

(Actes adoptés en application du titre VI du traité sur l'Union européenne)

Rapport explicatif concernant le protocole à la convention de 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne

(Texte approuvé par le Conseil le 14 octobre 2002)

(2002/C 257/01)

I. INTRODUCTION

En juin 2000, la France a présenté un projet d'instrument relatif à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne. Cette initiative a pris en compte les conclusions adoptées lors du Conseil européen tenu à Tampere les 15 et 16 octobre 1999, qui indiquaient que les formes graves de criminalité économique sont l'un des secteurs revêtant une importance particulière, que le blanchiment d'argent est au cœur même de la criminalité organisée et qu'il faut l'éradiquer partout où il existe. L'initiative française a également pris en considération les résultats des évaluations mutuelles effectuées en application de l'action commune de 1997⁽¹⁾ afin d'apprécier la mise en œuvre des obligations internationales dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale.

À l'origine, cette initiative a été présentée sous la forme d'une nouvelle convention visant à compléter en particulier la convention de 1959 du Conseil de l'Europe relative à l'entraide judiciaire en matière pénale (ci-après dénommée «la convention européenne d'entraide judiciaire») et la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, adoptée le 29 mai 2000⁽²⁾ (ci-après dénommée «la convention de 2000»). Dans le courant des négociations, l'instrument a été transformé en protocole à la convention de 2000 et complété par des dispositions qui n'étaient pas couvertes par le texte d'origine (articles 3 et 9). Une disposition figurant dans le projet d'origine, relative à la suppression de l'exigence de double incrimination, n'a pas été reprise dans le protocole.

Ce protocole a été établi par le Conseil le 16 octobre 2001⁽³⁾ et signé le même jour par tous les États membres. La Norvège et l'Islande ont informé le Conseil qu'elles acceptaient le contenu de la disposition du protocole qui leur était applicable (article 8). Une déclaration du Conseil relative à l'exigence de double incrimination et à d'autres questions ayant trait au rejet

des demandes d'entraide a été inscrite au procès-verbal du Conseil lors de l'adoption de l'instrument⁽⁴⁾.

II. OBSERVATIONS D'ORDRE GÉNÉRAL

Comme indiqué dans le préambule du protocole, les dispositions de celui-ci sont annexées à la convention de 2000, dont elles font partie intégrante. Cela implique que les dispositions de la convention s'appliquent à celles du protocole et réciproquement, de la même manière que si elles avaient toutes fait partie du même instrument. La convention de 2000 quant à elle complète la convention européenne d'entraide judiciaire et son protocole additionnel de 1978, ainsi que la convention d'application de l'accord de Schengen et le traité Benelux (article 1^{er} de la convention de 2000). Cela signifie notamment que les dispositions de l'article 24 de la convention européenne d'entraide judiciaire relatif à l'indication des «autorités judiciaires», de l'article 3 de cette même convention relatif à la manière d'exécuter une demande, de l'article 4 de la convention de 2000 relatif aux formalités et procédures dans le cadre de l'exécution des demandes d'entraide judiciaire et de l'article 6 de cette même convention, aux termes duquel les demandes d'entraide peuvent être faites par télécopie ou par courrier électronique dans des conditions permettant à l'État membre destinataire d'en vérifier l'authenticité et peuvent être transmises directement entre les autorités judiciaires, s'appliquent aussi aux mesures prévues dans le protocole. Tout comme la convention européenne d'entraide judiciaire et la convention de 2000, les dispositions du protocole ont une portée générale, à une exception notable près: les dispositions de l'article 1^{er} ne s'appliquent qu'à certaines infractions.

Les dispositions du protocole peuvent être divisées en trois parties distinctes: l'entraide en matière de comptes bancaires (articles 1^{er} à 4), les demandes complémentaires (articles 5 et 6) et les motifs de rejet (articles 7 à 10). Les articles 11 à 16 incluent des dispositions relatives aux réserves, à l'entrée en vigueur du protocole, à l'adhésion de nouveaux États membres, à la position de l'Islande et de la Norvège à l'égard du protocole et à l'entrée en vigueur de celui-ci pour ces deux pays, ainsi qu'au depositaire.

⁽¹⁾ Action commune instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée (JO L 344 du 15.12.1997, p. 7).

⁽²⁾ JO C 197 du 12.7.2000, p. 1. Voir également le rapport explicatif concernant la convention au JO C 379 du 29.12.2000, p. 7.

⁽³⁾ JO C 326 du 21.11.2001, p. 1.

⁽⁴⁾ La déclaration du Conseil est libellée comme suit: «Le Conseil prend note du fait que le débat sur la suppression de l'exigence de double incrimination n'a pas permis d'arrêter une position définitive des États membres sur cette question. Le Conseil convient que la question du rejet des demandes d'entraide, y compris notamment celui fondé sur l'exigence de double incrimination, sera à nouveau examinée par le Conseil deux ans après l'entrée en vigueur du protocole, à la lumière de toute information transmise au Conseil et à Eurojust au titre de l'article 10 du protocole.»

III. OBSERVATIONS CONCERNANT LES DIFFÉRENTS ARTICLES

A. Entraide en matière de comptes bancaires

Les articles 1^{er} à 4 du protocole comportent des dispositions qui ont pour but d'améliorer l'entraide en ce qui concerne les informations détenues par les banques. L'article 1^{er} peut être appliqué afin de se procurer des informations sur des comptes bancaires dans les cas où l'État requérant considère que ces informations sont susceptibles de présenter un intérêt fondamental pour une enquête en cours. L'article 2 contient des dispositions relatives à l'entraide en vue d'obtenir des renseignements concernant des opérations réalisées pendant une période déterminée sur un compte bancaire spécifié; les dispositions de l'article 3 portent, quant à elles, sur l'entraide en matière de suivi d'opérations qui pourraient, à l'avenir, être réalisées sur un compte bancaire spécifié. L'article 4 inclut des dispositions visant à garantir que toute entraide fournie conformément aux articles 1^{er} à 3 du protocole n'est pas portée à la connaissance du titulaire du compte bancaire ni à celle de tiers.

