

Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne

*Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire
dans l'Union Européenne ?*

MARIE MARTY

Chercheur en formation doctorale, Université du Luxembourg

Le 29 avril 2010, sept États membres ont présenté une initiative pour une directive établissant la décision d'enquête européenne, décision émanant d'une autorité judiciaire nationale ayant une portée extraterritoriale. Cette directive bouleverserait la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union Européenne.

Il fallut de nombreuses années pour en arriver à un tel degré de coopération. La criminalité transfrontalière n'est pas un phénomène nouveau. Pourtant, sa répression est plus que jamais la cible du discours politique, des médias et de l'opinion publique. Le délinquant a toujours su profiter de la porosité des frontières étatiques qu'il franchissait, légalement ou non, pour échapper aux forces de l'ordre et à d'éventuelles poursuites. Jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle, la coopération entre États reposait principalement sur des instruments bilatéraux¹ et c'est au Conseil de l'Europe que l'on doit le premier instrument multilatéral de grande envergure. La Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959² a posé les bases de la coopération judiciaire en Europe. Un demi-siècle plus tard, ce texte est toujours en application bien qu'il ait été complété par de nombreuses conventions et accords bilatéraux³. Si cette convention a le mérite d'être la première, elle souffre des

¹ Par exemple, la Convention pour assurer la répression des crimes et délits entre la Belgique et l'Espagne, signée à Bruxelles, le 17 juin 1870.

² Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, signée à Strasbourg le 20 avril 1959, STE n° 030, et son premier protocole additionnel signé à Strasbourg le 17 mars 1979.

³ Le traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale entre le Royaume de Belgique, le Grand-Duché du Luxembourg et le Royaume des Pays-Bas, du 27 juin 1962, dit Traité Benelux, ou la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif

limites inhérentes aux règles classiques de coopération pénale. En effet, le droit de punir est l'expression la plus marquante des pouvoirs souverains de l'État, qui assure la protection de l'ordre public et de ses citoyens sur son territoire. La coopération judiciaire, telle qu'elle résulte de cette convention, est subordonnée à une décision politique circonstanciée, prise par un ou plusieurs membres du gouvernement. Elle est soumise à de nombreux paramètres : les bonnes relations diplomatiques, l'entente mutuelle des États, l'orientation de la politique répressive voulue par cet État ou encore la réaction de l'opinion publique. Le juge est lié par la décision du pouvoir et ne peut mettre en œuvre une quelconque coopération sans l'accord de celui-ci.

Mais cette forme de coopération fut rapidement dépassée par l'ingéniosité des délinquants, particulièrement adaptés aux mutations de la société. En effet, la modeste union économique qu'était la Communauté européenne s'est doublement élargie. De nouveaux États en sont devenus membres pendant que les compétences de l'Union ne cessaient de s'accroître. L'ouverture des frontières, dont le but louable était d'améliorer le commerce et la concurrence en autorisant la libre circulation des personnes au même titre que celle des capitaux, des services et des marchandises, profite également aux délinquants⁴. Grâce à l'explosion de nouvelles technologies, d'internet, des facilités de communication, les délinquants ont su tirer profit de ce nouveau terrain de jeu. Ces deux phénomènes ont accentué le développement transnational de la criminalité⁵. De nouvelles infractions ont vu le jour, liées à l'essor du marché commun, comme la fraude à la TVA, et d'autres se sont complexifiées, comme le blanchiment d'argent. La nouvelle dimension européenne de la criminalité a contraint les autorités étatiques à reconnaître les limites de la coopération intergouvernementale. Il était anormal que les délinquants puissent bénéficier de l'ouverture des frontières pour agir en toute impunité alors que les pouvoirs d'investigation des autorités judiciaires étaient confinés au territoire national⁶.

à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JOCE* L 239 du 22 septembre 1990, pp. 0019-0062.

⁴ Cette préoccupation apparaît de façon limpide lors de l'adoption des accords de Schengen : la suppression des contrôles aux frontières intérieures s'est accompagnée de la mise en place de mesures compensatoires visant à renforcer la coopération pénale. Cf. S. DE BIOLLEY, « Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne. Les débuts : Acquis de Schengen », *RIDP* 2006, vol. 77, n° 1-2, pp. 23-38, sur ce point p. 25.

⁵ J. SHEPTYCKI, *En quête de police transnationale. Vers une sociologie de la surveillance à l'ère de la globalisation*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 298, cf. en particulier sur ce point pp. 28 et s.

⁶ L'appel de Genève est signé le 1^{er} octobre 1996 par sept magistrats dans l'intention de dénoncer le défaut d'outils juridiques permettant de poursuivre une criminalité transfrontalière : cf. <http://ge.ch/justice/appel-de-geneve>.

Ce fut le Président Valéry Giscard d'Estaing pour la première fois qui émit l'idée de créer un espace judiciaire européen⁷. Le concept était ambitieux et sa mise en œuvre ne pouvait qu'être progressive. Un assouplissement des conditions de coopération dans l'Union s'est opéré grâce à la Convention sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000 et son protocole additionnel de 2001⁸. Bien que la mise en application ne fut pas chose aisée⁹, cette convention permit d'entériner le mouvement de judiciarisation de la coopération, initié par la Convention d'application des accords de Schengen¹⁰. Les juges pouvaient désormais entretenir des rapports directs et décider de s'entraider dans les affaires criminelles transfrontalières, sans nécessiter au préalable l'accord de l'exécutif. Cependant, la décision d'entraide restait circonscrite et ce n'était qu'un accord consensuel entre juges.

Parallèlement, les États membres avaient déjà choisi un mode de coopération plus poussé dans ce nouvel espace « de liberté, de sécurité et de justice »¹¹. Lors du Conseil européen de Tampere de 1999, les États s'étaient accordés sur un principe emprunté au marché unique. Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires allait être érigé comme « la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale ». Le but était de fluidifier et d'automatiser la coopération à tous les stades de la procédure en se fondant sur la confiance mutuelle que les États membres se font sans pour autant arriver à la solution extrême de l'uniformisation des procédures nationales.

C'est dans le cadre du programme d'action du Conseil européen de Stockholm et sur la base de la nouvelle compétence de l'Union en matière pénale¹² que la proposition de directive sur la décision d'enquête européenne a été initiée. Cette

⁷ Conseil européen de Bruxelles de 1977.

⁸ Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *JOUÉ* C 197/01 du 17 juillet 2000, et Acte du Conseil du 16 octobre 2001 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, le protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *JOUÉ* C 326/01 du 21 novembre 2001.

⁹ Comme en témoigne la décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002, relative aux équipes communes d'enquête, mise en place pour suppléer à la convention en attendant sa ratification par un nombre d'États membres suffisant.

¹⁰ Articles 48 et s. de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, *op. cit.*

¹¹ Expression officialisée par le Traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les communautés européennes et certains actes connexes, *JOUÉ* C 340 du 10 novembre 1997.

