

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Ministère des affaires étrangères
et européennes

NOR : MAEJ0926842L

PROJET DE LOI

autorisant la ratification du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale

ÉTUDE D'IMPACT

I. - Situation de référence et objectifs de l'accord ou traité

► Situation de fait et état du droit existants avant signature du traité ou de l'accord

À ce jour, l'entraide judiciaire en matière pénale entre les différents États européens (ainsi qu'avec certains États non membre du Conseil de l'Europe mais qui ont signé certaines conventions non réservées aux États européens¹) est régie par la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale signée à Strasbourg le 20 avril 1959, et par le Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale signé à Strasbourg le 17 mars 1978.

Au sein de l'Union Européenne, divers instruments spécifiques ont permis d'améliorer les mécanismes de coopération judiciaire en matière pénale :

- En premier lieu (en 1995), la convention d'application de l'accord de Schengen a introduit des mécanismes d'entraide en matière pénale qui n'existaient pas auparavant (procédures d'observations transfrontalières, possibilité de procéder à des livraisons surveillées) et qui ont facilité les mécanismes de coopération judiciaire.

- Par la suite la convention du 29 mai 2000, ouverte à l'adhésion des seuls États membre de l'Union Européenne a permis de mettre en œuvre de nouveaux procédés de coopération en matière pénale (auditions par vidéoconférence, interception de communications téléphoniques avec des portables utilisés dans un autre État, etc.)

¹ La convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale est ainsi en vigueur en Israël

- Enfin, diverses décisions (extension de l'accord de Schengen intégré dans l'acquis de l'Union) et décisions-cadres (décision-cadre sur les équipes communes d'enquête) ont permis d'introduire d'autres techniques spécifiques aux États membres de l'Union européenne.

Cette coopération a été partiellement étendue à des États non membres de l'Union européenne bénéficiant d'accord de situations particulières (Suisse, Norvège, Islande).

En revanche, les mécanismes de coopération judiciaire avec les autres États membres du Conseil de l'Europe (et les États liés par la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale) non membres de l'Union européenne n'ont pas bénéficié des mêmes améliorations.

► Objectifs poursuivis par les négociateurs

Le Deuxième Protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959, adopté à Strasbourg le 8 novembre 2001, a essentiellement pour objectif d'améliorer et de compléter la Convention et son Protocole additionnel du 17 mars 1978 en actualisant, en assouplissant et en élargissant les possibilités d'entraide judiciaire en matière pénale.

L'ensemble des formes de coopération prévues par le protocole sont inspirées, voire intégralement reprises des conventions conclues dans le cadre de l'Union européenne, en l'espèce la Convention d'entraide judiciaire du 29 mai 2000, et - pour ce qui concerne l'observation transfrontalière - la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990, qui ont été intégrées dans l'ordre juridique national, soit du seul fait de leur ratification, soit par l'adoption subséquente de dispositions législatives destinées à définir le cadre juridique nécessaire à la mise en œuvre de certaines formes de coopération (notamment les équipes communes d'enquête).

II. - Conséquences estimées de la mise en œuvre de l'accord ou convention

► Conséquences économiques

La ratification du Deuxième Protocole n'implique aucune conséquence économique, notamment aucune incidence macro et micro économique, directe et indirecte, aucune conséquence industrielle, commerciale, aucune conséquence en matière de recherche, aucune conséquence prévisible pour l'emploi, pour le développement économique ou en matière de concurrence, etc.

► **Conséquences financières**

La ratification du Deuxième Protocole n'implique aucune conséquence financière pour les entreprises, les associations et/ou les particuliers, les collectivités territoriales.

En ce qui concerne l'État, les auditions par vidéoconférence impliquent que les acteurs soient équipés d'appareils permettant la mise en œuvre de cette technique. La plupart des juridictions françaises sont conduites à s'équiper notamment aux fins de minimiser les transfèvements de détenus pour éviter le recours aux escortes qui accompagnent les détenus lors de leurs extractions. Les conséquences financières du recours aux techniques d'audition de témoins par vidéoconférence devraient donc être limitées au coût des télécommunications.

► **Conséquences sociales**

La ratification du Deuxième Protocole n'implique aucune conséquence sociale.

► **Conséquences environnementales**

La ratification du Deuxième Protocole n'implique aucune conséquence environnementale significative.

► **Conséquences juridiques**

I - Articulation avec le droit en vigueur

Le droit en vigueur permet dès à présent la mise en œuvre de tous les mécanismes d'entraide prévus par le deuxième Protocole dès l'intégration de l'instrument dans l'ordre juridique interne résultant de sa ratification. Le Deuxième Protocole prévoit des mécanismes semblables à ceux des instruments adoptés dans le cadre de l'Union européenne, qui ont déjà été intégrés dans l'ordre juridique interne.

Il en va ainsi des stipulations relatives :

- au champ d'application de la convention (article 1) ;
- à la présence des autorités de la Partie requérantes (article 2) ;
- au transfèrement temporaire, sur le territoire de la Partie requérante, de personnes détenues (article 3) ;
- aux voies de communication (article 4) ;
- aux frais (article 5) ;

- à la détermination des autorités judiciaires compétentes (article 6) ;
- à l'exécution différée des demandes (article 7) ;
- au respect du formalisme demandé par la Partie requérante (article 8) ;
- à la transmission spontanée d'informations (article 11) ;
- à la restitution des produits des infractions (article 12) ;
- au transfèrement temporaire de détenus sur le territoire de la Partie requise (article 13) ;
- à la comparution personnelle de personnes condamnées et transférées (article 14) ;
- à la langue des actes de procédures et décisions judiciaires à remettre (article 15) ;
- à la remise par voie postale des actes de procédure (article 16) ;
- à l'observation transfrontalière (article 17) ;
- à la responsabilité pénale et civile des fonctionnaires (articles 21 et 22) ;
- à la protection des témoins (article 23) ;
- aux mesures provisoires (article 24) ;
- à la confidentialité (article 25) ;
- à la protection des données (article 26) ;
- aux autorités administratives (article 27) ;
- aux rapports avec d'autres traités (article 28) ;
- au règlement amiable des différends (article 29).

