

DIGITHÈQUE

Université libre de Bruxelles

G. de Kerchove et A. Weyembergh, éd., *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

http://digistore.bib.ulb.ac.be/2007/i9782800412962_000_o.pdf

Cette œuvre littéraire est soumise à la législation belge en matière de droit d'auteur.

Elle a été publiée par les
Editions de l'Université de Bruxelles
<http://www.editions-universite-bruxelles.be/>

Les règles d'utilisation de la présente copie numérique de cette œuvre sont visibles sur la dernière page de ce document.

L'ensemble des documents numérisés mis à disposition par les bibliothèques de l'ULB sont accessibles à partir du site
<http://digitheque.ulb.ac.be/>

L'espace pénal européen : enjeux et perspectives

EDITE PAR GILLES DE KERCHOVE ET ANNE WEYEMBERGH

PREFACE D'ANTONIO VITORINO

INTRODUCTION DE MARC VERWILGHEN

POSTFACE D'ANA PALACIO VALLELERSUNDI



Jean De Ruyt. L'Acte unique européen. Commentaire. 2^e édition. 1989, XVI + 392 pages.

Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle. Publié sous la direction de Jean-Victor Louis et de Denis Waelbroeck. 2^e tirage. 1989, 408 pages.

Mário Marques Mendes. Antitrust in a World of Interrelated Economies. The Interplay between Antitrust and Trade Policies in the US and the EEC. 1991, XII + 286 pages.

L'espace audiovisuel européen. Publié sous la direction de Georges Vandersanden. 1991, 224 pages.

Vers une nouvelle Europe ? Towards a New Europe ? Publié sous la direction de Mario Telò. 1992, XIV + 561 pages.

L'Union européenne et les défis de l'élargissement. Publié sous la direction de Mario Telò. Préface de William Wallace. 1994, XII + 368 pages.

La réforme du système juridictionnel communautaire. Publié sous la direction de Georges Vandersanden. 1994, 104 pages.

Quelle Union sociale européenne ? Acquis institutionnels, acteurs et défis. Publié sous la direction de Mario Telò et de Corinne Gobin. Préface d'Emilio Gabaglio. 1994, 320 pages.

Laurence Burgorgue-Larsen. L'Espagne et la Communauté européenne. L'Etat des autonomies et le processus d'intégration européenne. Avant-propos de Luis Aguiar de Luque. Préface de Marie-Françoise Labouz. 1995, XVIII + 472 pages.

Banking Supervision in the European Community. Institutional Aspects. Report of a Working Group of the ECU Institute under the Chairmanship of Jean-Victor Louis. 1995, 304 pages.

Pascal Delwit. Les partis socialistes et l'intégration européenne. France, Grande-Bretagne, Belgique. 1995, 302 pages.

Démocratie et construction européenne. Publié sous la direction de Mario Telò. 1995, XII + 368 pages.

Jörg Gerkrath. L'émergence d'un droit constitutionnel européen. Modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne. 1997, 426 pages.

L'Europe et les régions. Aspects juridiques. Publié sous la direction de Georges Vandersanden, 1997, 186 pages.

L'Union européenne et le monde après Amsterdam. Publié sous la direction de Marianne Dony. Préface de Jean-Victor Louis. 1999, 352 pages.

Paul Magnette. La citoyenneté européenne. Droits, politiques, institution. 1999, 252 pages.

Le nouveau modèle européen. I. Institutions et gouvernance. II. Les politiques internes et externes. Publié sous la direction de Paul Magnette et Eric Remacle. 2000, 176 et 244 pages.

Vers un espace judiciaire pénal européen. Towards a European Judicial Criminal Area. Publié sous la direction de Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh. Préface d'Elisabeth Guigou. Introduction de Marc Verwilghen. Postface d'Antonio Vitorino. 2000, XIV + 374 pages.

Olivier Costa. Le Parlement européen, assemblée délibérante. 2001, 508 pages.

Marianne Dony, Droit de la Communauté et de l'Union européenne. 2001, 340 pages.

La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne. Publié sous la direction de Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh. Préface de Koen Lenaerts. Introduction de Marc Verwilghen. Postface de Giuseppe di Lello Finuoli. 2001, 256 pages.

La constitution de l'Europe. Publié sous la direction de Paul Magnette. Deuxième édition revue et augmentée, 2002, 216 pages.

