si, compte tenu de ces éléments, elle maintient sa demande ou la retire.

La convention prévoit donc entre les deux parties la mise en place d'un dialogue destiné à favoriser l'entraide. Celui-ci sera facilité par le recours au réseau judiciaire européen et à Eurojust, et, s'il en existe, au magistrat de liaison.

- transmission des demandes d'entraide (article 6)

c) La généralisation de la transmission directe des demandes d'entraide.

La convention pose comme principe la transmission directe des demandes d'entraide d'autorité judiciaire à autorité judiciaire.

L'article 695-1 du code de procédure pénale met ce principe en œuvre dans notre procédure.

Excepté pour le Royaume-Uni et l'Irlande, cette voie de transmission s'applique aux commissions rogatoires internationales, aux demandes d'enquête, aux transmissions spontanées d'informations prévues par l'article 7 de la convention du 29 mai 2000 et aux dénonciations officielles prévues par l'article 21 de la Convention du 20 avril 1959.

S'agissant de la transmission spontanée d'informations, les Etats qui le souhaitent peuvent, conformément à leur droit, soumettre l'utilisation de ces informations par l'Etat destinataire à certaines conditions (exemple : respect du principe de spécialité).

Ainsi l'article 694-9 du CPP prévoit que lorsque le procureur de la République ou le juge d'instruction communiquent à des autorités judiciaires étrangères des informations issues d'une procédure pénale en cours, il peut soumettre l'utilisation de ces informations à des conditions qu'il détermine.

La transmission directe de ces demandes constitue une faculté et aucunement une obligation. L'article 6.2 envisage également la transmission entre autorités centrales, ou la transmission entre, d'une part, l'autorité centrale d'un Etat et, d'autre part, une autorité judiciaire d'un autre Etat. Il convient de se reporter au site de l'Union européenne pour connaître les déclarations des Etats parties sur le mode de transmission qu'ils acceptent.

Les paragraphes 5 et 6 de l'article 6 de la convention permettent également une transmission directe des demandes d'entraide entre autorités judiciaires d'une part, et les autorités policières et administratives d'autre part.

Comme le permet la convention et afin de maintenir une séparation nette entre les canaux de l'entraide judiciaire et ceux d'autres formes de coopération (policière ou douanière), la France a fait lors du dépôt de ses instruments de ratification, une déclaration indiquant qu'elle n'est pas liée par ces dispositions. Il conviendra de se conformer à la teneur de cette déclaration en s'assurant que les transmissions s'effectuent à l'initiative (France Etat requis) ou à destination (France Etat requérant) des seules autorités judiciaires.

Les exceptions.

L'article 6.8 de la convention énumère les catégories de demandes d'entraide qui continuent obligatoirement à être transmises d'autorité centrale à autorité centrale. En effet, l'exécution des actes d'entraide sollicités ne suppose pas le concours d'une autorité judiciaire mais la participation d'un ou de plusieurs services administratifs du ministère de la justice.

Il s'agit en premier lieu des demandes de transfèrement provisoire ou de transit de personnes détenues, dans le cadre de l'article 11 de la convention du 20 avril 1959 ou de l'article 9 de la convention du 29 mai 2000 elle-même.

Comme par le passé, le bureau de l'entraide pénale internationale, compétent pour traiter ces demandes, se rapprochera des juridictions françaises concernées pour recueillir leurs observations avant de donner suite à une telle demande d'une autorité étrangère.

Il s'agit en second lieu de la transmission des avis de condamnation prévue par l'article 22 de la convention du 20 avril 1959, qui relève en France du service du casier judiciaire national.

Mais lorsque la demande a pour objet la communication de la copie d'une décision judiciaire ou des éléments du dossier pénal, la convention a introduit la possibilité pour l'autorité requérante de s'adresser directement à la juridiction qui a rendu la décision.

d) L'emploi de moyens modernes de transmission des demandes d'entraide

L'article 6.1 de la convention indique que « *Les demandes d'entraide et les échanges spontanés d'informations visés à l'article 7 sont faits par écrit, ou par tout moyen permettant d'en obtenir une trace écrite dans des conditions permettant à l'Etat membre destinataire d'en vérifier l'authenticité* ».