Article 1^{er}: Demandes d'information sur des comptes bancaires

Cet article oblige les États membres, sur demande et dans des cas précis, à rechercher des comptes bancaires situés sur leur territoire et, de ce fait, les oblige indirectement à mettre en place un mécanisme leur permettant de fournir l'information demandée. La portée de l'obligation est limitée par les paragraphes 2, 3 et 5. L'intention qui sous-tend le paragraphe 4 est de limiter, dans la mesure du possible, la demande à certaines banques et/ou à certains comptes et de faciliter l'exécution de la demande.

En ce qui concerne les formalités et la procédure, l'article 3 de la convention européenne d'entraide judiciaire et l'article 4 de la convention de 2000 s'appliquent.

Paragraphe 1

L'obligation visée au paragraphe 1 suppose d'être en mesure de rechercher des comptes bancaires sur l'ensemble du territoire de l'État membre requis. Le paragraphe 1 n'oblige pas les États membres à créer un registre centralisé des comptes bancaires mais laisse à chaque État membre le soin de décider de la manière de se conformer d'une manière efficace à cette disposition. Si l'État membre requis parvient à repérer des comptes bancaires sur son territoire, il est tenu de fournir à l'État membre requérant les numéros de compte en question et toutes leurs données. L'État membre requérant peut, sur la base de ces informations, présenter une demande au titre de l'article 2 ou 3, en recourant à la procédure simplifiée prévue à l'article 6.

Cette obligation est limitée aux comptes *détenus* ou *contrôlés* par une personne physique ou morale faisant l'objet d'une enquête pénale. Cette obligation concerne également, sous certaines conditions, les comptes pour lesquels cette personne a *procuration* (deuxième alinéa).

Lors des négociations, il a été admis que, par «comptes contrôlés par une personne faisant l'objet d'une enquête», on entend également les comptes dont cette personne est le véritable bénéficiaire économique et que cela vaut d'une manière générale, que ces comptes aient pour titulaire une personne physique, une personne morale ou une entité agissant sous la forme ou pour le compte de fonds fiduciaires ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation dont l'identité des constituants ou des bénéficiaires n'est pas connue. Le concept de bénéficiaire économique doit être interprété conformément à l'article 3, paragraphe 5, de la directive 91/308/CEE du Conseil du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux⁽¹⁾ telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001⁽²⁾ (ci-après dénommée «directive sur le blanchiment de capitaux»).

Les comptes pour lesquels la personne faisant l'objet d'une procédure de *procuration* sont, en tant que tels, couverts par la notion de «comptes contrôlés par»; néanmoins, une disposition spéciale s'applique en ce qui concerne ce type de comptes (deuxième alinéa). Ils ne sont pas couverts d'office. Ils doivent pour cela avoir fait l'objet d'une demande de renseignements spécifique en ce sens de la part de l'État requérant. De plus, il faut que ces renseignements puissent être fournis dans un délai raisonnable. Cette expression implique l'obligation, pour l'État requis, non pas de tout mettre en œuvre pour collecter les renseignements, quels que soient le coût et le temps nécessaires à cet effet, mais de fournir un effort qui soit, en termes de ressources, proportionnel à l'importance et à l'urgence du cas. L'État requis sera en mesure d'apprécier l'effort à fournir à partir des renseignements que l'État requérant est tenu de lui donner conformément au paragraphe 4. L'une des raisons justifiant ces restrictions est que les renseignements relatifs aux procurations sont souvent plus difficilement accessibles, même si «la banque [...] possède ces renseignements». Par exemple, il se peut que ces renseignements ne soient pas disponibles par le biais du système informatique du siège de la banque, mais qu'il faille se les procurer auprès des agences de cette banque. Dans certains cas, les renseignements recherchés ne sont disponibles que dans des dossiers non informatisés.

Paragraphe 2

Ce paragraphe précise que l'obligation de fournir des renseignements ne s'applique que dans la mesure où la banque qui gère le compte possède ces renseignements. Le protocole n'impose donc aux États membres ou aux banques aucune nouvelle obligation de conserver des renseignements relatifs aux comptes bancaires. Les dispositions relatives à la conservation de ces renseignements, qui ne relèvent pas d'un instrument du troisième pilier, figurent notamment à l'article 4 de la directive sur le blanchiment de capitaux.

⁽¹⁾ JO L 166 du 28.6.1991, p. 77.

⁽²⁾ JO L 344 du 28.12.2001, p. 76.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 stipule que les obligations visées à l'article 1^{er} ne s'appliquent qu'à certains types d'infractions. Il s'agit là d'une exception à la règle qui s'applique normalement dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale; en effet, la convention européenne d'entraide judiciaire et son protocole, ainsi que la convention de 2000, ont un champ d'application général. Les dispositions énoncées dans ce paragraphe sont le résultat d'un compromis entre les États membres favorables à un champ d'application général, ceux préférant différents seuils de peine et enfin ceux privilégiant une liste d'infractions. Le texte définitif a été arrêté compte tenu de la somme de travail que pourrait nécessiter l'exécution des demandes d'informations sur des comptes bancaires et du fait qu'il s'agit d'une mesure nouvelle, qui n'avait été prévue par aucun des instruments précédents relatifs à l'entraide judiciaire en matière pénale, de sorte qu'elle doit encore être mise en place dans certains États membres. La disposition énoncée au paragraphe 6, qui rappelle que le Conseil peut décider d'étendre, à l'avenir, le champ d'application de l'article à d'autres formes d'infractions, fait partie du compromis.