¹² Le Traité d'Amsterdam avait érigé la décision-cadre comme l'instrument phare de la coopération inter-gouvernementale, c'est-à-dire dans les matières du « 3^{ème} pilier » Justice et Affaires Intérieures. Désormais le Parlement européen et le Conseil sont compétents pour établir des directives et règlements en matière pénale, cf. *infra*.

nouvelle décision serait « une décision judiciaire émise par une autorité compétente d'un État membre, afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre en vue de recueillir des preuves »¹³ dans le cadre d'une procédure répressive. Le système de coopération, autrefois fondé sur une décision politique, est sur le point de devenir une entraide standardisée construite sur la décision d'une autorité judiciaire d'un État membre.

Il sera alors intéressant d'étudier cette mutation de la coopération judiciaire dans l'Union européenne. De la décision politique, entièrement soumise à l'exécutif et à ses prérogatives en matière diplomatique, à une décision judiciaire extraterritoriale, émanant d'une autorité enquêtrice nationale et exécutable sur l'ensemble de l'espace judiciaire de l'Union européenne.

Les mécanismes de coopération reposant sur une décision politique apparaissent obsolètes, si bien qu'aujourd'hui, la coopération basée sur la reconnaissance mutuelle semble être la plus adaptée aux objectifs répressifs de l'Union Européenne (I). Mais ce système fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle, si fonctionnel soit-il en théorie, souffre de nombreux défauts qui pourront mettre en péril l'adoption de cette proposition de directive (II).

I – VERS LA JUDICIARISATION ACCOMPLIE DE LA COOPÉRATION JUDICIAIRE EN MATIÈRE PÉNALE

Si les négociations portent leurs fruits, le système d'entraide judiciaire actuel, fragmenté et complexe, sera remplacé par une forme de coopération renforcée, basée entièrement sur la nouvelle compétence extraterritoriale de l'autorité judiciaire nationale (1). Cependant, les discussions s'annoncent ardues et les instruments juridiques qui s'offrent aux autorités restent basés sur la coopération intergouvernementale mais également judiciaire (2).

1) De la coopération intergouvernementale ponctuelle à une coopération judiciaire « standardisée »

Contrairement à ce que son nom laisserait penser, la coopération judiciaire a longtemps été l'apanage du pouvoir exécutif. La décision de coopérer relevait de la compétence du ministère des affaires étrangères et du ministère de la justice (a).

¹³ Initiative prise par le Royaume de Belgique, la République de Bulgarie, la République d'Estonie, le Royaume d'Espagne, la République d'Autriche, la République de Slovénie et le Royaume de Suède, en vue d'adopter une directive du Parlement européen et du Conseil *concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale* C (2010) 5789 final. Pour le reste de l'article, toutes les références seront basées sur la dernière version publique de la proposition de directive, datant du 8 juin 2011.

Aujourd'hui, la coopération judiciaire tend à devenir le monopole des autorités judiciaires (b).

a) Les limites d'une coopération soumise au pouvoir exécutif

Le premier instrument multilatéral organisant la coopération judiciaire en matière pénale fut la Convention du Conseil de l'Europe de 1959 en matière d'entraide judiciaire, et son premier protocole du 17 mars 1978, deux instruments toujours en vigueur. Cette coopération judiciaire, que l'on peut qualifier de classique, se voulait malléable, de façon à respecter la souveraineté de chaque État partie. L'entraide judiciaire accordée devait s'entendre comme « la plus large possible »¹⁴. La demande de coopération était initiée par une autorité judiciaire qui, par le biais du Garde des Sceaux, formulait une demande au Ministère des Affaires étrangères. Celui-ci entamait alors les discussions avec les autorités gouvernementales de l'État requis pour définir ou non les modalités d'une coopération. C'est à ces dernières que revenait la décision finale.

Cette prééminence de l'exécutif dans la procédure de coopération s'explique par une conception qui voit le droit pénal intrinsèquement lié à la souveraineté étatique. Poursuivre, juger et punir les auteurs d'infraction font partie des prérogatives de puissance publique de l'État. Si les États membres de l'Union européenne ont d'abord consenti à se défaire de leurs compétences dans certains domaines clairement définis par les Traités, leur projet visait uniquement une intégration économique. Il était alors logique que la coopération pénale reste une question diplomatique entre gouvernements. Principaux acteurs de la répression pénale, les acteurs du système judiciaire n'avaient qu'un pouvoir d'initiative de la coopération et se trouvaient face aux limites du système.

La Convention d'application de l'accord de Schengen va venir simplifier cette procédure diplomatique¹⁵ et entamer une judiciarisation de la coopération interétatique en matière pénale. L'entraide judiciaire n'est plus le monopole des autorités ministérielles. Les autorités judiciaires ont désormais la faculté de contacter directement leurs homologues étrangers pour s'envoyer leurs demandes sans l'intermédiaire du pouvoir politique. Dorénavant, un juge qui veut obtenir l'exécution d'un acte d'enquête par un juge d'un autre État membre peut s'adresser directement à lui au moyen d'une commission rogatoire internationale.

Néanmoins, cette commission rogatoire internationale n'est pas exécutée dès réception par l'autorité destinataire. Il s'agit là d'une facilité d'entraide plus que d'un réel pouvoir qui sous-entendrait une certaine automaticité. Cette requête doit subir

¹⁴ Article 1.1 de la Convention.

¹⁵ Articles 48 et s. de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, *op. cit.*

une évaluation juridique, voire d'opportunité, et ceci par les autorités judiciaires ou l'autorité politique de l'État de réception¹⁶, avant d'être « convertie » en mesure interne. Au niveau juridique d'abord, le principe de double incrimination¹⁷ reste un motif de refus récurrent à l'entraide judiciaire. Le second filtre, le contrôle en opportunité, peut être une réévaluation de l'acte demandé par le juge¹⁸, ou une appréciation de l'opportunité politique. Toutes ces étapes contribuent à ralentir l'exécution de la demande. Les autorités s'engagent à exécuter la requête dans les meilleurs délais mais en l'absence de délais d'exécution préétablis, la lenteur de la procédure peut parfois rebuter les autorités¹⁹.

La Convention du 29 mai 2000²⁰ sur l'entraide judiciaire en matière pénale va pérenniser la règle de relation directe entre juges : ce n'est plus une faculté qui leur est offerte mais un principe. Le pouvoir politique est définitivement écarté de la décision d'assistance judiciaire. Par ailleurs, si l'entraide est accordée, les autorités requises ont obligation de se plier aux exigences formelles des procédures étrangères²¹. Certaines techniques d'enquêtes plus sensibles sont cependant laissées à la compétence des États, notamment pour les livraisons surveillées (suivre une cargaison frauduleuse) ou les enquêtes sous couverture. Mais cette convention ne remplace pas les instruments déjà existants, ni n'établit de priorité d'un texte sur un autre, de sorte que les professionnels se retrouvent embourbés dans une masse de textes s'articulant difficilement.

L'ensemble de ces raisons a incité l'Union européenne à aller plus loin dans le processus de judiciarisation, conformément au programme du Conseil européen de Tampere, élaboré un an auparavant.

b) Le renforcement de la coopération par
la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires

C'est la Cour de Justice des Communautés européennes, à l'époque, qui a instauré le principe de reconnaissance mutuelle en matière commerciale dans le

¹⁶ E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, Paris, La Documentation française, 2007, p. 114.