La télécopie devient par conséquent un moyen normal de transmission des demandes et des informations entre les autorités judiciaires des Etats parties.

Sous réserve de ce que la sécurité – c'est à dire la confidentialité, l'intégrité et l'authenticité - de la transmission soit assurée, l'envoi par un moyen électronique devient également possible.

- *transmission directe des pièces de procédure (article 5 de la convention).*

Abrogeant l'article 52 de la convention des accords de Schengen, la convention du 29 mai 2000 prévoit que les pièces de procédure doivent être envoyées directement par la voie postale (citations et décisions judiciaires).

Des exceptions sont toutefois prévues :

- quand l'adresse de la personne est incertaine ou inconnue,
- quand les règles de procédure de l'Etat requérant exigent une preuve de la remise qui ne peut être obtenue par la voie postale,
- quand la voie postale s'avère inappropriée ou inefficace,
- quand il est vraisemblable que le destinataire ne sera pas en mesure de comprendre la langue de rédaction de l'acte.

Le présent article n'affecte pas l'application des articles 8, 9 et 12 de la convention du 20 avril 1959 relatifs à la comparution des témoins et experts.

- *respect des procédures de l'Etat requérant (Article 4 de la Convention)*

Ce nouveau principe d'exécution des demandes d'entraide est repris par l'article [694-3](#) du code de procédure pénale.

Dès lors que l'Etat requérant l'a expressément indiqué et pour autant que cette procédure ne soit pas contraire aux principes fondamentaux de notre droit, il pourra être demandé de réaliser les actes d'entraide selon les formes prévues par le droit de l'Etat requérant. Ainsi, les preuves obtenues seront facilement et directement intégrées dans le dossier. Ainsi ne serait pas contraire aux principes des droits fondamentaux, sous réserve de l'appréciation souveraine de la Cour de cassation, toute garantie supplémentaire offerte à la défense.

Il convient de préciser que l'expression « formalités et procédure » doit être interprétée au sens large et peut inclure, par exemple, la situation dans laquelle une demande indique qu'un représentant des autorités judiciaires de l'Etat membre requérant ou un représentant de la défense doit être autorisé à assister à la déposition d'un témoin.

Par ailleurs, en raison de la charge que cela pourrait imposer à l'Etat membre requis, l'Etat membre requérant ne devrait indiquer que les formalités et procédures qui lui paraissent indispensables aux fins de son enquête.

Cette règle est l'inverse de celle qu'édicte l'article 3 de la Convention du 20 avril 1959, qui précise que les formes de l'acte d'entraide sont celles du pays requis.

2. Procédures particulières prévues par la convention de mai 2000

- Audition de témoins et d'experts par vidéo conférence (article 10 de la convention) ou par téléconférence (article 11 de la convention).

La vidéo conférence peut être utilisée pour l'audition d'un expert ou d'un témoin mais également pour des personnes poursuivies (article 10.9).

La France a fait une déclaration indiquant qu'elle n'appliquerait pas la vidéo conférence aux personnes poursuivies lorsqu'elles comparaissent devant la juridiction de jugement.

Les déclarations de la France peuvent être consultées sur la page déclarations françaises du site de l'Union

La possibilité de procéder par vidéo conférence pour entendre un témoin ou un expert a été intégrée dans notre procédure pénale à l'article 706-71 du code de procédure pénale dont les effets sont étendus à l'entraide pénale par l'article 694-5 du code de procédure pénale. Toutefois, l'alinéa 2 de cet article dispose, conformément à l'article 10 paragraphe 9 troisième alinéa de la convention, que l'interrogatoire ou la confrontation par vidéo conférence d'une personne poursuivie ne peut être effectué qu'avec son consentement.