S'agissant plus particulièrement du respect des « formalités » et « procédures » prescrite par la Partie requérante, l'article 694-3 du code de procédure pénale permet déjà de satisfaire à de telles demandes, même en l'absence de convention le prévoyant. En effet, il dispose que « *si la demande d'entraide le précise, elle est exécutée selon les règles de procédure expressément indiquées par les autorités compétentes de l'État requérant, à condition, sous peine de nullité, que ces règles ne réduisent pas les droits des parties ou les garanties procédurales prévus par le présent code* ».

Seuls certains modes de coopération supposent l'existence d'un cadre juridique spécifique dans le droit interne pour pouvoir être mis en œuvre.

Il s'agit :

- de l'audition par vidéoconférence (articles 9) ;
- du recours aux livraisons surveillées (article 18) ;
- du recours aux enquêtes discrètes (article 19) ;
- des équipes communes d'enquête (article 20).

Pour ces différentes formes de coopération, des dispositions, insérées dans le code de procédure pénale, ont déjà été adoptées pour en permettre la mise en œuvre, notamment avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Ainsi, la mise en œuvre de ces différentes formes de coopération ne nécessite aucune adaptation législative.

L'audition par vidéoconférence :

L'article 9 introduit la possibilité pour les États Parties de procéder à l'audition des témoins et experts par vidéoconférence, lorsque leur comparution, dans l'État requérant, est inopportune ou impossible.

La possibilité d'auditionner des personnes par vidéoconférence est prévue par les dispositions de l'article 706-71 du code de procédure pénale. Ces dispositions peuvent d'ores et déjà être mises en œuvre dans le cadre de demandes de coopération émanant d'un État tiers, que ce dernier appartienne ou non à l'Union européenne. Ainsi, l'article 694-5 du code de procédure pénale prévoit expressément la coopération judiciaire pour l'audition par vidéoconférence.

En revanche, il convient de rappeler que, s'agissant de l'audition par conférence téléphonique, la mise en œuvre des dispositions de l'article 10 reste subordonnée au respect du droit national de chacune des parties puisqu'une telle audition ne peut être demandée par l'autorité judiciaire requérante que pour autant que « *son droit le prévoit* » et que son acceptation par la Partie requise est subordonnée à la condition que la méthode ne soit pas « *contraire aux principes fondamentaux de son droit* »². En l'état, comme pour la Convention du 29 mai 2000, cette condition fait obstacle à la mise en œuvre de cette forme de coopération par la France dont la législation ne permet pas l'audition par téléconférence.

Les livraisons surveillées :

L'article 18 fournit le cadre juridique pour la coopération entre les États Parties en matière de livraisons surveillées en leur imposant de prévoir la possibilité de les autoriser sur leur territoire, à la demande d'une autre Partie.

Le recours aux livraisons surveillées est régi, en droit interne, par les dispositions de l'article 706-80 du code de procédure pénale.

² Le rapport explicatif précise au surplus qu'il « *incombe à la Partie requérante de réglementer les conférences téléphoniques dans le cadre de son droit national ou de ne pas le faire et, partant, de permettre ou non à la coopération internationale de se développer dans ce domaine* ».

Cette technique d'investigation peut d'ores et déjà être mise en œuvre dans le cadre de demandes de coopération émanant d'un État tiers, que ce dernier appartienne ou non à l'Union européenne. Ainsi, l'article 694-6 du même code prévoit expressément la coopération judiciaire pour la poursuite, en territoire étranger, des opérations de livraison surveillée mises en place à l'initiative des autorités françaises et, réciproquement, les dispositions générales sur l'entraide judiciaire en matière pénale, permettent aux autorités françaises d'accorder leur coopération pour la poursuite, sur le territoire national, d'une livraison surveillée ordonnée par une autorité étrangère.

Les enquêtes discrètes :

L'article 19 prévoit la possibilité pour les Parties d'accorder l'entraide pour la réalisation « d'enquêtes discrètes » (« opérations sous couverture » ou « infiltration »).

Le recours à l'enquête discrète ou « infiltration » est régi par les articles 706-81 et suivants du code de procédure pénale.

Cette technique d'investigation peut d'ores et déjà être mise en œuvre dans le cadre de demandes de coopération émanant d'un État tiers, que ce dernier appartienne ou non à l'Union européenne. Ainsi, les articles 694-7 et 694-8 du même code organisent la coopération judiciaire pour la poursuite d'opérations d'infiltration d'agents étrangers sur le territoire français ou la participation d'agents étrangers à des opérations d'infiltration conduites en France dans le cadre d'une procédure nationale.

L'article 694-7 subordonne à un accord préalable du Garde des sceaux, la coopération aux fins d'exécution, en France, d'une opération d'infiltration menées par des agents de police étrangers. Cette autorisation, qui n'est délivrée qu'après certification par un service spécialisé de la direction centrale de la police judiciaire de l'habilitation des policiers étrangers à réaliser ce type d'opérations, garantit un niveau d'encadrement du recours à ce mode de coopération permettant sa mise en œuvre au-delà de l'Union européenne.