¹⁷ Refus d'exécuter un acte coercitif lorsque le fait poursuivi dans l'État requérant ne le serait pas dans l'État d'exécution.

¹⁸ E. BARBE, *L'espace judiciaire européen*, *op. cit.*

¹⁹ Plus le temps passe, plus l'intérêt à recueillir une preuve est faible, celle-ci s'altérant, les témoignages devenant de plus en plus imprécis, des éléments détruits, etc.

²⁰ Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres et l'Union européenne du 29 mai 2000, *JOCE* C 197 du 12 juillet 2000.

²¹ À la condition que ces mesures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux de droit de l'État membre requis, article 4.1 de la Convention.

cadre du marché intérieur, grâce à son célèbre arrêt *Cassis de Dijon*²². Il a fallu vingt ans de plus pour que l'idée germe et se retrouve dans le domaine pénal, non sans scepticisme²³. Lors du Conseil européen de Tampere en 1999²⁴, le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires a été érigé comme la « pierre angulaire » d'un espace de liberté, de sécurité et de justice.

L'empressement de la politique anti-terroriste sur la scène internationale a fait tomber les dernières réticences des quinze États membres pour appliquer le principe de reconnaissance mutuelle. En l'espace de cinq ans, les États membres ont adopté quelques textes majeurs notamment en matière d'extradition²⁵, concernant le gel des preuves et des avoirs²⁶ mais aussi la reconnaissance des sanctions pécuniaires²⁷. Le mandat d'obtention de preuves²⁸ a difficilement suivi, mais il était perçu dès le départ comme un brouillon, une transition avant l'adoption d'un instrument plus solide²⁹. On peut noter les avancées d'un tel projet et de l'impact qu'aurait l'application de cette décision-cadre sur la coopération judiciaire. Tout d'abord, la décision de coopérer serait une décision judiciaire. Elle émanerait d'une autorité judiciaire³⁰ telle qu'un juge, une juridiction, un magistrat instructeur ou un procureur. En renforçant la règle des contacts directs entre autorités judiciaires³¹, l'obtention des preuves à l'étranger dépendrait désormais entièrement du juge.

Toutefois, les défauts de cet instrument sont importants. Celui-ci a été vidé de sa substance à mesure que le processus décisionnel cherchait à atteindre l'accord unanime au sein du Conseil. Le mandat ne serait qu'un ordre de transfert de preuves

²² CJCE, 20 février 1979, affaire 120/78.

²³ I. JÉGOUZO, « Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne », *RIDP*, vol. 77, p. 98.

²⁴ Conseil de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, réaffirmé par la suite lors du Conseil européen de La Haye en 2004.

²⁵ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JOUE* L 190, 18 juillet 2002.

²⁶ Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JOUE* L 196 du 2 août 2003, pp. 45-55.

²⁷ Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, *JOUE* L 76 du 22 mars 2005, pp. 16-30.

²⁸ Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, *JOUE* L 350 du 30 décembre 2008, pp. 72-92.

²⁹ I. JÉGOUZO, « Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 100.

³⁰ Article 2 de la décision-cadre sur le mandat d'obtention de preuve, *op. cit.*

³¹ A. WEYEMBERGH, *Conférence sur la décision d'instruction européenne en matière pénale*, Bruxelles, 14-15 décembre 2010.

déjà existantes, ce qui limite considérablement l'objet de l'instrument. De plus, ce texte ne remplace pas le système existant mais s'y superpose. En effet, les autorités judiciaires ont³² le choix entre l'entraide judiciaire améliorée, qui de par sa flexibilité permet une large coopération, et un instrument de reconnaissance mutuelle à portée restreinte. La décision-cadre sur le mandat d'obtention de preuve n'a pas connu le succès du mandat d'arrêt européen. Elle n'a d'ailleurs été transposée que par peu d'États, et aucun mandat n'a jamais été émis. Un instrument plus poussé pour permettre la judiciarisation complète de la coopération judiciaire n'est plus seulement une volonté politique mais une nécessité.

Face à cet échec, les chefs des États membres ont dessiné les futures lignes d'un nouvel instrument. Ainsi, l'article 3.1.1. du programme de Stockholm³³ invite la Commission à présenter un système global d'obtention des preuves. Ce nouvel instrument remplacerait alors tous les instruments existants et se baserait sur le principe de reconnaissance mutuelle, tout en empruntant aux instruments d'entraide judiciaire leur souplesse. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne permet désormais au Parlement et au Conseil d'adopter des mesures visant « à établir des règles et des procédures pour assurer la reconnaissance, dans l'ensemble de l'Union, de toutes les formes de jugements et des décisions judiciaires »³⁴. Ce n'est pas la Commission mais sept États membres qui ont alors proposé d'adopter un tel instrument, faisant table rase des précédents textes.

Ce texte remplacerait donc le système fragmenté où les mécanismes de coopération traditionnels et améliorés coexistent, par un mécanisme unique : la décision d'enquête européenne.

2) *La décision d'enquêter dans un autre État membre :
d'un État requérant à une autorité d'émission*

L'initiative pour une décision d'enquête européenne, en remplaçant les instruments existants, opèrerait une dépolitisation de la coopération en matière pénale et mènerait vers la judiciarisation aboutie de l'entraide (a). Les autorités à l'origine de la demande ou autorités requises deviendraient alors des autorités d'émission d'une décision à portée extraterritoriale (b).

³² Ou devraient avoir le choix si la décision-cadre avait été transposée par tous les États membres.

³³ Programme de Stockholm, *JOUE* C 115/1 du 4 mai 2010.

³⁴ Article 49 du 30 mars 2010.

a) La nécessaire dépolitisation de la coopération judiciaire dans l'Union européenne

La directive, en remplaçant le système existant, censurerait les dispositions de la Convention de 1959 basée sur une coopération interétatique, ce qui est aujourd'hui essentiel.

Dans un objectif d'efficacité de l'action répressive à l'échelle européenne, il paraît sensé que les décisions des juges nationaux puissent produire leurs effets en dehors du territoire. En effet, la réalisation des libertés fondamentales dans l'Union a favorisé la circulation des délinquants au même titre que n'importe quel citoyen européen. Les nouvelles technologies et internet ont fait exploser les frontières que les données et les informations des médias traversent instantanément. De ce fait, les autorités enquêtrices nationales ne pouvaient remplir leur mission en raison d'une procédure longue et conditionnée. L'absence d'instruments de coopération efficaces n'était qu'un encouragement aux auteurs d'infractions, le mauvais fonctionnement de la coopération judiciaire n'étant qu'une promesse d'impunité.