A la demande des autorités étrangères, les dispositions des articles 434-13 et 434-15-1 du code pénal sont applicables aux témoins entendus en France.

L'audition de témoins et d'experts peut également se faire par téléconférence, c'est à dire par téléphone (article 11). La téléconférence ne peut s'appliquer à la personne pénalement poursuivie mais uniquement aux témoins et aux experts, lesquels doivent consentir à ce que l'audition se fasse par ce moyen. Avant de demander à un Etat membre de procéder à une audition par ce moyen, il convient de s'assurer que celui-ci ne l'a pas jugé contraire aux principes fondamentaux de son droit, la convention n'imposant pas à cet égard une véritable obligation.

- Livraisons surveillées (article 12 de la convention)

L'article 73 de la convention d'application des accords de Schengen qui limitait les livraisons surveillées aux cas d'infractions liées au trafic de stupéfiants a été abrogé et remplacé par l'article 12 de la présente convention qui impose aux Etats parties de

prévoir dans leur droit interne la possibilité de procéder à des livraisons surveillées pour une infraction susceptible de donner lieu à extradition.

C'est l'Etat requis qui décide si une livraison surveillée doit ou non avoir lieu sur son territoire conformément aux procédures prévues par son droit.

La loi du 9 mars 2004 a entériné cette obligation. Cette nouvelle disposition est prévue pour les infractions limitativement énumérées aux articles 706-73 et 706-74 du code de procédure pénale.

En matière d'entraide, l'article 694-6 du code de procédure pénale prévoit que lorsque la surveillance doit se poursuivre dans un État étranger, elle est autorisée, dans les conditions prévues par les conventions internationales (dont celle du 29 mai 2000), par le procureur de la République chargé de l'enquête. Les procès-verbaux d'exécution des opérations de surveillance ou rapports ainsi que l'autorisation d'en poursuivre l'exécution sur le territoire d'un État étranger sont versés au dossier de la procédure.

- Equipes communes d'enquête (article 13 de la convention)

Cette innovation dépasse les notions habituelles d'Etat requérant et d'Etat requis, dans la mesure où il s'agit de la mise en commun par deux ou plusieurs Etats de moyens humains et techniques pour la conduite d'une enquête pénale.

La création d'une équipe commune est décidée conjointement par les Etats concernés.

L'équipe ainsi constituée d'agents de plusieurs pays va pouvoir agir sur le territoire de l'un ou de l'autre des pays qui l'ont créée.

Les articles 695-2 et 695-3 du code de procédure pénale ont mis en œuvre cette nouvelle forme d'entraide pour les infractions limitativement énumérées à l'article 706-73 du code de procédure pénale. Les conditions de mise en œuvre de ces dispositions ont été commentées dans l'espace LAJEC du site Intranet de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces.

- Enquêtes discrètes ou infiltration (article 14 de la convention)

Il s'agit pour l'Etat requis de permettre la présence et l'action sur son territoire d'un agent de l'Etat requérant effectuant une opération d'infiltration sous une fausse identité.

Les dispositions introduites par l'article 14 de la convention n'ont pas de caractère contraignant.

La France a fait le choix d'introduire cette possibilité d'entraide dans son droit pour les infractions visées à l'article 706-73 du code de procédure pénale dans les conditions définies aux articles 706-81 à 706-87 du code de procédure pénale.

L'article 694-7 du code de procédure pénale a étendu à l'entraide pénale internationale ce nouveau dispositif.

- Protection des données à caractère personnel

C'est la première fois qu'une convention sur la coopération judiciaire en matière pénale comporte des règles de protection relative à l'échange de données entre deux ou plusieurs Etats membres. La portée de ces dispositions reste cependant très limitée, et ne devrait pas entraver notablement la transmission des informations obtenues par le biais de commissions rogatoires internationales entre autorités judiciaires françaises.