L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne. Publié sous la direction de Marianne Dony et Emmanuelle Bribosia. Préface de Bo Vesterdorf. Introduction de Marc Verwilghen. 2002.

L'espace pénal européen : enjeux et perspectives

EDITE PAR GILLES DE KERCHOVE ET ANNE WEYEMBERGH

PREFACE D'ANTONIO VITORINO

INTRODUCTION DE MARC VERWILGHEN

POSTFACE D'ANA PALACIO VALLELERSUNDI

COMMENTAIRE J. MEGRET
LE DROIT DE LA CE ET DE L'UNION EUROPEENNE

Deuxième édition

- Volume 1 : Préambule. Principes. Libre circulation des marchandises, 1992, VIII + 512 pages.
Volume 2 : Politique agricole commune, 1991, 396 pages.
Volume 3 : Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports, 1990, 408 pages.
Volume 4 : Concurrence, 1997, XII + 1100 pages.
Volume 5 : Dispositions fiscales. Rapprochement des législations, 1993, VIII + 428 pages.
Volume 6 : Union économique et monétaire. Cohésion économique et sociale. Politique industrielle et technologique, 1995, VIII + 340 pages.
Volume 7 : Politique sociale. Education et jeunesse, 1998, 392 pages.
Volume 8 : Culture. Santé. Consommateurs. Réseaux transeuropéens. Recherche et développement technologique. Environnement. Energie, 1996, VIII + 428 pages.
Volume 9 : Le Parlement européen. Le Conseil. La Commission. La Cour des comptes. Le Comité économique et social. Le Comité des régions. La Banque européenne d'investissement. Le Fonds européen d'investissement, 2000, 640 pages.
Volume 10 : La Cour de justice. Les actes des institutions, 1993, VIII + 666 pages.
Volume 11 : Les finances de l'Union européenne, 1999, 478 pages.
Volume 12 : Relations extérieures (en préparation).

Première édition

- Volume 9 : L'Assemblée. Le Conseil. La Commission. Le Comité économique et social, 1979, 480 pages.
Volume 13 : La convention de Lomé, 1990, 942 pages.
Volume 14 : L'aide au développement, 1986, 561 pages.
Volume 15 : Dispositions générales et finales, 1987, 780 pages.

L'espace pénal européen : enjeux et perspectives

EDITE PAR GILLES DE KERCHOVE ET ANNE WEYEMBERGH
PREFACE D'ANTONIO VITORINO
INTRODUCTION DE MARC VERWILGHEN
POSTFACE D'ANA PALACIO VALLELERSUNDI

ISBN 2-8004-1296-8

D/2002 /0171/19

© 2002 by Editions de l'Université de Bruxelles
Avenue Paul Héger, 26 – 1000 Bruxelles (Belgique)

<http://www.editions-universite-bruxelles.be>

Imprimé en Belgique

Remerciements

Cet ouvrage est l'aboutissement du colloque «L'espace pénal européen : bilan de la présidence belge et perspectives», organisé les 6 et 7 mars 2002 par la section juridique de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles en collaboration avec le ministère belge de la Justice, le Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, le Centre d'études pour l'application du droit communautaire en matière pénale et financière et le Bureau pour la Belgique du Parlement européen.

Il a pu être réalisé grâce au soutien de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles (Pôle européen Jean Monnet), du ministère belge de la Justice, du Bureau pour la Belgique du Parlement européen et du programme Pôles d'attraction interuniversitaires P4/04 – Etat belge, Service du Premier ministre – Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, du ministère de l'Education, de la Recherche et de la Formation de la Communauté française de Belgique.

Les éditeurs remercient vivement pour leur précieuse assistance à l'organisation du colloque qui a débouché sur la publication de cet ouvrage Madame Marianne Dony, directrice de la section juridique de l'Institut d'Etudes européennes, Madame Jeanne Deligne, Monsieur Gustave Debeys et Monsieur Farid Bouyazidan.

Préface

António VITORINO

Cet ouvrage trace un bilan de la construction de l'espace européen pénal à mi-parcours du délai de cinq ans prescrit en 1999 par le traité d'Amsterdam pour construire un espace commun européen de liberté, de sécurité et de justice. Les instruments d'action dont l'Union européenne s'est dotée jusqu'à présent dans ce domaine ont été analysés et les perspectives de progrès souhaitables, esquissés.