Les équipes communes d'enquête :

L'article 20 établit la possibilité de mettre en place des équipes communes d'enquête entre les États Parties au protocole et fixe les conditions dans lesquelles ces équipes peuvent être créées ainsi que leurs modalités de fonctionnement.

Le recours à ce mode d'investigation est prévu, en droit interne, par les articles 695-2 et 695-3 du code de procédure pénale. Le premier subordonne à un accord préalable du Garde des sceaux, la mise en place d'une équipe commune d'enquête.

Bien que ce mode d'investigation ait été introduit dans notre droit sur la base des stipulations de la Convention de l'Union européenne du 29 mai 2000, la mise en place des équipes communes d'enquête n'est pas strictement limitée à la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire adoptés au sein de l'Union européenne.

Ainsi, l'article 695-10 du même code autorise expressément leur application pour les besoins de la coopération judiciaire « *entre la France et les autres États Parties à toute convention comportant des stipulations similaires à celles de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne* ». Cette disposition constitue la base juridique nécessaire et suffisante à la mise en place des équipes communes d'enquête entre la France et tout autre État Parties au deuxième protocole additionnel du 8 novembre 2001.

II - Modifications que la ratification du traité implique

La ratification du traité n'implique aucune modification législative ou réglementaire.

III - Dispositif d'entrée en vigueur

En application de son article 30, paragraphe 2, le Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale est entré en vigueur le 1^{er} février 2004.

En ce qui concerne la France, en cas de ratification, il entrerait en vigueur « *le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de* »³ dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation

► Conséquences administratives

La charge administrative induite devrait être faible en ce qui concerne la plupart des nouvelles possibilités introduites par la convention. Toutefois, le recours aux observations transfrontalières pourrait impliquer des frais de déplacements qui seront intégrés dans le budget général des ministères concernés (ministère de l'intérieur principalement).

³ Article 30, paragraphe 3 du Deuxième Protocole : « *Pour tout État signataire qui déposera ultérieurement son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, le Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date de dépôt.* »

III. - Historique des négociations

► Calendrier et grandes étapes des négociations

Sous l'autorité du Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), le Comité d'experts sur le fonctionnement des Conventions européennes dans le domaine pénal (PC-OC) est chargé, entre autres, d'examiner le fonctionnement et l'application des Conventions et Accords du Conseil de l'Europe relevant des problèmes criminels en vue, le cas échéant, de les adapter et d'en améliorer l'application pratique.

Dans le cadre de sa mission, le PC-OC a relevé certaines difficultés que les États ont rencontrées dans le cadre de l'application de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et du Protocole s'y rapportant. Il a également recensé des situations qui, sans se situer dans le champ d'application de cette Convention, s'en rapprochent.

Après avoir étudié différentes options, le PC-OC a jugé qu'un deuxième protocole additionnel à la Convention était la façon la plus appropriée et pragmatique de remédier à certaines des difficultés rencontrées, tandis que les autres difficultés pouvaient être levées par le biais de recommandations. Il a donc établi un projet de Deuxième Protocole additionnel.

Le projet de Deuxième Protocole additionnel a été examiné et approuvé par le CDPC à sa 50^{ème} session plénière (juin 2001) et présenté au Comité des Ministres.

À la 765^e réunion des Délégués des Ministres, tenue le 19 septembre 2001, le Comité des Ministres a adopté le texte du Deuxième Protocole additionnel et décidé d'ouvrir celui-ci à la signature le 8 novembre 2001, à l'occasion de sa 109^e Session.

► Évolutions notables du positionnement des principaux acteurs et les raisons de ces évolutions

Les négociations ont été essentiellement retardées par certaines délégations qui souhaitaient voir aboutir prioritairement la convention améliorant les techniques d'enquête entre les États membres de l'Union Européenne (convention du 29 mai 2000).

IV. - État des signatures et ratifications

À ce jour, dix-neuf États ont ratifié ce Protocole. Ces dix-neuf États se répartissent comme suit :

- Onze États membres de l'Union Européenne ;
- Huit États qui ne sont pas membres de l'Union Européenne (Albanie, la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, le Monténégro, la Serbie, la Suisse et Israël) ;

Le tableau récapitulatif des signatures et ratifications établis par le Conseil de l'Europe se présente ainsi :

Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale

STCE no. : 182

Traité ouvert à la signature des États membres signataires du Traité STE 30 et à l'adhésion des États non membres adhérents au STE 30

Ouverture à la signature

Entrée en vigueur

Lieu

: Strasbourg Conditions

: 3

Ratifications.

Date : 8/11/2001

Date : 1/2/2004

Situation au 25/9/2009

États membres du Conseil de l'Europe

États	Signature	Ratification	Entrée en vigueur	Renv.	R.	D.	A.	T.	C.	O.
Albanie	13/11/2001	20/6/2002	1/2/2004							
Allemagne	8/11/2001									
Andorre										
Arménie	3/3/2009									
Autriche										
Azerbaïdjan										
Belgique	8/11/2001	9/3/2009	1/7/2009							
Bosnie-Herzégovine	17/5/2006	7/11/2007	1/3/2008			X	X			
Bulgarie	8/11/2001	11/5/2004	1/9/2004		X	X	X			
Chypre	8/11/2001									
Croatie	9/6/2004	28/3/2007	1/7/2007		X	X	X			
Danemark	8/11/2001	15/1/2003	1/2/2004		X	X				