Un État membre qui a obtenu des données à caractère personnel en application de la convention, peut uniquement les utiliser :

- dans le cadre des procédures judiciaires ou administratives auxquelles la présente Convention s'applique ; bien évidemment, il peut s'agir de procédures distinctes de

celles pour lesquelles l'entraide judiciaire a été demandée. C'est ainsi que sans autorisation, un juge d'instruction peut transmettre à un autre magistrat les preuves recueillies à l'aide d'une commission rogatoire internationale ;

- aux fins d'autres procédures judiciaires ou administratives directement liées aux procédures visées ci-dessus. Il peut s'agir notamment de l'utilisation des documents reçus grâce à une commission rogatoire internationale dans une procédure commerciale liée à une banqueroute frauduleuse, ou bien encore à l'occasion de la procédure de retrait de l'autorité parentale liée à une procédure pénale pour des mauvais traitements aux enfants. Cette liste n'est pas exhaustive ;

- pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique ;

- pour toute autre fin, après consentement préalable de l'État membre qui a transmis les données, ou de la personne concernée.

L'État membre qui a transmis les données à caractère personnel peut demander à l'État membre demandeur de le tenir informé de l'utilisation de ces données.

Le Luxembourg a été autorisé à faire une déclaration spéciale dans le cadre de cet article, à travers lequel il peut exiger, sauf si l'État membre requérant a obtenu le consentement de la personne concernée, que les données à caractère personnel ne puissent être utilisées dans une procédure judiciaire ou dans une procédure connexe qu'avec son accord préalable, et ce dans le cadre des procédures pour lesquelles il aurait pu refuser ou limiter la transmission ou l'utilisation de données à caractère personnel. Ce pays a entendu ainsi limiter l'usage qui pourrait être fait en matière fiscale des données recueillies dans le cas de commissions rogatoires internationales. Il convient de garder ce point à l'esprit dans le cadre d'une communication de pièces à l'administration fiscale fondée sur l'article L 101 du livre des procédures fiscales.

- Restitution (article 8 de la convention)

Ces nouvelles dispositions prévoient que des demandes d'entraide peuvent être présentées dans le but de mettre des objets obtenus par des moyens illicites (par ex des marchandises volées), à la disposition de l'Etat membre requérant en vue de leur restitution à leur propriétaire légitime.

Conçu dans l'optique d'une application limitée aux cas où il n'y a aucun doute sur l'identité du propriétaire légitime du bien, cet article vient préciser le cadre dans lequel la partie requise peut renoncer à la restitution de l'objet remis telle que prévue par les articles 3 et 6 de la convention du 20 avril 1959.

- Transfèrement temporaire aux fins d'une instruction de personnes détenues (article 9 de la convention)

L'article 9 complète l'article 11 de la convention du 20 avril 1959. Il permet à un Etat membre de conclure des arrangements en vue du transfèrement temporaire, dans un autre Etat membre d'une personne détenue sur son territoire, dans le cadre d'une instruction.

L'accord prévoit les modalités du transfèrement temporaire de la personne et le délai dans lequel elle doit être renvoyée sur le territoire de l'Etat membre requérant.

Si la législation de l'Etat membre requis exige que la personne concernée consente à son transfèrement, une déclaration de consentement ou une copie de celle-ci est fournie sans tarder à l'Etat membre requis. La France n'a pas fait de déclaration pour exiger un tel consentement.

La période de détention subie sur le territoire de l'Etat membre requis est déduite de la durée de la détention que doit ou devra subir l'intéressé sur le territoire de l'Etat membre requérant.

La question des interceptions des télécommunications prévue aux articles 17 à 22 de la convention fera l'objet d'un commentaire séparé par dépêche ultérieure.

II - LE PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION DU 29 MAI 2000

Sur proposition française, les Etats parties à la convention du 29 mai 2000 ont décidé d'en compléter le contenu par un protocole additionnel dont l'objectif est d'améliorer l'entraide pénale en matière de blanchiment. C'est la raison pour laquelle une partie de ce protocole est consacrée aux demandes d'entraide pénale en matière bancaire.