La solution retenue prévoit que l'infraction en question doit être couverte par au moins une des trois possibilités suivantes: la première conjugue les seuils de peine des deux États — quatre ans dans l'État membre requérant et deux ans dans l'État membre requis — (premier tiret). Les deux autres possibilités sont des listes d'infractions, à savoir la liste des infractions figurant dans la convention Europol (deuxième tiret) ou les infractions couvertes par les instruments relatifs à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, dans la mesure où elles ne seraient pas déjà couvertes par la liste figurant dans la liste d'Europol (troisième tiret).

La référence aux infractions visées par la convention Europol — telle que modifiée — signifie que tous les types d'infractions énumérés à l'article 2 de cette convention et dans son annexe sont couverts par le protocole ⁽¹⁾. On notera que la référence à la convention Europol n'inclut pas de référence aux restrictions fixées à l'article 2 relatif à des indices concrets révélant l'existence d'une structure ou d'une organisation criminelle ou indiquant qu'une approche commune s'impose.

Les infractions visées à l'article 2 de la convention Europol à la date de publication du présent rapport sont les suivantes:

- le terrorisme,
- le trafic illicite de stupéfiants ⁽²⁾,

⁽¹⁾ La référence à la convention Europol s'entend comme une référence également à la décision du Conseil du 3 décembre 1998 visant à compléter la définition de la forme de criminalité dite «traite des êtres humains» figurant à l'annexe de la convention Europol (JO C 26 du 30.1.1999, p. 21) et au protocole du 30 novembre 2000 modifiant l'article 2 et l'annexe de la convention Europol (JO C 358 du 13.12.2000, p. 1).

⁽²⁾ Aux fins de l'article 2 de la convention Europol, le trafic illicite est constitué par les infractions qui sont énumérées à l'article 3, paragraphe 1, de la convention des Nations unies du 20 décembre 1988 contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, ainsi que dans les dispositions modifiant ou remplaçant cette convention.

- le trafic de matières nucléaires et radioactives,
- les filières d'immigration clandestine,
- la traite des êtres humains,
- le trafic de véhicules volés,
- les infractions commises ou susceptibles d'être commises dans le cadre d'activités de terrorisme portant atteinte à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté des personnes ainsi qu'aux biens,
- le blanchiment de l'argent lié à ces formes de criminalité ou à leurs aspects spécifiques, et
- les infractions qui leur sont connexes ⁽³⁾.

Les infractions visées à l'annexe de la convention Europol ⁽⁴⁾ sont les suivantes:

- l'homicide volontaire, les coups et blessures graves,
- le trafic illicite d'organes et de tissus humains,
- l'enlèvement, la séquestration et la prise d'otage,
- le racisme et la xénophobie,
- les vols organisés,
- le trafic illicite de biens culturels, y compris les antiquités et les œuvres d'art,
- les escroqueries et les fraudes,
- le racket et l'extorsion de fonds,
- la contrefaçon et le piratage de produits,
- la falsification de documents administratifs et le trafic de faux,
- le faux monnayage, la falsification de moyens de paiement,
- la criminalité informatique,
- la corruption,
- le trafic illicite d'armes, de munitions et d'explosifs,
- le trafic illicite d'espèces animales menacées,

⁽³⁾ Les infractions commises pour se procurer les moyens de perpétrer les actes énumérés, pour en faciliter ou en consommer l'exécution et pour en assurer l'impunité (article 2, paragraphe 3, point 2, de la convention Europol).

⁽⁴⁾ Dans cette annexe, il est rappelé que, conformément à l'article 2, paragraphe 2, la compétence d'Europol comprend également le blanchiment d'argent et les infractions qui lui sont connexes.

- le trafic illicite d'espèces et d'essences végétales menacées,
- la criminalité au détriment de l'environnement, et
- le trafic illicite de substances hormonales et autres facteurs de croissance.

La convention de 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes et son protocole portent sur des infractions qui sont déjà, dans une large mesure, voire dans leur intégralité, couvertes par la liste d'Europol. Ces infractions sont les suivantes:

- la fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes,
- l'établissement ou la fourniture intentionnels de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets ayant le même effet (s'ils ne sont pas déjà punissables soit comme infraction principale, soit à titre de complicité, d'instigation ou de tentative de fraude) ⁽¹⁾,
- la corruption passive portant atteinte ou susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes,
- la corruption active portant atteinte ou susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes et
- le blanchiment de capitaux liés au produit de la fraude ici visée, du moins dans les cas graves, et de la corruption active et passive en question.

Paragraphe 4

Le libellé du paragraphe 4 a été ajouté au vu de la somme de travail que peut nécessiter l'exécution d'une demande d'information. Il établit certaines obligations auxquelles l'État requérant doit satisfaire. L'intention qui sous-tend ce paragraphe est de limiter, dans la mesure du possible, la demande à certaines banques et/ou à certains comptes et de faciliter l'exécution de la demande. Il fait obligation à l'État requérant d'examiner soigneusement si les informations demandées «sont susceptibles d'être fondamentales pour l'enquête portant sur l'infraction» et, le cas échéant, de l'indiquer expressément dans sa demande (premier tiret), ainsi que de déterminer avec soin à quel(s) État(s) membre(s) il doit adresser sa demande (second tiret).

Le paragraphe 4 implique que l'État membre requérant ne peut utiliser cette mesure pour «glaner» des informations auprès de l'un ou l'autre État membre, voire de l'ensemble d'entre eux, mais qu'il doit adresser sa demande à un État membre qui soit susceptible de lui fournir l'information demandée. Cependant, la disposition n'autorise pas l'État requis à mettre en cause les raisons pour lesquelles l'État requérant considère, conformément au premier tiret du paragraphe, que les informations demandées sont susceptibles d'être fondamentales pour l'enquête portant sur l'infraction.

La demande devrait également comporter, dans la mesure où elles sont disponibles, des informations concernant les banques qui pourraient tenir les comptes en question (deuxième tiret). Il découle de ce qui précède que l'État membre requérant devrait tenter de limiter sa demande à certains types de comptes bancaires et/ou aux comptes tenus par certaines banques. L'État requis sera alors en mesure de circonscrire en conséquence les mesures nécessaires à l'exécution de la demande.