Espagne										
Estonie	26/11/2002	9/9/2004	1/1/2005		X	X				
Finlande	9/10/2003									
France	8/11/2001									
Géorgie										
Grèce	8/11/2001									
Hongrie	15/1/2003									
Irlande	8/11/2001									
Islande	8/11/2001									
Italie										
Lettonie	24/9/2003	30/3/2004	1/7/2004		X	X	X			
l'ex-République yougoslave de Macédoine	8/11/2001	16/12/2008	1/4/2009		X	X	X			
Liechtenstein										
Lituanie	9/10/2003	6/4/2004	1/8/2004		X	X	X			
Luxembourg	30/1/2008									
Malte	18/9/2002									
Moldova										
Monaco										
Monténégro	7/4/2005	20/10/2008	1/2/2009	55	X	X	X			
Norvège	8/11/2001				X	X				
Pays-Bas	8/11/2001									
Pologne	11/9/2002	9/10/2003	1/2/2004		X	X	X			
Portugal	8/11/2001	16/1/2007	1/5/2007				X			

République tchèque	18/12/2003	1/3/2006	1/7/2006			X	X			
Roumanie	8/11/2001	29/11/2004	1/3/2005			X	X			
Royaume-Uni	8/11/2001									
Russie										
Saint-Marin										
Serbie	7/4/2005	26/4/2007	1/8/2007	55	X	X	X			
Slovaquie	12/5/2004	11/1/2005	1/5/2005		X	X	X			
Slovénie	7/4/2005									
Suède	8/11/2001									
Suisse	15/2/2002	4/10/2004	1/2/2005			X	X			
Turquie										
Ukraine	8/11/2001									

États non membres du Conseil de l'Europe

États	Signature	Ratification	Entrée en vigueur	Renv.	R.	D.	A.	T.	C.	O.
Israël		20/3/2006 a	1/7/2006		X	X	X			

Nombre total de signatures non suivies de ratifications :	17
Nombre total de ratifications/adhésions :	19

Renvois : (55) Date de signature par l'union d'état de Serbie-Monténégro.

a.: Adhésion - s.: Signature sans réserve de ratification - su.: Succession - r.: signature "ad referendum". R.: Réserves - D.: Déclarations - A.: Autorités - T.: Application territoriale - C.: Communication - O.: Objection.

► Réserves et déclarations envisagées

Le deuxième protocole additionnel prévoit la possibilité d'émettre des réserves et fait obligation aux États Parties d'effectuer diverses déclarations, notamment à l'effet d'indiquer les autorités compétentes pour la mise en œuvre de certains modes de coopération, et de préciser les modalités selon lesquelles cette coopération pourra être accordée.

A – Les réserves

L'article 33, paragraphe 2, du protocole interdit toute réserve à l'exception de la possibilité pour les parties de se prévaloir du « *droit de ne pas accepter, en tout ou partie, un ou plusieurs des articles 16, 17, 18, 19 et 20* », permettant ainsi aux Parties d'exclure, en tout ou partie, certains modes de coopération considérés comme les plus intrusifs.

Ces articles, qui établissent de nouveaux modes de coopération, sont ceux relatifs :

- à la remise des actes de procédure et des décisions judiciaires par voie postale (article 16) ;
- aux observations transfrontalières (article 17) ;
- aux livraisons surveillées (article 18) ;
- aux enquêtes discrètes (article 19) ;
- aux équipes communes d'enquête (article 20).

Le droit français prévoit ces différents modes d'investigation ou de coopération ainsi que la possibilité de les mettre en œuvre dans le cadre d'une demande d'entraide, soit au titre des instruments conventionnels existants (notamment la convention d'entraide du 29 mai 2000 et la convention d'application de l'accord de Schengen de 1990), soit en l'absence même de toute convention internationale.

Il convient de rappeler que les livraisons surveillées, les enquêtes discrètes et les équipes communes d'enquête ne peuvent être développées que dans le cadre de demandes acceptées par la France, garantissant ainsi la possibilité pour les autorités françaises d'apprécier, au cas par cas, l'opportunité d'y recourir, tout en conservant le contrôle et la direction des opérations effectuées sur le territoire national. De telles mesures ne pourront donc jamais être mises en œuvre sur le territoire national sans l'accord des autorités françaises.

- La transmission directe des actes de procédure et décisions judiciaires (article 16)

Le principe de la transmission directe des actes de procédure aux destinataires se trouvant sur le territoire d'une autre Partie ne soulève, par la France, pas de difficulté d'ordre juridique, d'autant que, conformément au protocole, il ne s'agit que d'une simple faculté qui ne fait pas obstacle à la possibilité d'une transmission par l'intermédiaire des autorités compétentes de la Partie requise (par exemple lorsque la loi impose un formalisme particulier ou lorsque, dans une Partie déterminée, la transmission par la voie postale ne garantit pas une certitude d'acheminement de la correspondance).

Cette flexibilité autorise l'acceptation sans réserve des dispositions de l'article 16, d'autant que le protocole préserve expressément les immunités dont bénéficie tout témoin ou expert cité dans un État étranger⁴.

- Livraisons surveillées, enquêtes discrètes et équipes communes d'enquête (articles 18, 19 et 20)

Comme indiqué précédemment, les dispositions du code de procédure pénale qui régissent les livraisons surveillées, les enquêtes discrètes et les équipes communes d'enquête ont été conçues pour pouvoir être mises en œuvre dans le cadre d'une demande de coopération judiciaire.

La mise en œuvre de ces modes de coopération étant nécessairement subordonnée à une demande acceptée par les autorités françaises compétentes, ces dernières pourront toujours apprécier, au cas par cas, l'opportunité d'y faire droit.