Toutefois, il doit être souligné que les dispositions du protocole additionnel s'intègrent à celles de la convention du 29 mai 2000 et réciproquement, de la même manière que si elles avaient été introduites ensemble dans un seul et même instrument. Ainsi, à l'exception notable des dispositions de l'article 1^{er} qui ne s'appliquent qu'à certaines infractions, les dispositions du protocole additionnel ont une portée générale tout comme celles de la convention du 29 mai 2000.

De la même façon, il convient d'observer que le champ d'application des articles 5 à 9 du protocole n'est pas limité aux seules demandes d'entraide judiciaire visant à la fourniture de renseignements bancaires (articles 1 à 3 du protocole). Ces dispositions, qui visent à simplifier et à rendre plus efficace le fonctionnement de l'entraide judiciaire en matière pénale, ont donc vocation à s'appliquer à tout type de demande.

Tout comme la convention du 29 mai 2000, le protocole peut être consulté sur le site Intranet de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces (Entraide Pénale Internationale) avec les déclarations y afférentes du gouvernement de la République française.

Le protocole est entré en vigueur le 5 octobre 2005 dans l'Union européenne.

A ce jour il est applicable entre la France et l'Espagne, la Finlande, et les Pays-Bas, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Slovaquie et la Suède depuis les dates indiquées dans l'annexe 4.

Pour les autres pays de l'Union européenne, le protocole entrera en vigueur conformément aux notifications faites par ces Etats qu'il convient de consulter en se reportant au site de l'Union Européenne.

1. Entraide pénale en matière bancaire

L'objet essentiel du protocole est d'inscrire dans le texte de la convention l'engagement des Etats parties à s'échanger l'information la plus complète et la plus large possible en matière bancaire.

Les demandes peuvent porter sur l'identification de comptes bancaires ouverts au nom d'une personne physique ou morale (article 1), sur la description de transactions bancaires réalisées pendant une période déterminée (article 2), mais également sur le suivi de transactions bancaires pendant un temps déterminé (article 3).

1.1. Demande d'information sur des comptes bancaires

Cette disposition fait peser sur les Etats parties une obligation de moyens pour la fourniture rapide d'information sur des comptes bancaires. En revanche, elle n'impose pas la manière d'y parvenir (comme par exemple en France par la centralisation des informations bancaires sur le FICOBA).

Il doit être précisé que le protocole a entendu l'expression « compte bancaire » dans son acception la plus large. Peu importent la nature des comptes concernés, leur nombre et la nature de la banque.

Ainsi, peuvent faire l'objet d'une demande d'information : les comptes personnels de l'individu objet de l'enquête, ceux dont il est le bénéficiaire économique (notion utilisée dans certaines places bancaires) mais également ceux du bénéficiaire d'une procuration. Dans ce dernier cas, l'obligation d'informer doit être exécutée dans un délai raisonnable (article 1).

1.2. Demande d'information sur des transactions bancaires

Une telle demande peut intervenir à la suite d'une demande d'identification prévue à l'article 1, sous la forme de demande complémentaire telle que prévue par l'article 6 du protocole. Elle peut également être formulée de manière indépendante, soit encore directement, lorsque les comptes ont déjà été identifiés dans le pays requis.

Aucune limite n'est en ce domaine fixée sur les renseignements recherchés. Le texte se contente de renvoyer au contenu de la demande de l'Etat requérant en précisant que l'Etat requis fournit les renseignements concernant les comptes et « les opérations réalisées pendant une période déterminée spécifiée dans la demande ».