Par ailleurs, il est aisé d'envisager les dérives que peut occasionner cette dépendance du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif. Par exemple, certains membres de l'exécutif pourraient freiner toute discussion pour rendre une éventuelle coopération difficile voire impossible. Cette volonté d'écarter le pouvoir exécutif est un gage de sécurité et de prévisibilité pour le justiciable. La composition d'un gouvernement ne peut influencer sur l'entraide, telle sensibilité politique étant plus ou moins encline à favoriser la coopération européenne, ou un abandon de souveraineté ponctuel. De même les difficultés fonctionnelles d'un gouvernement ne doivent retarder un échange d'éléments d'enquête. Au niveau diplomatique, la décision de coopérer ne sera plus soumise au degré d'entente de chefs d'État et donc des ministres. Un refus d'entraide judiciaire dû à des relations diplomatiques tendues sera impossible, la coopération ne pourra être le résultat de faveurs ou de tractations entre gouvernements.

Par ailleurs, la décision de coopérer ne sera plus entachée par le discrétionnaire et l'arbitraire du politique mais encadrée plus strictement par la loi. Une décision discrétionnaire est insusceptible d'abus³⁵, et donc ne pouvait faire l'objet d'un recours ou d'un contrôle juridictionnel. Le ministre en charge ne pouvait être inquiété pour un refus de coopérer, ni ne devait justifier sa décision, aucun motif de refus ne s'imposant à lui. Plus concrètement, les lacunes soulevées par les praticiens sont récurrentes. L'absence de délais stricts n'offre aucune garantie au juge de voir sa demande exécutée rapidement, alors que souvent la qualité des preuves et, de ce fait, leur utilisation dans la procédure en dépendent. Le défaut de procédure standardisée

³⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^{ème} édition, 2007.

automatique rend difficiles le dialogue et l'échange, la barrière de langue freinant parfois les meilleures intentions. De plus, la multiplication des motifs de refus, notamment des motifs d'opportunité, augmente les risques d'une décision arbitraire que la défense peut difficilement contester.

Le phénomène de dépolitisation de l'entraide judiciaire aurait pour conséquence de laisser les autorités judiciaires seules compétentes en matière de coopération pénale. L'initiative des États membres, en remplaçant la « demande de coopération » par une « décision » non discutable, augmenterait alors considérablement les compétences de ces autorités.

b) Vers l'explosion des pouvoirs des autorités judiciaires nationales

Traditionnellement, les autorités pénales nationales ne peuvent effectuer des actes d'enquête que sur le territoire de l'État duquel elles dépendent³⁶. Par conséquent, une décision judiciaire nationale est exécutée uniquement sur le territoire de l'État dans le ressort duquel la décision a été émise. Cependant, le principe de reconnaissance mutuelle est venu bouleverser le principe de territorialité de la loi pénale, qui souffrait déjà de nombreux tempéraments, et les pouvoirs des autorités judiciaires étatiques se sont considérablement élargis.

Tout d'abord, ce nouveau système supprime l'obligation de négocier les modalités d'une entraide judiciaire, qui incombait auparavant à l'exécutif. Actuellement, le mode de coopération effectif est toujours celui de l'entraide judiciaire améliorée³⁷ régi par la Convention de 2000 sur l'entraide judiciaire³⁸, même si la Convention de 1959 est toujours applicable. L'autorité judiciaire a hérité du pouvoir de l'exécutif et peut s'adresser directement à son homologue étranger pour parvenir à un accord sur l'étendue de la coopération nécessaire. La proposition de directive va encore plus loin en supprimant cette phase. Ce n'est plus un transfert de compétence : il n'y a plus de négociations, de demande d'entraide. C'est une décision directement applicable, sous respect des conditions formelles.

L'autorité judiciaire nationale aurait donc désormais le pouvoir de prendre des décisions à portée extraterritoriale, dont les effets concerneraient des agents nationaux d'un autre État membre. Cette extension de compétence territoriale bouleverse la conception classique des compétences de l'autorité judiciaire et dépasse de loin le pouvoir que détenait l'exécutif en la matière. Les autorités judiciaires

³⁶ Sur le principe de territorialité de la loi pénale, cf. F. DEBOVE, F. FALLETTI, T. JANVILLE, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2010, p. 69.

³⁷ Le cadre ici étant celui de l'entraide judiciaire secondaire mineure, l'entraide judiciaire secondaire majeure étant régie par la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen depuis 2002.

³⁸ Acte du Conseil du 29 mai 2000, *op. cit.*

nationales deviennent alors des autorités judiciaires européennes, dont les décisions pourront être reconnues sur tout le territoire de l'Union européenne.

Si la décision d'enquête prise par une autorité judiciaire d'un État membre est applicable dans tous les autres, sans validation ou transposition préalable, il y a donc une assimilation des autorités étrangères aux autorités nationales. Le juge de réception a l'obligation de traiter cette décision émise par l'autorité d'émission d'un des vingt-cinq autres États membres³⁹ comme une décision nationale. Les conséquences sont nombreuses.

Elles concernent les délais d'exécution de la décision d'enquête européenne. Non seulement celle-ci doit être exécutée aussi rapidement qu'une décision nationale, mais elle est encadrée dans des délais stricts⁴⁰. Le système d'entraide judiciaire prévoyait que l'État requis exécutait la demande « dès que possible ». De plus, les juges de réception n'auront plus la liberté d'apprécier l'opportunité de la demande (tout comme ils ne remettraient pas en cause la décision d'un juge national). Les autorités de réception n'auront plus aucune marge d'appréciation⁴¹. Ni l'opportunité, ni la proportionnalité de la mesure ne pourrait faire l'objet d'une évaluation. Le contrôle sera réduit à une vérification des conditions formelles de validité et la réception entraîne une reconnaissance immédiate de la valeur juridique d'une décision. Cette automatisation de la procédure permettrait d'enrayer la méfiance de certains juges envers des systèmes judiciaires étrangers qu'ils connaissent peu. Dans une certaine mesure, ils deviennent des agents d'exécution se pliant aux instructions énoncées par l'autorité de l'État d'émission.

La décision d'enquête européenne représente une formidable opportunité pour les praticiens de voir leurs outils d'investigation étoffés. Cependant, les négociations s'annoncent ardues et les discussions sur l'élaboration de cet instrument s'allongent. Les garanties exigées par les États membres en échange de ce nouvel abandon de souveraineté ne sont pas assez satisfaisantes pour permettre l'adoption rapide d'un tel instrument.

³⁹ Le Danemark ayant décidé de ne pas participer à l'élaboration de cette directive.

⁴⁰ Elle doit être reconnue ou refusée dans un délai de trente jours après réception : article 11 de la proposition de directive sur la décision d'enquête européenne, *op. cit.*

⁴¹ Sauf si certains États profitent de la procédure de transposition pour prendre quelques libertés comme ce fut le cas pour l'Italie lors de la transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen.

II – LES CARENCES DU PROJET DE DIRECTIVE : UN FREIN À SON ADOPTION ?

L'accord d'entraide présentait un avantage certain : les États et leurs autorités compétentes gardaient la main sur ce qui se passait sur leur territoire, alors que l'initiative de directive rend les autorités judiciaires plus puissantes. De ce fait, un instrument aussi permissif se doit d'être précis et complet, ce qui n'est pas encore le cas (1). Par ailleurs, les garanties accordées face à ces « super-autorités » semblent légères et pourront freiner l'adoption de cet instrument par les États membres (2).