Le troisième tiret prévoit que l'État requérant communique également à l'État requis toute information susceptible de faciliter l'exécution de la demande. Là encore, cette disposition a été ajoutée au vu de la somme de travail que pourrait nécessiter l'exécution des demandes.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 prévoit que les États membres peuvent assimiler les demandes au titre de l'article 1^{er} aux demandes de perquisition et de saisie et donc appliquer les mêmes conditions que celles qu'ils appliquent à ces dernières. Cela permet aux États membres d'exiger la double incrimination et la compatibilité avec leur législation tout comme ils peuvent appliquer ces exigences aux demandes de perquisition et de saisie. L'article 10 établit un mécanisme qui permet un suivi des rejets liés au non-respect de ces conditions.

L'exigence de double incrimination sera normalement satisfaite pour ce qui est des infractions couvertes par le paragraphe 3. Si, toutefois, l'infraction faisant l'objet de l'enquête n'est pas une infraction dans l'État membre requis, l'exigence de double incrimination peut être utilisée comme motif de rejet.

Le droit d'un État membre de subordonner l'exécution à la compatibilité de la demande avec sa législation doit être interprété à la lumière des obligations prévues dans l'article: l'État requis ne doit pas, en appliquant cette condition, compromettre l'effet pratique des paragraphes 1 à 4 de l'article. Les possibilités pour un État membre de refuser l'entraide au motif que la demande n'est pas conforme à sa législation sont donc limitées. Cela signifie par exemple qu'un État membre ne peut pas rejeter une demande présentée au titre de l'article 5 au seul motif que sa législation nationale ne prévoit pas la communication d'informations concernant l'existence de comptes bancaires dans le cadre des enquêtes pénales ou que ses dispositions nationales en matière de perquisition et de saisie exigent normalement un seuil de peine plus élevé que celui fixé au paragraphe 3. Par ailleurs, la disposition permet un contrôle judiciaire dans l'État membre requis. Puisqu'il n'existe pas de règles communes en la matière, la nature de ce contrôle peut varier d'un État membre à l'autre. D'une manière générale, cela signifie que l'État membre requis pourra soumettre la demande à une autorité judiciaire aux fins d'une évaluation de la demande au regard des conditions nationales, y compris les exigences constitutionnelles, qui ne sont pas visées à l'article 1^{er}. Ces conditions peuvent inclure, par exemple, les informations privilégiées.

⁽¹⁾ Article 1^{er}, paragraphe 3, de la convention de 1995.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 contient une disposition selon laquelle le Conseil peut décider d'étendre le champ d'application de l'article 1^{er}. L'extension du champ d'application peut être effectuée par une décision du Conseil au sens de l'article 34, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne. En vertu de cette disposition, le Conseil statue à l'unanimité à l'initiative de tout État membre ou de la Commission et, comme prévu à l'article 39, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne, après consultation du Parlement européen. Le protocole peut donc être modifié sur ce point sans qu'il soit nécessaire de modifier la convention.

Article 2: Demandes d'informations sur des transactions bancaires

L'article 2 contient des dispositions relatives à l'entraide en matière de renseignements concernant des comptes bancaires déterminés, déjà répertoriés, et des opérations bancaires qui ont été réalisées pendant une période déterminée sur ces comptes. Cet article n'introduit pas de nouvelle mesure, mais il précise et détaille simplement une mesure qui est déjà appliquée en vertu de la convention européenne d'entraide judiciaire.

Il existe un lien entre les articles 1^{er} et 2 en ce sens que l'État requérant peut avoir obtenu des renseignements relatifs au compte par le biais d'une mesure visée à l'article 1^{er} et demander ensuite, en s'appuyant sur le système de mesures complémentaires visé à l'article 6, des renseignements concernant les opérations bancaires réalisées sur le compte en question. Il s'agit cependant d'une mesure indépendante, qui peut également être utilisée à l'égard d'un compte bancaire dont les autorités chargées de l'enquête dans l'État requérant ont eu connaissance par tout autre moyen ou voie.

Paragraphe 1

Contrairement à l'article 1^{er}, le paragraphe 1 ne fait aucune référence à des comptes liés à une personne faisant l'objet d'une enquête pénale. Une telle référence est inutile étant donné que cet instrument se fonde sur la convention européenne d'entraide judiciaire et sur la convention de 2000. Cet article s'applique donc aux mêmes procédures que celles visées à l'article 1^{er} de la convention européenne d'entraide judiciaire et celles visées à l'article 3 de la convention de 2000. L'absence de référence à une personne faisant l'objet d'une enquête pénale indique clairement que les États membres sont également tenus d'apporter leur concours lorsqu'il s'agit de comptes détenus par des tiers, qui ne font pas eux-mêmes l'objet d'une procédure pénale, mais dont les comptes ont, d'une manière ou d'une autre, un lien avec une enquête pénale. L'État requérant doit, dans sa demande, faire état de ce lien (paragraphe 3). Au cours des négociations, l'exemple pratique suivant a été donné: le compte d'une personne innocente est utilisé à son insu comme «moyen de transport» entre deux comptes détenus par des personnes suspectes, afin de créer la confusion et de dissimuler la transaction. Dans un tel cas, l'article 2 permet à l'État requérant de se procurer des informations concernant toutes les transactions passant par le compte en question.