Dans ces conditions, il n'apparaît pas nécessaire d'émettre une réserve au titre des articles 18, 19 et 20.

- L'observation transfrontalière (article 17)

Si les dispositions de l'article 17 relatives à l'observation transfrontalière ne posent, dans leur économie générale, aucune difficulté, le champ d'application territorial potentiel du deuxième protocole nécessite d'apprécier avec précaution les conséquences qui pourraient résulter, pour la France, de leur acceptation sans réserve.

⁴ cf. le paragraphe 4 de l'article 16 du protocole, réservant les articles 8 et 12 de la convention, qui consacrent les immunités en question

Deux considérations incitent en effet à ne l'envisager qu'avec circonspection :

D'une part, à la différence du paragraphe 1 (observation transfrontalière ordinaire), le paragraphe 2 de l'article 17 (observation transfrontalière en urgence), autorise la possibilité, pour des agents étrangers, de pénétrer sans autorisation préalable sur le territoire français.

D'autre part, cette disposition peut potentiellement recevoir un champ d'application extrêmement large : tout d'abord, contrairement à la convention d'application de l'accord de Schengen, elle n'est pas nécessairement limitée au territoire métropolitain de la République. Surtout, les articles 30 et 31 permettent l'adhésion au protocole d'États non membres du Conseil de l'Europe⁵.

Potentiellement, la France pourrait ainsi être conduite à reconnaître à un État non membre du Conseil de l'Europe, un droit d'observation transfrontalière impliquant la pénétration possible, sur le territoire national et y compris outre-mer, d'agents étrangers, sans autorisation préalable des autorités françaises.

Ainsi combinés, les articles 17 et 31 du protocole ouvrent donc la voie à une extension non maîtrisée des possibilités de pénétration d'agents étrangers sur le territoire national.

Pour éviter ce risque, il est envisagé d'accepter l'observation transfrontalière « ordinaire » (qui suppose l'accord préalable des autorités françaises dans le cadre d'une demande d'entraide), mais d'exclure toute possibilité d'observation transfrontalière en urgence.

Il convient de souligner que nombre d'États Parties au protocole ont expressément écarté l'application de l'article 17⁶ et que ces dispositions restent, pour la France métropolitaine, d'une utilité limitée en raison de l'existence, avec la plupart des États limitrophes, d'autres instruments permettant le droit d'observation transfrontalière.

La réserve correspondante pourrait être rédigée comme suit :

« Article 33, paragraphe 2 : La France déclare qu'elle n'appliquera pas le paragraphe 2 de l'article 17 du deuxième protocole additionnel à la Convention ».

⁵ A ce jour, Israël est le seul État non membre du Conseil de l'Europe, partie à la convention de 1959.

⁶ Croatie, Danemark, Estonie, Lettonie, Lituanie, Norvège, Pologne, Slovaquie, Israël.

B – Les déclarations

Plusieurs articles de la convention prévoient la possibilité ou l'obligation pour les Parties d'effectuer certaines déclarations, destinées à préciser ou adapter les modalités de mise en œuvre de certaines formes de coopération et à désigner les autorités compétentes.

Les orientations retenues au regard de ces dispositions reposent sur le souhait d'aligner les modalités de mise en œuvre retenues sur celles prévues pour la convention d'entraide de l'Union européenne du 29 mai 2000.

- Déclaration consistant à soumettre l'exécution des demandes d'entraide judiciaire à certaines conditions

L'article 15, paragraphe 8 de la Convention, dans sa rédaction issue de l'article 4 du Protocole, autorise les Parties à « *se réserver le droit de soumettre l'exécution des demandes d'entraide judiciaire, ou de certaines d'entre elles, à une ou plusieurs des conditions* » qu'il énumère⁷. Ces dispositions permettent notamment de déroger à la transmission directe de demandes d'entraide entre autorités judiciaires, ou d'imposer un formalisme particulier en cas de transmission directe.

** Les voies de transmission des demandes d'entraide :*

L'article 694 du code de procédure pénale autorise déjà, en cas d'urgence, la transmission directe des demandes d'entraide entre autorités judiciaires et la France en a accepté la généralisation dans le cadre de l'Union européenne.

Toutefois, elle a expressément écarté, par le biais d'une réserve à la convention du 29 mai 2000, la transmission directe, aux autorités judiciaires françaises, des demandes émanant d'autorités non judiciaires (par exemple, des autorités policières ou douanières).

Dans un souci de cohérence, les modalités de transmission de telles demandes dans le cadre du présent protocole seront alignées sur celles retenues pour ladite convention, ce qui suppose l'émission d'une déclaration au titre de l'article 15, paragraphe 8 d.

⁷ Le paragraphe 8 se lit comme suit : « 8 Toute Partie pourra, à tout moment, par déclaration adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, se réserver le droit de soumettre l'exécution des demandes d'entraide judiciaire, ou de certaines d'entre elles, à une ou plusieurs des conditions suivantes :

a une copie de la demande doit être adressée à l'autorité centrale y désignée;
b la demande, sauf lorsqu'elle est urgente, doit être adressée à l'autorité centrale y désignée;
c dans le cas d'une transmission directe pour motif d'urgence, une copie soit communiquée en même temps à son Ministère de la Justice;
d certaines ou toutes les demandes d'entraide judiciaire doivent lui être adressées par une voie autre que celle prévue au présent article. »

Cette déclaration pourrait être rédigée comme suit :

« Article 4 : La France déclare, conformément à l'article 15, paragraphe 8 d, de la Convention, que devront être adressées au ministère de la justice, Direction des affaires criminelles et des grâces :

les demandes d'entraide relatives aux procédures visées au paragraphe 3 de l'article 1 de la Convention ; et

les demandes d'entraide émanant d'une autorité compétente de l'État requérant, qui n'est pas une autorité judiciaire, ».