1) Les lacunes d'une coopération entièrement basée sur une décision judiciaire

La judiciarisation de la procédure de coopération est guidée par une volonté politique commune visant à la construction d'un espace pénal européen. Mais le projet vise avant tout à apporter une réponse efficace face à l'envolée de la criminalité transnationale. Le processus actuel relativement complexe encourage l'élaboration de ce nouvel instrument mais les États restent timides (a), et ce à juste titre, du fait de l'approximation dans la définition de certaines notions essentielles (b).

a) La difficile acceptation d'une décision d'enquête européenne contraignante

La procédure pénale, et plus précisément la recherche des preuves, est à l'équilibre de deux mouvements, sinon incompatibles mais poursuivant des finalités différentes : l'efficacité de la recherche de la vérité d'une part, et la protection des droits fondamentaux d'autre part. L'enjeu est donc d'aider les autorités judiciaires à accomplir leur mission d'enquête et d'instruction pour permettre les poursuites. Les enquêteurs sont sous la pression de l'efficacité, et donc de la rapidité. Des actes d'enquête tardifs nuisent au bon déroulement de la procédure ainsi qu'à leur fiabilité. Cependant, pour éviter les abus et protéger les droits des victimes comme ceux des suspects, un cadre formel doit être établi pour limiter les pouvoirs des policiers, procureurs et juges. Cet équilibre fragile doit être maintenu dans tous les systèmes de procédure pénale en Europe, pour garantir, sinon un idéal de justice, la meilleure situation possible pour tous. Plusieurs intérêts sont en jeu : les intérêts de l'État, qui garantit l'exécution de la loi et punit s'il y a violation, puis les intérêts des suspects, qui ne seront reconnus comme coupables qu'après une décision de justice définitive. L'apparition de cette décision d'instruction européenne pourrait accroître le déséquilibre en faveur de l'efficacité de l'objectif sécuritaire.

Par ailleurs, la transposition de la directive risque de se heurter à la sensibilité de la matière pénale, que les États membres continuent de considérer comme leur

monopole⁴². L'État est chargé de maintenir l'ordre public sur son territoire et de prévenir les atteintes à la paix, la sécurité et la sûreté publiques. Le droit de légiférer en matière répressive est un des derniers points d'ancrage des États dans l'exercice de leur souveraineté pourtant déjà bien atteinte depuis l'avènement du Traité de Lisbonne⁴³. En effet, la souveraineté pénale des États membres s'est trouvée amoindrie par la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen⁴⁴, ce qui peut justifier leurs réticences et leur frilosité à s'engager.

La décision d'enquête européenne est entièrement basée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ou plus largement, sur la confiance mutuelle envers les systèmes judiciaires des États voisins. Concrètement, cela implique de se fier aux autorités étrangères comme aux nationales, mais aussi d'accepter les différences législatives des règles organisant la recherche de la preuve (en termes de délais, de garanties, etc.). La confiance tant acclamée par le pouvoir politique ne s'impose pas d'elle-même dans la pratique. Or, si elle était relativement aisée à accorder au sein d'une Union à quinze en 2001, elle n'est pas aussi évidente dans un espace judiciaire de vingt-sept systèmes hétérogènes. La méconnaissance des législations des autres pays contribue à ce manque de confiance et les professionnels nécessiteraient ne serait-ce qu'une initiation au droit national de chaque État pour lever la plupart de leurs doutes⁴⁵.

La confiance mutuelle sous-entendrait au minimum que toutes les législations nationales offrent le même niveau de protection des droits fondamentaux. Bien sûr, le fait que tous les États de l'Union soient parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pourrait inspirer confiance. Pourtant, pourquoi est-il si difficile de parvenir à un accord sur les garanties procédurales⁴⁶ au sein de l'Union ?

Si le principe de reconnaissance mutuelle est une bonne alternative à l'uniformisation de la procédure pénale, qui serait un chantier interminable, il ne

⁴² A. WEYEMBERGH, « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *Archives de politique criminelle* 2004/1, n° 26, p. 37.

⁴³ Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans son article 83 donne compétence à l'Union pour établir des actes en matière pénale. Le Parlement européen et le Conseil peuvent établir « des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontalière [...] ».

⁴⁴ S. BOT, *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 167.

⁴⁵ Des initiatives existent pourtant, visant la formation des magistrats européens, cf. la Communication de la Commission du 20 avril 2010, *Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens. Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*, COM (2010) 171 final, p. 9.

⁴⁶ En témoigne la proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, tombée en désuétude faute d'accord entre les États membres.

doit pas être un frein à l'harmonisation des règles nationales⁴⁷. Le manque d'homogénéité peut représenter un obstacle technique de taille à la libre circulation des décisions judiciaires. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 83 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁸ prévoit la possibilité d'édicter des règles en matière de rapprochement des législations par l'élaboration des standards minimaux.

Ainsi, dans la veine de la décision-cadre sur le mandat d'obtention de preuves de 2008, les négociations pour l'adoption de la directive sont ardues. La crainte ici est de se retrouver également avec un instrument vide ou trop vague, pour réussir à mettre d'accord tous les États membres, quitte à rogner quelques définitions en sacrifiant la précision chère à la matière pénale.

b) Le manque de précision de la directive :
un danger pour la sécurité et la clarté juridique

S'il est des notions qui méritent d'être définies clairement, ce sont bien celles de mesures d'enquête et d'autorité judiciaire. Or ces deux points précis sur lesquels est axé le projet de directive restent vagues, et à la lecture du texte, il n'est pas possible de déterminer clairement « qui peut faire quoi ».

i) L'incertitude sur les mesures d'enquête concernées par la décision

Le champ d'application de la décision d'enquête européenne est particulièrement extensible. Il est compréhensible que les auteurs de cette initiative aient préféré une formulation vague de l'objet de la décision. Hantés par l'échec du mandat d'obtention de preuve, trop restrictif, qui ne concernait que certaines preuves déjà en possession des autorités, la proposition se veut large et énonce que la décision porte sur des « mesures d'enquête ». Par ailleurs, ce système hybride imite la flexibilité de l'entraide judiciaire qui se veut « la plus large possible » et donc renonce à établir un catalogue exhaustif des mesures concernées : les autorités étatiques (judiciaires ou gouvernementales) fixent l'étendue de la coopération. Par conséquent, la portée de la décision d'enquête européenne est très difficile à établir. La décision d'enquête européenne peut concerner tout type de mesure d'investigation⁴⁹, tant dans des procédures pénales qu'administratives. Or, nous

⁴⁷ G. DE KERCHOVE, « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », dans G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERG (dir), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 119.