Le paragraphe 1 énonce non seulement des dispositions relatives à l'entraide en matière de renseignements concernant un compte bancaire déterminé et des opérations bancaires réalisées pendant une période déterminée sur ce compte, mais il prévoit également que l'État requis fournit une assistance en matière de «renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur». Le but de cette disposition est de préciser qu'il ne suffit pas que l'État requis fournisse, en réponse à une demande, des renseignements indiquant que, à une certaine date, une certaine somme d'argent a été envoyée vers/depuis le compte en question ou vers/depuis un autre compte, mais que cet État est également tenu de fournir à l'État requérant certains renseignements concernant le compte récepteur et/ou émetteur, à savoir: le numéro du compte bancaire et les autres informations nécessaires à l'État requérant afin de présenter une demande d'assistance en ce qui concerne le compte en question (soit en recourant à la procédure simplifiée prévue à l'article 6 si le compte est détenu dans cet État, soit en présentant une nouvelle demande auprès d'un autre État membre). L'État requérant sera ainsi en mesure de suivre les mouvements de capitaux d'un compte à l'autre. Lorsqu'il fournira les renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur, comme prévu dans cette disposition, l'État requis tiendra compte, le cas échéant, des obligations qui lui incombent au titre de la convention européenne de 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

Paragraphe 2

Cette disposition correspond à celle énoncée à l'article 1^{er}, paragraphe 2. On se reportera aux commentaires figurant ci-dessus relatifs à cette dernière.

Paragraphe 3

Cette disposition correspond à celle de l'article 1^{er}, paragraphe 4, premier tiret, mais son libellé est moins contraignant du fait que les demandes présentées en vertu de l'article 2 constituent un domaine bien établi de l'entraide judiciaire et qu'elles sont, par nature, plus spécifiques que celles présentées en vertu de l'article 1^{er}.

Paragraphe 4

Cette disposition correspond à celle de l'article 1^{er}, paragraphe 5. On se reportera aux commentaires y afférents figurant ci-dessus.

Article 3: Demandes de suivi des transactions bancaires

Cet article prévoit une mesure qui n'existait dans aucun des instruments précédents relatifs à l'entraide judiciaire en matière pénale. Cela étant, le libellé de l'article 3 diffère de celui des articles 1^{er} et 2 en ce sens qu'il oblige uniquement les États membres à mettre en place le mécanisme — c'est-à-dire que les États membres doivent être en mesure de fournir une assistance sur demande — mais il laisse à chaque État membre le soin de décider, dans chaque cas individuel, s'il y a lieu de fournir cette assistance et de définir les conditions de celle-ci. Il en résulte un article très peu détaillé. Celui-ci s'inspire de la disposition régissant les livraisons surveillées, qui figure à l'article 12 de la convention de 2000.

Paragraphe 1

Ce paragraphe impose aux États membres de mettre en place un mécanisme grâce auquel ils pourront, sur demande, suivre pendant une période déterminée, toutes les opérations réalisées sur un compte bancaire spécifié.

Paragraphe 2

Cette disposition correspond à celle de l'article 2, paragraphe 3.

Paragraphe 3

Cette disposition reprend l'article 12, paragraphe 2, de la convention de 2000 relatif aux livraisons surveillées. Cela signifie entre autres que l'État membre requis peut appliquer des conditions, notamment un seuil de peine et la double incrimination, qui devraient être respectées dans une affaire nationale similaire.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 stipule que les modalités pratiques du suivi font l'objet d'un accord entre les autorités compétentes des États membres requérant et requis. Cette disposition laisse à l'État requis un contrôle absolu sur toute latitude pour déterminer les modalités du suivi; elle permet aussi aux États requérant et requis de convenir par exemple d'un suivi sur une base journalière ou bien qu'un suivi hebdomadaire est suffisant eu égard aux circonstances du cas en question. Il appartient à l'État requis de décider s'il est possible d'assurer ou non un suivi en temps réel.

Article 4: Confidentialité

Cet article vise à garantir que ni les détenteurs de comptes bancaires ni les tiers ne sont informés de ce que l'une des procédures visées aux articles 1^{er} à 3 est en cours ou a eu lieu. Le libellé de cet article est proche de celui de l'article 8 de la directive sur le blanchiment de capitaux. Il appartient à chaque État membre de déterminer les modalités d'application exactes de l'article 4. Il peut par exemple prononcer à cet effet une interdiction expresse de divulgation, mais il peut également adopter des mesures plus générales en vue de sanctionner un comportement susceptible de porter préjudice à une enquête en cours.

B. Mesures et demandes complémentaires

Les articles 5 et 6 visent à accélérer et à simplifier les procédures lorsque, en cours d'exécution d'une demande d'entraide judiciaire, il apparaît qu'une mesure complémentaire est nécessaire. Ces articles seront bien sûr particulièrement utiles en matière d'assistance concernant des comptes bancaires — où la rapidité est souvent d'une importance capitale — mais leur application ne se limite pas à ce type d'assistance. Ces dispositions s'appliquent à toutes les formes de demandes d'entraide judiciaire.

Article 5: Obligation d'informer

L'article 5 fait obligation à l'autorité compétente de l'État requis d'informer sans délai l'autorité requérante si, en cours d'exécution

d'une demande, elle juge opportun de prendre des mesures complémentaires que l'autorité requérante n'était pas en mesure de prévoir ou de spécifier lors de la demande initiale. Cette obligation peut impliquer que des informations soient communiquées avant même que la réponse officielle à la demande ne puisse être donnée.

Les dispositions de cet article s'appliquent par exemple si, en cours d'exécution d'une demande au titre de l'article 1^{er}, l'État requis identifie un compte et estime que l'État requérant pourrait avoir intérêt à obtenir, dans les meilleurs délais, des renseignements sur les opérations qui viennent d'être réalisées sur le compte en question ou qui seront réalisées dans un avenir proche. L'obligation d'informer ne se limite cependant pas aux demandes couvertes par le protocole, mais a un champ d'application général et s'applique, par exemple, si la nécessité de prendre des mesures complémentaires se révèle lors de l'exécution d'une demande de perquisition domiciliaire. Dans un tel cas, l'État requérant peut, après avoir été alerté, présenter une demande complémentaire au moyen de la procédure simplifiée visée à l'article 6. L'article 5 (mais pas l'article 6) s'applique aussi lorsque la mesure complémentaire doit être prise par un autre État, par exemple, dans le cas où, au cours de l'exécution d'une demande au titre de l'article 2, il s'avère que de l'argent a été versé sur un compte détenu par une banque dans un autre État membre ou un État tiers.