En outre, le premier paragraphe de l'article 2 du protocole ne subordonne pas l'exécution de ce type de demande à l'existence d'une procédure pénale engagée à l'encontre de la personne titulaire du ou des comptes. Il s'agit par là d'indiquer clairement que les autorités judiciaires requises sont tenues d'apporter leur concours à des demandes d'entraide portant sur des comptes détenus par des tiers ne faisant pas eux-même l'objet d'une procédure pénale (par exemple un transporteur de fonds).

Les renseignements peuvent porter tant sur des comptes émetteurs que sur des comptes récepteurs, ce qui permet de reconstituer les flux d'entrée et de départ des opérations concernées.

1.3 Demande de suivi des transactions bancaires

Il s'agit là d'une innovation totale puisque ce dispositif n'existe dans aucun texte antérieur.

Il fait obligation aux Etats parties de mettre en place un mécanisme qui leur permette de pouvoir répondre à une requête portant sur le suivi de transactions bancaires. Aucune spécification n'étant développée, l'Etat requis a toute latitude quant au mécanisme et aux conditions qu'il pourra fixer (suivi journalier, mensuel...) au regard de la demande initiale.

Toutefois, le caractère contraignant de cette obligation est limité par le paragraphe 3 de l'article 3 du protocole qui permet à la partie requise de décider ou non d'octroyer la mesure « dans chaque cas individuel » et « dans le respect de la législation nationale ».

2. Des conditions diverses d'exécution de l'entraide selon le type de demande

Les conditions posées par le protocole à l'exécution des demandes d'entraide diffèrent selon le type d'information sollicité. Les contraintes les plus fortes concernent les demandes d'information sur des comptes bancaires.

Conditions relatives à l'exécution de la demande d'information sur des comptes bancaires

a) Quant aux infractions visées

Exception au caractère général des dispositions de la convention du 29 mai 2000 et de son protocole, l'article 1.3 de ce dernier stipule que les obligations visées à l'article 1^{er} ne s'appliquent que dans le cas où les infractions visées correspondent à l'une des trois possibilités suivantes:

*soit un fait punissable d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans dans l'Etat requérant **et** d'au moins deux ans dans l'Etat requis.

Cette hypothèse conjugue les seuils de peine des deux Etats (requérant: 4 ans et requis: 2 ans), ce qui suppose donc que les faits soient incriminés dans ces deux Etats.

En pratique, les textes répressifs français relatifs aux faits de blanchiment, abus de biens sociaux, escroquerie, fraude fiscale, corruption, trafic d'influence ou détournement de fonds publics ne sont pas en deçà des seuils fixés par le protocole.

*soit une infraction visée à l'article 2 de la convention de 1995 portant création d'un office européen de police (convention Europol) ou à l'annexe de cette convention telle que modifiée ²

*soit, dans la mesure où elle ne serait pas couverte par la convention Europol, une infraction visée dans la convention de 1995 relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes, son protocole de 1996 ou son deuxième protocole de 1997.³

b) Quant à la motivation de la demande d'information

- L'article 1.4 du protocole dispose que l'autorité dont émane la demande relative à l'identification des comptes bancaires :

* indique les raisons pour lesquelles elle considère que les informations demandées sont susceptibles d'être fondamentales pour l'enquête en cours ;

* précise les raisons qui l'amènent à supposer que des banques situées dans l'Etat requis détiennent les comptes en question et indique, dans la mesure où elle dispose d'indices, quelles sont les banques qui pourraient être concernées ;

* communique toute information susceptible de faciliter l'exécution de la demande.

Aucune sanction d'un défaut de ces renseignements n'est prévue par la convention. Aussi, l'information la plus complète devrait être un gage d'exécution positive et rapide. En effet, ces précisions ont été incluses dans le but de faciliter le travail de la partie requise.

² Les infractions prévues par l'article 2 de la convention de 1995 sont : le terrorisme, le trafic de stupéfiants, le trafic d'être humains, le trafic de produits nucléaires et radio-actifs, le trafic d'étrangers clandestins et le blanchiment, le trafic d'êtres humains, le trafic de véhicules volés ainsi que les infractions qui leur sont connexes.