⁴⁸ Version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, *op. cit.*

⁴⁹ À l'exception des éléments recueillis dans le cadre des équipes communes d'enquête, prévues par l'article 13 de la Convention sur l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union Européenne de 2000. Les interceptions des télécommunications, d'abord visées par les

pouvons supposer que la mesure d'enquête peut prendre diverses formes dans les vingt-sept États membres. Les États devront s'accorder sur les caractères d'une mesure d'enquête permettant de garantir une protection suffisante aux individus impliqués dans une procédure pénale. De même, que va signifier « procédure administrative pouvant donner lieu à une procédure auprès d'une juridiction compétente notamment en matière pénale »⁵⁰ ? *Quid* d'une décision administrative du maire d'une commune, concernant la fermeture d'un débit de boisson après la vente d'alcool à des mineurs⁵¹ ?

Alors que sous le régime d'entraide judiciaire, les autorités pouvaient négocier l'étendue de la coopération, le flou actuel représente un danger pour les justiciables, mais également pour les autorités de réception qui auront l'obligation d'exécuter cette décision.

ii) La multiplication des autorités compétentes

Le texte de la directive énonce les autorités judiciaires compétentes pour prendre une décision d'instruction européenne. Pour respecter les spécificités de chaque État membre, l'instrument devait rester assez vague, mais cela entraîne-t-il des difficultés supplémentaires ?

Par exemple, au Royaume-Uni, l'enquête est réalisée exclusivement par la police. Le *Crown Prosecution Service*⁵² est chargé d'ouvrir formellement les poursuites mais seulement après que la police ait décidé de les déclencher⁵³. Il ne participe en aucune façon aux investigations et ne peut donner d'ordres aux agents de police judiciaire, qui jouissent d'une grande indépendance. Cependant, cette indépendance policière n'est pas prévue par la proposition de directive, ce qui pourrait priver les autorités enquêtrices du Royaume-Uni du pouvoir d'émettre des décisions d'enquête européenne. Une solution serait éventuellement d'étendre les compétences du « juge de paix », qui autorise déjà la police à effectuer certains actes. Mais les autorités d'investigation du Royaume-Uni seront désavantagées par rapport aux autorités

exceptions, sont désormais considérées comme des mesures d'enquête, mais sujettes aux réserves de certains États membres.

⁵⁰ Article 4 b) de la proposition de directive sur la décision d'enquête européenne, *op. cit.*

⁵¹ Exemple soulevé par le Conseil des barreaux européens, Commentaires du CCBE sur la proposition d'enquête européenne, disponible en ligne à l'adresse suivante :

http://www.ccbe.org/fileadmin/user_upload/NTCdocument/FR_221010_Comments_f2_1288172746.pdf.

⁵² Le *Crown Prosecution Service* est une sorte de Ministère Public, mais il n'a pas les mêmes fonctions que dans les systèmes d'Europe continentale.

⁵³ M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 1995. p. 12.

d'autres États membres, plus autonomes suivant le texte de la directive et ne dépendant pas de l'accord d'un autre organe.

En Allemagne, depuis une réforme de 1975, le juge d'instruction a été supprimé et l'instruction est confiée au Ministère public subordonné au « juge de l'instruction » pour les mesures d'enquête les plus permissives⁵⁴. En Espagne en revanche, le juge d'instruction est tout-puissant et mène l'enquête avec l'aide de la police judiciaire. Il est aisé d'imaginer la difficulté pour un juge espagnol d'exécuter une décision émanant d'un procureur allemand qu'il estimera soumis au pouvoir exécutif, même si elle est validée par le juge de l'instruction allemand⁵⁵. Son statut d'autorité judiciaire indépendante peut être remis en cause par le juge espagnol⁵⁶. L'indépendance du Ministère public ainsi questionnée, le pouvoir politique réintégrerait alors le processus décisionnel de façon indirecte.

Par ailleurs, les autorités judiciaires d'investigation ne sont pas les seules visées par la directive. Ainsi, une décision d'enquête européenne pourra transiter par une autorité centrale. Comment cette autorité centrale pourra-t-elle s'articuler avec les autorités judiciaires ? Ses actes pourront-ils être contestés au même titre que les actes d'instruction ? Le projet encourage également la participation d'organes de l'Union, comme Europol, Eurojust, ou le Réseau Judiciaire Européen. Ils ne seront pas décisionnaires, mais pourront participer à l'élaboration ou l'exécution de la décision, voire désamorcer des conflits qui pourraient résulter de la réception de cette décision. Cet accroissement du nombre d'autorités concernées ne va-t-il pas compliquer un mécanisme qui a l'ambition de faciliter la coopération ?

La multiplication de ces autorités compétentes dans un espace judiciaire européen ne présentant pas les mêmes garanties qu'un espace judiciaire national laisse envisager de nombreux problèmes. Plus précisément, la question du recours contre les décisions prises par les autorités judiciaires va devenir primordiale pour assurer le respect des droits fondamentaux des suspects, tant substantiels que procéduraux.

2) *Des possibilités de recours restreintes : une menace pour les droits de la défense ?*

L'initiative des sept États membres aboutit non seulement à un système « automatisé » qui ne laissera que peu de marge d'appréciation à l'autorité

⁵⁴ Étude de législation comparée n° 195, *L'instruction des affaires pénales*, mars 2009, Les documents de travail du Sénat, p. 11, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/lc/lc195/lc195.pdf>.

⁵⁵ T. AHLSTRAND, *On the European Evidence Warrant*, Conférence sur la décision d'instruction européenne, Bruxelles, décembre 2010.

⁵⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a également remis en cause l'indépendance du parquet dans l'arrêt *Medvedev* : cf. CEDH, Gr. Ch., 29 mars 2010, *Medvedev et autres c. France*, aff. n° 3394/03.

judiciaire (a), mais la facilité d'émission d'une telle décision entraînera d'autant plus de dangers pour les droits des suspects que leurs possibilités de recours seront réduites (b).

a) L'autorité judiciaire de réception, un simple agent d'exécution : la faiblesse du contrôle a priori

Dans l'actuel système de coopération judiciaire traditionnel et amélioré, les autorités gouvernementales ou judiciaires ont pleine compétence pour refuser l'exécution d'une demande. La proposition de directive, en automatisant la coopération, encadre précisément ce refus pour le rendre très difficile.

i) L'abandon des motifs de refus traditionnels

Cette proposition de directive censure les motifs de refus traditionnels de l'entraide judiciaire. Ainsi, la Convention de 2000 ne proposait pas de liste de motifs de refus et laissait le juge libre d'apprécier la demande, en fonction du droit national et de la protection des droits fondamentaux qu'elle garantissait.

Dans l'initiative de directive, le principe de double incrimination est abandonné. Il laissait la possibilité à une autorité étatique de refuser d'effectuer un acte coercitif lorsque le fait à l'origine de la demande ne constituait pas une infraction dans l'État requis. Dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice qu'est l'Union européenne, la règle de double incrimination n'a peut-être plus sa place. En effet, le principe de reconnaissance mutuelle suppose un degré de confiance mutuelle certain, les législations nationales offrant, en théorie, le même niveau de protection à leurs citoyens. En toute logique, le principe de territorialité est aussi abandonné, alors qu'il avait été réintroduit par la décision-cadre sur le mandat d'obtention de preuves⁵⁷.