Article 6: Demandes complémentaires d'entraide judiciaire

Cet article comporte deux paragraphes, qui ont pour but de faciliter et d'accélérer la procédure lorsque des mesures complémentaires sont nécessaires.

Paragraphe 1

Cette disposition établit une procédure qui revêt une grande importance sur le plan pratique, à savoir que l'État requérant n'est pas tenu d'introduire une demande réellement nouvelle lorsqu'une mesure complémentaire est nécessaire dans le cadre d'une même enquête ou procédure. Il lui suffit, lors de la demande de mesure complémentaire, de se référer à la demande initiale et de fournir les informations supplémentaires nécessaires.

Paragraphe 2

La disposition du paragraphe 2 est motivée par l'expérience, qui a montré que toutes les autorités des États membres n'étaient pas prêtes à accepter qu'une demande complémentaire soit faite directement, par exemple, par un procureur ou un juge d'instruction étrangers présents sur le territoire de l'État requis lors de l'exécution de sa demande. Cette disposition garantira que la demande complémentaire peut être faite sur place et qu'elle ne doit pas être adressée depuis le territoire de l'État requérant. L'application de cette disposition dans chaque cas individuel présuppose que la personne présente dans l'État requis est compétente, en vertu de l'article 24 de la convention européenne d'entraide judiciaire ou de l'article 24 de la convention de 2000, pour faire une demande d'entraide judiciaire.

L'article 6, paragraphe 3, de la convention de 2000, auquel cette disposition se réfère, énonce des dispositions spéciales applicables au Royaume-Uni et à l'Irlande en matière de communication par voie directe; étant donné que ces États peuvent émettre une réserve d'attente pour protéger leurs communications avec leurs autorités centrales respectives, toute demande complémentaire doit être adressée directement à ces autorités tant que cette réserve d'attente est en vigueur.

C. Motifs de rejet

Les articles 7 à 10 comportent des dispositions visant à limiter ou à surveiller l'opposition de motifs de rejet. Ces dispositions s'appliquent aux demandes d'entraide judiciaire en matière pénale en général et pas seulement aux cas couverts par les articles 1^{er} à 4 du protocole.

Article 7: Secret bancaire

Les dispositions de cet article, qui interdit aux États membres d'invoquer le secret bancaire comme motif de rejet, sont basées sur la première phrase de l'article 18, paragraphe 7, de la convention de 1990 relative au blanchiment de capitaux. Au cours des négociations, il a été convenu que l'expression «secret bancaire» doit être interprétée au sens large, eu égard au droit communautaire et au droit national applicables dans le secteur financier.

Puisque l'article 3 de la convention européenne d'entraide judiciaire s'applique, il est permis aux États membres d'appliquer les formalités et procédures prévues dans leur droit national ⁽¹⁾.

Article 8: Infractions fiscales

L'article 8, paragraphes 1 et 2, reprend en substance les dispositions de l'article 1^{er} et de l'article 2 du protocole additionnel de 1978 à la convention européenne d'entraide judiciaire. Contrairement à l'instrument de 1978, le protocole qui fait l'objet du présent rapport ne permet aucune réserve sur cette disposition (article 11). L'article 8, paragraphes 1 et 2, remplace et précise l'article 50 de la convention d'application de l'accord de Schengen. Cette dernière disposition est, par conséquent, abrogée par l'article 8, paragraphe 3, du protocole.

Article 9: Infractions politiques

Cet article s'inspire, en tous points, de l'article 5 de la convention de l'Union européenne de 1996 relative à l'extradition. Ces dispositions ne figuraient pas dans le projet d'origine mais ont été ajoutées afin de couvrir tous les motifs de rejet visés à l'article 2, point a), de la convention européenne d'entraide judiciaire; l'article 2, point b), de cette convention est couvert par l'article 10 du protocole (*infra*).

Le paragraphe 1 établit le principe selon lequel, aux fins de l'entraide judiciaire entre les États membres, aucune infraction ne peut être considérée comme une infraction politique. Le paragraphe 2 permet aux États membres de déroger à ce prin-

cipe en faisant une déclaration. Toutefois, aucune dérogation n'est autorisée en ce qui concerne les infractions terroristes définies dans ce paragraphe. Les infractions en question sont les suivantes:

- a) les infractions visées aux articles 1^{er} et 2 de la convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme.

Cet article couvre les infractions les plus graves, telles que la prise d'otage, l'utilisation d'armes à feu et d'explosifs, les actes de violence dirigés contre la vie ou la liberté des personnes ou les actes qui créent un danger collectif pour les personnes;

- b) les infractions de conspiration ou d'association de malfaiteurs — qui correspondent au comportement décrit à l'article 3, paragraphe 4, de la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les États membres de l'Union européenne ⁽²⁾ — contribuant à la perpétration d'une ou de plusieurs infractions au sens des articles 1^{er} et 2 de la convention de 1977.

Cette disposition va plus loin que l'article 1^{er}, point f), de la convention de 1977, qui ne porte que sur la tentative de commettre l'une ou l'autre des infractions visées à l'article 1^{er} de cette convention ou la participation en tant que coauteur ou complice d'une personne qui commet ou tente de commettre une telle infraction.

À l'article 3, paragraphe 4, de la convention de 1996, le comportement en question est défini comme suit: «le comportement de toute personne qui contribue à la perpétration, par un groupe de personnes agissant dans un but commun, d'une ou de plusieurs infractions relevant d'activités de terrorisme au sens des articles 1^{er} et 2 de la convention européenne pour la répression du terrorisme, du trafic de stupéfiants et d'autres formes de criminalité organisée ou d'autres actes de violence dirigés contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté d'une personne, ou créant un danger collectif pour des personnes, punies d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins douze mois, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'infraction ou des infractions en cause; sa contribution doit avoir été intentionnelle et commise en ayant connaissance soit du but et de l'activité criminelle générale du groupe, soit de l'intention du groupe de commettre l'infraction ou les infractions en cause».