Par ailleurs, l'article 695-7 du code de procédure pénale, relatif au rôle de l'unité de coopération judiciaire Eurojust, autorise expressément la transmission des demandes d'entraide nécessitant une exécution coordonnée par l'intermédiaire des représentants nationaux concernés.

Cette disposition a vocation à s'appliquer non seulement aux demandes émanant des États membres de l'Union européenne mais également à celles émanant d'États tiers et nécessitant une exécution coordonnée dans plusieurs États membres. Dès lors, il apparaît opportun de réserver explicitement cette éventualité, sous forme d'une déclaration au titre de l'article 15, paragraphe 8 d).

Cette déclaration pourrait se lire comme suit :

« Article 4 : La France déclare, conformément à l'article 15, paragraphe 8 d de la Convention, que les demandes d'entraide nécessitant une exécution coordonnée dans plusieurs États membres de l'Union européenne, pourront également, pour ce qui concerne les demandes adressées à la France, être transmises par l'intermédiaire du membre national français auprès de l'unité de coopération judiciaire Eurojust ».

** Le formalisme accompagnant la transmission directe :*

En l'état du droit positif, l'article 694 du code de procédure prévoit expressément que, dans le cas de transmission directe, les demandes adressées aux autorités judiciaires françaises doivent faire l'objet « *d'un avis donné par la voie diplomatique par le gouvernement étranger intéressé* ».

Cependant, cette disposition n'est applicable qu'en l'absence de convention en stipulant autrement, et il n'apparaît pas nécessaire de maintenir l'exigence d'une communication d'une copie de la demande dans le cas d'une transmission directe en exécution du deuxième protocole.

- L'audition par vidéoconférence

L'article 9, paragraphe 9, du protocole permet aux Parties de déclarer qu'elles n'entendent pas se prévaloir de la faculté, prévue au paragraphe 8, d'appliquer la vidéoconférence aux auditions auxquelles participe la personne poursuivie pénalement ou le suspect.

Dans le cadre de la mise en œuvre de la convention du 29 mai 2000, la France a déjà exclu le recours à la vidéoconférence pour l'audition des personnes poursuivies lorsqu'elles comparaissent devant la juridiction de jugement.

Afin de permettre la mise en œuvre de l'article 9 dans des conditions identiques, il est envisagé d'émettre la déclaration suivante :

« Article 9 : La France déclare, conformément au paragraphe 9, qu'elle n'appliquera pas les dispositions du présent article aux auditions des personnes poursuivies lorsqu'elles comparaissent devant la juridiction de jugement ».

- Transmission spontanée d'informations

L'article 11, paragraphe 4, du protocole permet aux Parties de se réserver le droit de ne pas se soumettre aux conditions imposées lors de la transmission spontanée d'informations, à moins d'avoir été avisées au préalable de la nature de l'information en question et d'avoir accepté cette transmission.

Cette possibilité ne répond pas à une nécessité pour la France. En effet, la convention ayant une valeur supérieure à la loi, les conditions qui assortissent la transmission d'une information par une autorité étrangère s'imposent aux autorités françaises qui la reçoivent et prévalent sur les règles qui, en droit interne, pourraient définir les modalités d'utilisation des données communiquées.

Il est donc proposé de ne pas faire usage de la possibilité de déclaration prévue par cette disposition.

- La désignation des autorités judiciaires

Dans sa rédaction actuelle, l'article 24 de la Convention permet aux États Parties d'indiquer les autorités judiciaires compétentes pour la mise en œuvre de l'instrument, mais il ne s'agit que d'une faculté. L'article 6 du protocole, qui réécrit l'article 24 de la Convention, fait de cette faculté une obligation, autorisant également les États parties à modifier ultérieurement leur déclaration.

En 1961, la France a fait usage de la faculté prévue par l'article 24 de la Convention en désignant les autorités judiciaires qui, pour l'époque, pouvaient être amenées à émettre des demandes d'entraide pénale⁸. Les termes de cette déclaration n'ont jamais été modifiés, nonobstant certains changements d'appellation des juridictions, et l'apparition de nouvelles autorités judiciaires (notamment les juridictions d'application des peines).

L'article 6 du Protocole permettra d'actualiser les déclarations françaises, notamment à l'effet d'y inclure les juridictions de l'application des peines, impliquant de fait le retrait pur et simple de la déclaration formulée le 28 avril 1961, devenue sans objet.

La déclaration pourrait se lire comme suit :

« Article 6 : La France déclare, conformément à l'article 24 de la Convention, que doivent être considérées comme autorités judiciaires françaises aux fins de la présente Convention et de ses protocoles additionnels, les autorités suivantes :

les juridictions d'instruction ;

les juridictions de jugement ;

les juridictions de l'application des peines ;

les membres du ministère public près lesdites juridictions. »

La désignation des autorités compétentes pour les demandes de copies et mesures visées à l'article 4 du Protocole additionnel à la Convention

Le nouvel article 15, paragraphe 6, de la Convention (dans sa rédaction issue de l'article 4 du protocole) permet aux Parties d'indiquer quelles autorités elles considèrent compétentes pour la réception des demandes de « *copies de sentences et mesures* » prévue par l'article 4 du protocole additionnel à la convention du 17 mars 1978.