Les refus basés sur le principe de proportionnalité et l'opportunité de la demande sont également censurés. Les autorités nationales étrangères étant assimilées à des autorités nationales, la remise en question de l'opportunité d'une décision serait la remise en question de l'autorité elle-même. Le principe de proportionnalité n'est pas purement abandonné mais a perdu de sa substance. En effet, l'autorité de réception ne peut plus refuser d'exécuter une demande si elle la trouve disproportionnée par rapport à l'infraction en cause, mais elle peut décider d'user de moyens moins coercitifs si elle parvient au même résultat⁵⁸. Cette

⁵⁷ Article 13. 1. i) de la Décision-cadre sur le mandat d'obtention de preuves, *op. cit.*

⁵⁸ Mis à part une liste de mesures qui ne peuvent être remplacées par une moins coercitive, comme l'obtention d'une preuve déjà en possession des autorités de réception : article 10. 1a c) de la proposition de Directive sur la décision d'enquête européenne, *op. cit.*

systématisation représente cependant un danger car certains juges vont pouvoir abuser de cette décision d'instruction comme cela a été le cas avec le mandat d'arrêt européen⁵⁹. C'est pour cette raison que le refus d'exécuter une décision est toujours possible, mais strictement encadré.

ii) La faiblesse des motifs de refus en question

Dans la première proposition d'avril 2010, les motifs de refus étaient réellement pauvres, pour ainsi dire inexistantes. La Commission a demandé à ce que cette partie soit complétée, notamment par exemple par le principe de *ne bis in idem* et les discussions interétatiques qui ont suivi ont obscurci les possibilités de refus. Cette partie est encore en discussion et sujette à de futures évolutions. Avancée au départ comme l'un des points forts de l'initiative par ses auteurs, la faiblesse des motifs de refus d'exécution ou de non-reconnaissance constituera un frein à l'adoption de cette directive⁶⁰.

L'initiative se targue de bénéficier de la flexibilité de l'entraide judiciaire, combinée à l'efficacité de la reconnaissance mutuelle. Cependant la flexibilité ne va que dans un sens, car les possibilités de refuser ou de modifier la décision d'instruction sont très limitées. En effet, le contact direct entre autorités est privilégié. Les autorités sont invitées à échanger dès réception de la décision d'instruction⁶¹. Si un problème de forme est soulevé, l'autorité de réception doit en avvertir l'autorité d'émission. Le but est d'éviter ici le refus d'exécution en résolvant le problème par le dialogue. De même l'autorité a la possibilité de recourir à une autre mesure si le but peut être atteint par des moyens moins coercitifs. En revanche, pour un certain nombre de mesures énumérées, il n'y a pas de possibilité d'user d'un autre moyen que celui prévu par la décision-cadre comme c'est le cas des auditions de témoins, ou des identifications de personnes *via* leur adresse IP⁶².

Les véritables motifs de refus tiennent à la protection de l'intérêt supérieur de l'État. En effet, pour la plupart des procédures en matière pénale, l'exécution peut être refusée en cas d'immunité ou de privilège, ou d'atteinte aux intérêts nationaux⁶³. Hormis dans ces deux cas, les autorités ne peuvent refuser de nombreuses mesures énumérées à l'article 10 1a, pas plus que les mesures d'enquête en relation avec une

⁵⁹ Conférence Euroneds, intervenant de l'Association anglaise pour le respect des droits fondamentaux et de l'État de droit dans les procédures pénales (*Fair Trial International*), Université du Luxembourg, mai 2010.

⁶⁰ Certains États parlent déjà de conditionner la signature du texte à l'élargissement des motifs de refus.

⁶¹ Article 15 de la proposition de directive sur la décision d'enquête européenne, *op. cit.*

⁶² Article 10. 1a. de la proposition de directive sur la décision d'enquête européenne, *op. cit.*

⁶³ Article 10.1.1d) dans les cas spécifiques de procédures administratives, ou si cette mesure d'enquête ne saurait être autorisée dans une procédure nationale similaire.

des trente-deux infractions particulièrement graves listées⁶⁴. De plus, le législateur européen n'est pas à l'abri d'aménagements non prévus lors de la transposition par les États, ce qui tendrait à faire regretter le choix d'avoir utilisé la directive plutôt que le règlement.

Par ailleurs, si une voie de contestation est ouverte pour les autorités judiciaires *via* les motifs de refus, la question de la protection des droits de la défense est en revanche complètement absente.

b) Les faibles garanties quant à la protection des droits de la défense

Le droit à un recours effectif est prévu par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et est reconnu unanimement par les droits nationaux des États membres⁶⁵. Mais ce recours peut être organisé librement par les États parties, ceux-ci disposent d'une marge d'appréciation. La Cour de justice européenne a également précisé que le droit à un recours juridictionnel « constitue un principe général de droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles des États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme »⁶⁶.

La directive propose d'instaurer une décision judiciaire européenne qui doit donc être susceptible de contestation au même titre que les décisions nationales. Mais les États n'organisent pas de la même façon le recours contre les actes d'instruction abusifs, portant atteinte à des droits substantiels ou procéduraux. Si l'on se tourne vers la directive, l'article 13 est assez confus pour l'instant et ne donne pas beaucoup d'indications. La mesure étant assimilée à un acte national, même s'il émane d'une autorité d'un autre État membre, il faut qu'il y ait au moins autant de possibilités de recours que pour une mesure nationale. Le texte renvoie aux États le soin d'organiser les recours en précisant que les raisons substantielles d'émission d'une décision d'instruction ne peuvent donner lieu à contestation que devant les juridictions compétentes de l'État d'émission, ce qui sous-entend que les irrégularités de forme peuvent être contestées dans l'État d'émission aussi bien que dans l'État d'exécution. Cette double possibilité ouvre la voie à un phénomène de *forum shopping* pour bénéficier de la législation la plus avantageuse ou la plus sévère envers les violations de forme. Le contrôle de la validité des actes d'enquête n'est pas

⁶⁴ Annexe X à la proposition de directive sur la décision d'enquête européenne, basée sur la liste des trente-deux infractions de mandat d'arrêt européen.

⁶⁵ Par exemple, l'article 19 A) de la Loi fondamentale allemande ou l'article 24 de la Constitution italienne.

⁶⁶ CJCE, 15 mai 1986, *Johnson c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, *Rec.* 1986, p. 1651.

uniformisé dans les procédures nationales et par conséquent, ne réserve pas le même sort aux actes illégaux. Par exemple, en Angleterre, les preuves recueillies de façon illégale ne seront pas exclues du dossier⁶⁷ alors qu'elles le seront en France.

Plus généralement, qui peut présenter un recours et selon quelle procédure ? La procédure de droit commun paraît la plus légitime mais la chambre de l'instruction française serait-elle apte à vérifier la validité d'une décision judiciaire polonaise, prise selon les règles de procédure pénale polonaise ? Par ailleurs, quelle juridiction sera compétente pour connaître des recours contre l'exécution illégale de la décision, ou plus précisément, contre les bévues des autorités d'exécution ?