Enfin, l'article 9, paragraphe 3, prévoit que les réserves formulées au titre de l'article 13 de la convention de 1977 ne s'appliquent pas à l'entraide judiciaire entre les États membres. Cette disposition est valable à la fois pour les États membres qui appliquent pleinement le principe énoncé à l'article 9, paragraphe 1, et pour ceux qui font une déclaration au titre de l'article 9, paragraphe 2.

⁽¹⁾ L'article 18, paragraphe 7, deuxième phrase, de la convention de 1990 relative au blanchiment de capitaux stipule: «Lorsque son droit interne l'exige, une partie peut exiger qu'une demande de coopération qui impliquerait la levée du secret bancaire soit autorisée, soit par un juge, soit par une autre autorité judiciaire, y compris le ministère public, ces autorités agissant en matière d'infractions pénales».

⁽²⁾ JO C 313 du 23.10.1996, p. 11.

Article 10: Transmission au Conseil des décisions de rejet et saisine d'Eurojust⁽¹⁾**Paragraphe 1**

Le premier paragraphe de l'article 10 oblige, dans certaines situations, un État membre qui rejette une demande d'entraide judiciaire à transmettre la décision de rejet motivée au Conseil en vue d'une prise en considération éventuelle et d'une évaluation ultérieure. Cette obligation ne s'applique qu'après que l'État membre requis a formellement décidé de rejeter la demande et ne s'applique pas, contrairement aux dispositions du paragraphe 2, aux cas pendants. La procédure ne compromettra donc pas l'indépendance du système judiciaire. De plus, cette obligation ne s'applique que si l'État membre requérant persiste dans sa demande et qu'aucune solution ne peut être trouvée.

L'objectif du paragraphe 1 est de donner au Conseil la possibilité d'évaluer et de suivre le fonctionnement de la coopération judiciaire entre les États membres. L'information transmise au Conseil devrait évidemment se limiter aux faits pertinents aux fins de l'évaluation du fonctionnement de la coopération judiciaire entre les États membres. En conséquence, l'obligation d'informer le Conseil ne porte sur aucune information confidentielle ou sensible qui pourrait figurer dans le dossier relatif au cas en question.

La procédure s'entend sans préjudice de l'article 35, paragraphe 7, du traité sur l'Union européenne. Aux termes de cette disposition, la Cour de justice est compétente, entre autres, pour statuer sur certains différends entre États membres, dès lors que ces différends n'ont pu être réglés au sein du Conseil dans les six mois qui ont suivi la saisine de celui-ci par l'un de ses membres. Les procédures prévues à l'article 35, paragraphe 7, du traité sur l'Union européenne et à l'article 10, paragraphe 1, du protocole sont indépendantes l'une de l'autre.

Le *premier tiret* concerne les rejets liés à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels.

Le *second tiret* concerne les rejets liés au non-respect de l'exigence de double incrimination et à la non-compatibilité avec la législation nationale.

Le *troisième et dernier tiret* du paragraphe 1, bien que ses dispositions soient déjà couvertes par le deuxième tiret, a été introduit essentiellement pour mettre l'accent sur la nécessité d'assurer un suivi de l'application de l'article 1^{er}, paragraphe 5, et plus précisément de l'application de la condition relative à la compatibilité avec la législation nationale. Cette disposition a été rajoutée en raison du fait que plusieurs États membres craignaient que la possibilité d'appliquer la législation nationale ne risque d'affaiblir l'obligation prévue à l'article 1^{er}.

Paragraphe 2

L'article 10, paragraphe 2, rappelle que, dès qu'Eurojust aura été créé, les autorités compétentes d'un État membre pourront y faire appel pour résoudre toute difficulté concernant l'exécution d'une demande pour ce qui est des dispositions visées au paragraphe 1. Le Conseil a adopté, le 28 février 2002, la

décision 2002/187/JAI du Conseil instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité⁽²⁾. L'article 10, paragraphe 2, ne confère aucune compétence à Eurojust — celles-ci sont fixées dans la décision du Conseil susmentionnée. L'article 10, paragraphe 2, pourra être utilisé dans le cas où l'État requis n'est pas en mesure d'accorder l'entraide conformément aux souhaits de l'État requérant. Eurojust ne peut, bien entendu, traiter les dossiers dont il est saisi que dans la mesure où ils relèvent de sa compétence. Les deux membres nationaux d'Eurojust — celui de l'État requérant et celui de l'État requis — peuvent en pareil cas être informés du conflit et aider à trouver une solution qui soit acceptable pour les deux États. Contrairement aux dispositions énoncées au paragraphe 1, il peut être fait appel à l'assistance d'Eurojust dans les cas pendants.

D. Dispositions finales**Article 11: Réserves**

Cet article empêche les États membres de formuler des réserves sur le protocole autres que celles expressément prévues à l'article 9, paragraphe 2.

Article 12: Application territoriale

L'article 26 de la convention de 2000 prévoit que la convention s'appliquera à Gibraltar dès que l'application de la convention européenne d'entraide judiciaire sera étendue à Gibraltar. Dans le prolongement de cet article, l'article 12 du protocole prévoit que l'application du protocole à Gibraltar prendra effet lorsque la convention d'entraide judiciaire de 2000 aura pris effet en ce qui concerne Gibraltar, conformément à l'article 26 de cette convention.

Article 13: Entrée en vigueur

Cet article régit en principe l'entrée en vigueur du protocole de la même manière que l'article 27 dans la convention de 2000, étant entendu que le protocole n'entre pas en vigueur et ne s'applique pas avant que la convention de 2000 ne soit entrée en vigueur ou devenue applicable.