Les infractions prévues par l'annexe sont le meurtre ou les blessures graves le trafic d'organes et de tissus humains, l'enlèvement, la prise d'otages, le racisme et la xénophobie, le vol en bande organisée, le trafic d'œuvres d'art ou de biens cultures, la fraude, l'extorsion, la contrefaçon, la falsification de documents administratifs et leur usage, la fausse monnaie et la contrefaçon de moyens de paiement, la corruption, la criminalité informatique, le trafic d'armes, munitions et explosifs, le trafic d'espèces animales protégées, le trafic de plantes protégées et le trafic d'hormones.

³ Les infractions concernées sont la fraude, la corruption et le blanchiment de capitaux.

Le protocole autorise les Etats à subordonner l'exécution d'une telle demande « aux mêmes conditions que celles qu'ils appliquent pour les demandes aux fins de perquisitions et saisies », soit, notamment, le contrôle de la double incrimination prévu par l'article 51 de la convention d'application des Accords de Schengen ainsi que la compatibilité avec leur législation.

Si la question de la double incrimination est réglée par le protocole (cf. supra, article 1-3), tel n'est pas le cas de la compatibilité à la loi nationale. Il n'est pas exclu que des autorités requises opposent le caractère non proportionnel de la demande par rapport à l'importance de l'affaire. Pour pallier ce risque, l'article 10 du protocole prévoit (cf. infra C) point 3) une procédure de signalement des refus fondés sur cette raison à Eurojust et au Conseil des ministres de l'Union européenne.

Conditions relatives à l'exécution des demandes visées aux articles 2 et 3 du protocole additionnel (demande d'information sur des transactions bancaires et demande de suivi de transactions bancaires)

Les demandes doivent contenir les raisons pour lesquelles il est considéré que les informations demandées sont pertinentes pour l'enquête en cours. (articles 2.3 et 3.2)

En outre, il est également prévu que les Etats chargés de l'exécution d'une demande d'information sur des transactions bancaires puissent subordonner cette dernière aux mêmes conditions que celles afférentes aux demandes aux fins de perquisitions et saisies. Cette possibilité n'est pas prévue pour l'exécution d'une demande de suivi de transactions bancaires dont l'exécution est subordonnée à des conditions plus larges. (cf. A.3)

3. Dispositions générales visant à faciliter l'entraide

L'objectif de nécessaire collaboration entre les Etats mentionné aux articles 3 à 6 de la convention du 29 mai 2000 a été complété par le protocole. Ce dernier prévoit en effet une obligation générale d'informer ainsi qu'une forme allégée d'exigences pour les demandes complémentaires. En outre, le protocole énonce l'impossibilité de refuser une demande d'entraide en matière bancaire par référence au secret bancaire, ou au caractère politique de l'infraction visée.

- Renforcement de l'obligation d'informer

L'article 5 du protocole prévoit que, si au cours de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire, l'autorité chargée de cette exécution juge opportun d'entreprendre des enquêtes non prévues initialement, elle en informe **sans délai** l'autorité requérante pour lui permettre de prendre de nouvelles mesures. Cette disposition a pour objet de rendre les enquêtes plus complètes et d'éviter les nullités de procédures qui résulteraient d'actes réalisés hors du champ de la demande d'entraide initiale.

L'article 6 du protocole crée deux assouplissements d'importance en matière d'entraide.

En premier lieu, il prévoit que toute demande complétant une demande antérieure n'est pas soumise aux exigences de motivation déjà fournies dans la demande initiale. Il sera simplement nécessaire de se référer à la première demande pour compléter la partie relative aux actes demandés. (article 6.1)

En second lieu, dès lors que l'autorité judiciaire à l'origine de la demande a été autorisée à se rendre sur le territoire de l'Etat requis, elle pourra adresser une demande d'entraide complémentaire directement à l'autorité compétente lors de sa présence dans cet Etat. (article 6.2). Cette disposition a été prévue pour les cas où l'exécution d'une demande

d'entraide débouche immédiatement sur de nouvelles investigations à mener dans l'Etat membre requis.