⁸ La déclaration est la suivante « *le Gouvernement français déclare que doivent être considérées comme autorités judiciaires françaises aux fins de la présente Convention, les autorités suivantes :*

- *les Premiers Présidents, Présidents, Conseillers et Juges des juridictions répressives ;*
- *les Juges d'instruction des dites juridictions ;*
- *les membres du Ministère public près lesdites juridictions, à savoir :*

les Procureurs Généraux;

les Avocats Généraux;

les Substituts des Procureurs Généraux;

les Procureurs de la République et leurs Substituts;

les Représentants du Ministère public auprès des tribunaux de police;

les Commissaires du Gouvernement près les tribunaux des forces armées. »

Cette disposition du protocole additionnel de 1978 complète l'article 22 de la convention relatif à la transmission des avis de condamnations en permettant aux Parties d'obtenir la copie des décisions de condamnation et des mesures postérieures.

Bien que les Parties ne soient pas tenues de désigner les autorités compétentes, il est envisagé de préciser que les demandes de copie des sentences pourront être adressées directement aux juridictions ayant rendues les décisions de condamnation.

La déclaration pourrait être libellée comme suit :

« Article 4 : La France déclare, conformément à l'article 15, paragraphe 6 de la Convention, que les demandes de copie des sentences visées à l'article 4 du Protocole additionnel à la Convention pourront être adressées directement aux juridictions ayant prononcé les décisions dont s'agit ».

- Les modes de transmission des demandes d'entraide et autres communications :

L'article 15, alinéa 6, de la Convention autorise les Parties à faire une déclaration relative à la transmission directe des demandes d'entraide entre autorités judiciaires.

La France a fait, à ce titre, une double déclaration qui se lit comme suit :

« Le Gouvernement français déclare qu'il fait usage de la faculté prévue à l'article 15, paragraphe 6, en vue de l'application de l'article 15, paragraphes 2 et 4, de telle sorte que les dispositions des deux paragraphes susvisés s'appliqueront de la manière suivante:

- Article 15, paragraphe 2: en cas d'urgence, lorsque les commissions rogatoires prévues aux articles 3, 4 et 5 seront adressées directement par les autorités judiciaires de la Partie requérante aux autorités judiciaires de la Partie requise, une copie de ces commissions rogatoires devra être communiquée en même temps au Ministère de la Justice de la Partie requise;

- Article 15, paragraphe 4: les demandes d'entraide judiciaire autres que celles prévues à l'article 15, paragraphes 1 et 3, et notamment les demandes d'enquêtes préliminaires à la poursuite, devront être adressées par le Ministère de la Justice de la Partie requérante au Ministère de la Justice de la Partie requise et renvoyées par la même voie ».

L'article 4 du protocole ayant réécrit intégralement l'article 15 de la Convention, ces déclarations deviennent sans objet et devront être expressément retirées.

En outre, le nouvel article 15, paragraphe 9, de la Convention (dans sa rédaction issue de l'article 4 du protocole) permet aux Parties d'indiquer les conditions dans lesquelles elles sont prêtes à accepter et à mettre en exécution les demandes reçues par la voie électronique ou tout autre moyen, de communication.

Afin de garantir les conditions nécessaires à la vérification de la régularité de la demande, notamment en ce qui concerne l'identité et la qualité de l'autorité dont elle émane, il apparaît souhaitable que le formalisme minimal nécessaire à l'authentification de la demande soit réintroduit par le biais d'une déclaration au titre de l'article 4, paragraphe 9, dont le libellé, reprenant les dispositions de l'article 7, paragraphe 1, de la convention du 29 mai 2000, serait le suivant :

« Article 4 : La France déclare, conformément à l'article 15, paragraphe 9, de la Convention qu'elle acceptera les demandes d'entraide judiciaire ou toute autre communication en vertu de la présente Convention faites par tout moyen permettant d'en obtenir une trace écrite dans des conditions lui permettant d'en vérifier l'authenticité ».

Le transfèrement temporaire, sur le territoire de la Partie requise, de personnes détenues

L'article 13 du protocole permet à la Partie requérante qui a demandé à la Partie requise l'accomplissement d'un acte d'enquête supposant la présence d'une personne détenue sur son propre territoire, de transférer provisoirement, à cette fin, la personne en question sur le territoire de la Partie requise.

Le paragraphe 7 permet à toute Partie de déclarer que, pour la réalisation de l'accord nécessaire à ce transfèrement, elle exigera le consentement de cette personne.

Cette possibilité de déclaration est prévue en termes identiques par la convention de l'Union européenne du 29 mai 2000 (article 9, paragraphe 6), dont la France n'a pas fait usage.

Par souci de cohérence, il est envisagé de ne pas faire de déclaration au titre de l'article 13, paragraphe 7, du Protocole.

- L'observation transfrontalière

L'article 17, paragraphe 4, du protocole impose aux Parties d'indiquer les « agents » et « autorités » qu'elle désigne pour, respectivement, mener des opérations d'observation transfrontalière en territoire étranger et accorder ou transmettre l'autorisation de conduire une observation transfrontalière sur son territoire.