Le protocole entre en vigueur quatre-vingt-dix jours après l'achèvement des procédures nécessaires à son adoption par le huitième État qui était membre de l'Union européenne le 16 octobre 2001, date à laquelle le Conseil a adopté l'acte établissant le protocole. Toutefois, si la convention de 2000 n'est pas entrée en vigueur à cette date, le protocole entre en vigueur à la même date qu'elle. Le protocole sera d'abord en vigueur entre les huit États membres en question ou, le cas échéant, les huit États membres ou davantage qui auront adopté le protocole à la date de l'entrée en vigueur de la convention de 2000. Il s'appliquera à chacun des autres États membres quatre-vingt-dix jours après qu'ils auront achevé leurs procédures d'adoption. L'entrée en vigueur du protocole entraîne la mise en œuvre de l'article 35 du traité sur l'Union européenne, relatif à la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes.

⁽¹⁾ Voir la déclaration du Conseil relative à la double incrimination et à d'autres questions ayant trait au rejet des demandes d'entraide qui figure en note de bas de page au chapitre I.

⁽²⁾ JO L 63 du 6.3.2002, p. 1.

Le paragraphe 5 prévoit que chaque État membre a la possibilité, au moment où il adopte le protocole ou à tout moment par la suite, de faire une déclaration rendant le protocole applicable à l'avance vis-à-vis de tout autre État membre ayant fait une déclaration similaire. Le protocole pourra ainsi être mis en œuvre dès que possible entre les États membres concernés. Une déclaration faite au titre dudit paragraphe prend effet quatre-vingt-dix jours après son dépôt. Toutefois, si la convention de 2000, conformément à son article 27, paragraphe 5, s'applique entre les États membres concernés à partir d'une date ultérieure, le protocole s'applique entre ces États membres à partir de cette date également.

Le paragraphe 7 traite des questions de prise d'effet et limite l'application du protocole aux procédures d'entraide engagées après que le protocole est entré en vigueur ou est devenu applicable pour les États membres concernés.

Article 14: Adhésion de nouveaux États membres

Les dispositions relatives à l'adhésion de nouveaux États membres s'inspirent des dispositions correspondantes de l'article 28 de la convention de 2000.

Cet article ouvre le protocole à l'adhésion de tout État qui devient membre de l'Union européenne et prévoit les modalités de cette adhésion.

Le paragraphe 4 prévoit que si le protocole est déjà en vigueur lorsqu'un nouvel État membre y adhère, il entrera en vigueur à l'égard de cet État membre quatre-vingt-dix jours après le dépôt de son instrument d'adhésion. Cependant, si le protocole n'est pas encore en vigueur quatre-vingt-dix jours après l'adhésion de cet État, il entrera en vigueur à son égard à la date d'entrée en vigueur indiquée à l'article 13.

Un État adhérent pourra également faire une déclaration d'application anticipée telle que prévue à l'article 13, paragraphe 5.

Conformément au principe défini à l'article 13, paragraphe 6, l'article 14, paragraphe 6, prévoit que le protocole ne peut entrer en vigueur ni s'appliquer à l'égard d'un État adhérent avant l'entrée en vigueur ou l'application de la convention de 2000 pour cet État.

Article 15: Position de l'Islande et de la Norvège

Cette disposition correspond à l'article 2 de la convention de 2000. Elle prévoit que les dispositions de l'article 8 concernant

les infractions fiscales doivent être considérées comme des mesures modifiant ou s'appuyant sur les dispositions visées à l'annexe A de l'accord conclu le 18 mai 1999 entre le Conseil, l'Islande et la Norvège sur l'association de ces deux États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (accord d'association). L'article 2, paragraphe 3, de l'accord d'association prévoit que les actes et les mesures pris par l'Union européenne dans ce contexte sont également acceptés, mis en œuvre et appliqués par l'Islande et la Norvège.

Article 16: Entrée en vigueur pour l'Islande et la Norvège

Cet article correspond à l'article 29 de la convention de 2000. Il contient les dispositions relatives à l'entrée en vigueur, pour l'Islande et la Norvège, de l'article 8 du protocole. Ces dispositions sont régies par l'accord d'association (voir observations relatives à l'article 15).

Pour l'essentiel, l'article 16, paragraphe 1, prévoit que les dispositions de l'article 8 du protocole entreront en vigueur pour l'Islande et la Norvège quatre-vingt-dix jours après que chacun de ces pays aura notifié la satisfaction des exigences constitutionnelles appropriées. À ce moment, les dispositions s'appliqueront dans leurs arrangements en matière d'entraide judiciaire avec tout État membre pour lequel le protocole est déjà en vigueur. Il convient, toutefois, de noter que l'application anticipée par l'Islande et la Norvège n'a pas été prévue.

Le paragraphe 2 couvre le cas où le protocole entre en vigueur pour un État membre alors que les dispositions de l'article 8 du protocole sont déjà applicables à l'égard de l'Islande et/ou de la Norvège. Le paragraphe 3 prévoit que l'article 8 ne lie pas l'Islande et la Norvège avant l'entrée en vigueur des dispositions visées à l'article 2, paragraphe 1, de la convention de 2000 à l'égard de ces États. Le paragraphe 4 garantit que les dispositions de l'article 8 entreront en vigueur pour l'Islande et/ou la Norvège au plus tard à la date à laquelle elles deviendront applicables pour les quinze États membres qui étaient membres de l'Union européenne lorsque le protocole a été adopté.

Article 17: Dépositaire

Cet article prévoit que le secrétaire général du Conseil est dépositaire du protocole. Le secrétaire général informera les États membres de toute notification reçue des États membres concernant le protocole. Ces notifications doivent être publiées au *Journal officiel des Communautés européennes*, de même que les informations pertinentes concernant l'état des adoptions et des adhésions, les déclarations et les réserves.