- *Secret bancaire, confidentialité, infractions fiscales et politiques*

a) Secret bancaire, infractions politiques et fiscales ne peuvent plus être des causes de refus d'exécution d'une demande d'entraide.

Les Etats parties au protocole additionnel à la convention du 29 mai 2000 ne pourront plus refuser l'exécution d'une demande d'entraide pénale fondée au seul motif qu'ils considèrent l'infraction sur laquelle porte la demande comme une infraction fiscale. (article 8.1)

De plus, aucune demande d'entraide ne peut être rejetée au motif que le droit de l'Etat requis n'impose pas le même type de taxes ou impôts, ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes et impôts, de douanes et de change que le droit de l'Etat requérant. (article 8.2)

En outre, dans l'hypothèse où l'Etat requis aura subordonné l'exécution d'une demande d'entraide portant sur une infraction fiscale à l'existence d'une incrimination identique dans son droit interne, l'article 8.2 du protocole indique que cette condition sera remplie dès lors qu'existe une infraction de même nature dans le droit de l'Etat requis. Ainsi le 3^{ème} paragraphe de l'article 8 du protocole abroge-t-il l'article 50 de la convention d'application des accords de Schengen.

Enfin, l'article 9 du protocole dispose que l'entraide judiciaire ne peut être rejetée au seul motif que la demande se rapporte à une infraction que l'Etat requis qualifie d'infraction politique. Comme le permet le protocole, la France a cependant fait une déclaration indiquant qu'elle n'appliquera cette disposition qu'à certaines infractions terroristes, visées dans la convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme.

b) Chaque Etat membre doit prendre des mesures nécessaires afin que les banques ne révèlent pas au client concerné ni à d'autres tiers que des informations ont été transmises à l'Etat membre requérant. (article 4)

c) Transmission au Conseil des décisions de rejet et saisine d'Eurojust

Pour une meilleure efficacité de l'entraide pénale internationale, le protocole prévoit la transmission au Conseil, par l'Etat requis, de sa décision de refus lorsqu'elle est motivée par :

- l'article 2 b de la convention du 20 avril 1959 (atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels du pays) ;

- l'article 51 de la convention d'application des Accords de Schengen⁴

- l'article 5 de la convention du 20 avril 1959 (double incrimination, infraction visée pouvant donner lieu à extradition, compatibilité avec le droit de la partie requise)

- les articles 1§5 et 2 § 4 du présent protocole (lorsque l'Etat requis use de sa possibilité de subordonner l'exé

⁴ Cet article dispose que les parties contractantes ne subordonnent pas la recevabilité de demande d'entraide aux fins de perquisitions et saisies à des conditions autres que « le fait qui a donné lieu à la commission rogatoire est punissable selon le droit des deux parties contractantes d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté restreignant la liberté d'un maximum d'au moins 6 mois ou punissable selon le droit d'une des parties contractantes d'une sanction équivalente et selon le droit de l'autre partie contractantes au titre d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à recours devant une juridiction compétente notamment en matière pénale » ; « l'exécution de la commission rogatoire est compatible avec le droit de la partie contractante requise. »

La saisine d'Eurojust peut ensuite avoir lieu dès lors que le refus porte sur une demande d'information sur des comptes bancaires en vue d'une éventuelle solution pratique.

Je vous serais obligé de bien vouloir veiller à la diffusion de cette circulaire et de m'aviser, sous le timbre de la direction des affaires criminelles et des grâces, sous-direction de la justice pénale spécialisée, bureau de l'entraide pénale internationale, des difficultés qui seraient susceptibles de résulter des dispositions qui y sont commentées.

Pour le garde des sceaux, ministre de la justice
Par délégation, le directeur des affaires criminelles et des grâces

Jean-Marie HUET