Si un recours est intenté, la transmission des preuves recueillies est en principe suspendue. Or, il est possible de passer outre cette suspension si le transfert est requis pour une bonne conduite de l'enquête ou pour protéger les droits individuels. Mais quelle enquête ne nécessite pas d'être « bien conduite » ?

Pour finir, les droits de la défense peuvent être abordés plus en amont et l'existence même de cette décision d'instruction pourrait être envisagée comme une atteinte grave au droit à un procès équitable. Le principe de l'égalité des armes découle du droit à un procès équitable. En France ou en Belgique par exemple, l'enquête est confiée au juge d'instruction qui enquête à charge et à décharge, donc on peut supposer que tous les actes effectués peuvent être en faveur ou en défaveur du suspect. Par extension, les décisions d'enquête européenne émises par une autorité judiciaire le sont autant pour prouver l'innocence d'un suspect que sa culpabilité, dans une optique de recherche objective de la vérité. La décision d'enquête européenne serait alors un acte d'enquête neutre. Or, la directive ne tient pas suffisamment compte des systèmes où la preuve peut être rapportée par les parties au procès, notamment par les avocats de la défense. C'est le cas au Royaume-Uni, où la défense doit rapporter la preuve au même titre que l'accusation. Or, cette décision d'instruction européenne est accessible à un large panel d'autorités mais pas à la défense et l'on conçoit facilement les difficultés pour cette dernière de recueillir les preuves de son innocence dans un autre État membre. Il y aura là un déséquilibre flagrant entre les pouvoirs accordés à l'accusation et ceux offerts à la défense.

Il est vrai que ces problèmes se posent dans les mêmes termes dans le cadre de l'entraide judiciaire traditionnelle, mais l'automatisme et la facilité d'utilisation de ce nouvel instrument pourra accroître de façon exponentielle les actes d'échange et de la même façon, les occasions de violation des droits fondamentaux.

⁶⁷ De plus, dans les procédures de *guilty plea* (plaider coupable), c'est-à-dire dans la plupart des procédures répressives, toutes les preuves même illégalement recueillies sont acceptées, il y a une liberté totale de la preuve.

CONCLUSION

Comme l'a rappelé la Commission récemment⁶⁸, les efforts pour la mise en place d'une « politique pénale de l'Union plus cohérente et plus homogène » témoigne de l'implication de l'Union en matière pénale et procédurale. De plus, compte tenu de l'évolution remarquable⁶⁹ entre la première initiative d'avril 2010 et la dernière version publique de juillet 2011, il n'est pas démesurément optimiste d'estimer que la proposition a des chances d'être concrétisée et de voir ses défauts gommés.

Cependant, si l'abandon des instruments d'entraide judiciaire classique est préconisé, il ne pourra être totalement adopté. En effet, la volonté exprimée par le Danemark de ne pas participer⁷⁰ ne peut l'exclure de toute coopération judiciaire. Par ailleurs, le champ d'application de la directive ne pourra simplement se substituer à celui de l'entraide judiciaire, comme en témoigne l'exclusion des équipes d'enquêtes communes ou le flou sur les enquêtes sous couverture. Un nouveau morcellement des instruments de coopération judiciaire est à craindre, et par conséquent la persistance, bien que marginale, d'une coopération intergouvernementale fondée sur une décision politique.

⁶⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, et au Comité des régions, *Vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal*, 20 septembre 2011, COM (2011) 573 final.

⁶⁹ S. PEERS, *The proposed european investigation order, Statewatch analysis*, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.statewatch.org/analyses/no-112-cu-cio-update.pdf>.

⁷⁰ La question de l'*opt-in* de l'Irlande est toujours en suspens, alors que le Royaume-Uni s'est déjà prononcé favorablement sur l'adoption de la directive.

RÉSUMÉ :

En avril 2010, sept États membres de l'Union européenne ont présenté une initiative en vue d'adopter une directive bouleversant la coopération judiciaire en matière pénale, en érigeant la décision d'enquête européenne comme le nouvel instrument unique d'entraide entre autorités judiciaires.

Hier encore, la recherche des preuves dans un autre État membre était essentiellement basée sur un accord diplomatique entre autorités ministérielles. La coopération s'est peu à peu judiciarisée jusqu'à devenir principalement la « chose » des juges. Ceux-ci ont désormais la liberté de se contacter directement pour mettre en place une coopération en cas d'infraction transnationale. Basée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, cette initiative offre un nouveau mode de coopération renforcée plus permissif. En effet, les autorités judiciaires auraient alors la compétence d'émettre des décisions d'instruction directement applicables sur tout le territoire de l'Union Européenne, sans validation préalable par l'autorité de réception. La présente contribution portera sur la mutation de cette coopération judiciaire : d'une demande gouvernementale de coopération à une entraide imposée par une décision judiciaire.

SUMMARY:

In April 2010, seven Member States of the European Union tabled an initiative supporting the adoption of a Directive that will shatter judicial cooperation in criminal matters. The Directive established a European Investigation Order (EIO): a new instrument for a unique mutual aid device between judicial authorities.

Until very recently, the gathering of evidence in another Member State was entirely based on diplomatic agreements between national ministerial authorities. However, this form of cooperation acquired a judicial aspect all the more so that it essentially came under judges. From now on, the latter are free to directly contact each other and set up cooperation regarding the investigation of so-called "Euro-crimes". The EIO initiative offers a new and more permissive mode of enhanced cooperation based on the principle of mutual recognition of judicial decisions. Indeed, judicial authorities would then be competent to take prosecution decisions in the EU range without the need for prior validation from the receiving authorities. The present contribution examines the ongoing mutation of this judicial cooperation (from a governmental request for cooperation to mutual assistance imposed by adjudication).

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, signée à Strasbourg le 20 avril 1959, *STE*, n° 030
- Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JOCEL* 239 du 22 septembre 1990, pp. 0019-0062
- Acte du Conseil du 29 mai 2000, établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *JOUE* C 197/01 du 17 juillet 2000
- Initiative prise par le Royaume de Belgique, le République de Bulgarie, la République d'Estonie, le Royaume d'Espagne, la République d'Autriche, la République de Slovénie et le Royaume de Suède, en vue d'adopter une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale C (2010) 5789 final
- BARBE E., *L'espace judiciaire européen*, Paris, La Documentation française, 2007
- BOT S., *Le mandat d'arrêt européen*, Bruxelles, Larcier, 2009
- DE BIOLLEY S., « Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne. Les débuts : Acquis de Schengen », *RIDP* 2006, vol. 77, n° 1-2, pp. 23-38
- DE KERCHOVE G., « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », dans DE KERCHOVE G., WEYEMBERG A. (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2002
- DEBOVE F., FALLETTI F., JANVILLE T., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2010
- DELMAS-MARTY M. (dir.), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, PUF, 1^{ère} édition, 1995
- JÉGOUZO I., « Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne », *RIDP* 2006, vol. 77, pp. 97-111
- SHEPTYCKI J., *En quête de police transnationale. Vers une sociologie de la surveillance à l'ère de la globalisation*, Bruxelles, Larcier, 2005

- WEYEMBERGH A. , « L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne », *Archives de politique criminelle* 2004/1, n° 26