Ces autorités ont, pour la France, été désignées dans le texte même de la convention d'application de l'accord de Schengen (article 40, paragraphes 4 et 5), qu'il est envisagé de reprendre dans une déclaration qui se lirait comme suit :

« Article 17 : La France déclare, conformément au paragraphe 4, qu'elle désigne, aux fins du paragraphe 1 :

en qualité « d'agents » habilités à mener une observation transfrontalière : les officiers et agents de police judiciaire de la police nationale et de la gendarmerie nationale, ainsi que, dans les conditions fixés par les accords bilatéraux appropriés visés au paragraphe 5, en ce qui concerne leurs attributions touchant au trafic illicite de stupéfiants et autres substances psychotropes, au trafic d'armes et d'explosifs, et au transport illicite de déchets toxiques et nuisibles, les agents des douanes ;

en qualité « d'autorité » compétente pour accorder ou transmettre l'autorisation de poursuivre une observation transfrontalière sur le territoire national : la direction centrale de la police judiciaire. »

- *Livraisons surveillées :*

L'article 18, paragraphe 4, du protocole fait obligation aux Parties d'indiquer quelles autorités elles désignent comme « *autorités compétentes* » pour, à la demande d'une Partie requérante, autoriser, diriger et contrôler, sur son territoire, une livraison surveillée.

En droit interne, la mise en œuvre de ce mode d'investigation relève du contrôle des autorités judiciaires assurant la direction des investigations, soit, selon les cas, le juge d'instruction ou le procureur de la République. Ce dernier peut d'ailleurs, pour de telles mesures, autoriser l'extension de la compétence territoriale des officiers de police judiciaire (article 706-80 du code de procédure pénale).

Dans le contexte d'une demande d'entraide, la mise en œuvre d'une telle mesure au profit d'un État étranger relèvera essentiellement du procureur de la République, le juge d'instruction ne pouvant, par hypothèse, en être préalablement saisi.

Il est donc proposé, en conséquence, de formuler la déclaration suivante :

« Article 18, paragraphe 4 : La France déclare que l'autorité compétente aux fins de l'article 18 est le procureur de la République près tribunal de grande instance territorialement compétent ou, à défaut, le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris ».

- *Les enquêtes discrètes*

L'article 19, paragraphe 4, fait obligation aux Parties d'indiquer quelles autorités elles désignent comme « *autorités compétentes* » pour donner suite à une demande d'entraide visant à autoriser la poursuite, sur leur territoire, d'une enquête discrète (« infiltration »).

L'article 694-7 du code de procédure pénale, qui prévoit spécifiquement la mise en œuvre de l'infiltration dans le cas d'une demande d'entraide émanant d'un État étranger, dispose que ladite demande doit être approuvée par le Garde des sceaux et que l'opération doit être autorisée par le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris ou le juge d'instruction du même ressort.

Afin d'assurer la cohérence de la mise en œuvre du protocole avec ces dispositions, il est envisagé de formuler la déclaration suivante :

« Article 19, paragraphe 4 : La France déclare que les autorités compétentes aux fins de l'article 19, paragraphe 2, sont le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris ou le juge d'instruction du même ressort, procédant conformément aux dispositions de l'article 694-7 du code de procédure pénale ».

- *Protection des données*

L'article 26, paragraphe 5, du protocole autorise toute Partie à exiger que « *dans le cadre de procédures pour lesquelles elle aurait pu refuser ou limiter la transmission ou l'utilisation de données à caractère personnel conformément aux dispositions de la Convention ou d'un de ses protocoles, les données à caractère personnel qu'elle transmet à une autre Partie ne soient utilisées par cette dernière aux fins visées [par cet article] qu'avec son accord préalable* ».

Cette possibilité de déclaration, qui vise à faire obstacle à certaines utilisations, par la Partie requérante, des données transmises, est une généralisation de la réserve ouverte par le paragraphe 5 de l'article 23 de la convention du 29 mai 2000 au seul profit du Luxembourg, visant à garantir cet État membre contre tout risque d'utilisation des données à caractère personnel qu'il communique dans des procédures pour lesquels il pouvait légitimement restreindre ou refuser l'entraide (en l'espèce, pour la répression des infractions fiscales).

A ce jour, l'article 2 de la convention de 1959 prévoit deux types de « procédures » pour lesquelles la Partie requise peut refuser l'entraide :

- les procédures conduites à raison d'une « infraction politique » ou « connexe à une infraction politique » ;

- les procédures conduites à raison d'une « infraction fiscale ».

S'agissant des infractions fiscales, par la ratification du protocole additionnel du 17 mars 1978, la France a déjà expressément renoncé à la possibilité de se prévaloir du droit, reconnu par l'article 2 de la convention de 1959, de refuser l'entraide pour ce seul motif.

S'agissant des infractions politiques, l'utilisation de la déclaration prévue à l'article 26 aurait pour effet d'interdire, de fait, toute utilisation par la Partie requérante des données transmises, dans d'autres procédures que celle à raison de laquelle elles auraient été demandées, dans la mesure où, par hypothèse, cette Partie n'est pas censée savoir quelles sont les infractions que la Partie requise (en l'espèce la France) considérerait comme des « infractions politiques ».

En outre, et à la différence de l'extradition, la possibilité de refuser l'entraide pénale à raison d'une infraction politique, ne procède pas d'une contrainte juridique à valeur constitutionnelle et la France a déjà admis des clauses de « dépolitisation » dans le cadre de conventions comportant des dispositions d'entraide pénale.

Dans ce contexte, il n'apparaît pas opportun de faire usage de la faculté offerte par l'article 26, paragraphe 5.

- La désignation des autorités administratives

L'article 27 du protocole autorise les Parties à indiquer quelles autorités elles considèrent comme des autorités administratives « *au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la Convention* », autrement dit pour présenter des demandes d'entraide au titre « d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale ».

Il convient de rappeler que ces procédures sont largement inconnues du droit français. La France n'a, de ce fait, pas fait de déclaration au titre des dispositions identiques de la convention du 29 mai 2000 (article 24, paragraphe 1 a)).

Dans ce contexte, il n'y a pas lieu de faire usage de la faculté de déclaration offerte par l'article 27 du protocole.