Si on regarde en arrière, en particulier depuis la tenue du précédent colloque en 1999, incontestablement, l'Union européenne a fait un grand bond en avant dans le domaine pénal. De plus, je suis heureux de voir qu'il peut se bâtir sur une charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, devenue réalité depuis le sommet de Nice de décembre 2000.

Les travaux de ce colloque des 6-7 mars 2002 se sont placés autour des quatre grands axes définis à Tampere pour le domaine pénal, à savoir : le rapprochement du droit substantiel, la reconnaissance mutuelle, la coordination et centralisation des poursuites, et la protection des droits individuels dans les procédures pénales.

Ils ont aussi abordé la méthode de construction de l'espace européen de justice.

Trois décisions européennes ont été amplement commentées au cours de ces travaux. Il s'agit des décisions-cadres sur le mandat d'arrêt européen et les procédures de remise entre Etats membres, et sur la lutte contre le terrorisme et de la décision instituant Eurojust, formellement adoptées sous Présidence espagnole en 2002, suite à l'accord politique scellé sous Présidence belge au Conseil «Justice et affaires intérieures» du 6 décembre 2001.

Dans le domaine du *rapprochement du droit substantiel*, Anne Weyembergh, Georges Kellens, Robert Roth et d'autres, soulignent le caractère complexe et peu ordonné de la démarche européenne. A la difficulté de rassembler des positions nationales autour de consensus, s'ajoute l'exercice bien délicat de respecter les compétences des premier et troisième piliers.

En outre, que ce soit au niveau de l'incrimination ou des sanctions, des progrès restent à faire pour dépasser ce que certains appellent – en citant Daniel Flore – «l'harmonisation en trompe-l'œil» ou encore l'«harmonisation de façade». Car

l'application des décisions dans les Etats membres risque de présenter de grandes distorsions.

Dans le domaine de *la reconnaissance mutuelle*, bon nombre de participants prennent le mandat d'arrêt européen comme étude de cas. Il est vrai que celui-ci représente une avancée considérable sur le chemin de la suppression de l'extradition entre les Etats membres de l'Union. Emmanuel Barbe et Guy Stessens, en particulier, ont tenté de relever les écueils qui attendent la mise en application de cette décision dans les Etats. Même si les décideurs ont pris la précaution de couvrir explicitement la protection des droits fondamentaux des personnes, cette dimension du mandat soulève encore des interrogations.

Les instruments de coordination et d'échange d'information ont aussi été analysés. Daniel Flore examine sous tous ses angles le potentiel opérationnel d'Eurojust, de même que ses limites. Sabine Gless analyse en détail la question du nécessaire contrôle d'Europol ; ce sujet devient d'autant plus pertinent que cette institution a vu son champ d'action et ses compétences s'élargir récemment. Hans G. Nilsson fait le point sur la prolifération de tous ces instruments de coordination qui ont été créés au niveau européen et constate le besoin d'établir une cohérence entre leurs missions.

S'agissant de *la protection des droits individuels*, Olivier De Schutter, Serge de Biolley et Maria Luisa Cesoni soulèvent de grandes questions de fond qui doivent interpeller nos responsables politiques. De quelle Europe de la justice voulons-nous ? Répression et prévention, où se trouve l'équilibre ? L'analyse qui en est faite reste, bien sûr, étroitement liée aux décisions qui ont été prises jusqu'à présent

Certains ont pris le parti d'aborder plus particulièrement la méthode de construction européenne dans ce domaine. Jean Paul Jacqué analyse la question fondamentale de la base juridique et la complexité qu'elle engendre dans le processus de décision. Koen Lenaerts, Laurent Jadoul et Lorenzo Salazar tentent de comprendre la relation entre la création d'un système pénal européen et ses conséquences sur la cohérence interne des systèmes nationaux. Les difficultés qui peuvent en résulter entravent généralement la bonne marche des négociations au niveau européen

Je crois que ces travaux sont d'une grande utilité. Ils permettent de réfléchir sur des aspects sensibles de la construction européenne, hors du cadre formel de négociation politique. Les uns et les autres analysent avec clairvoyance et sans complaisance aucune, la portée des décisions prises et leurs limites. On ne peut que trop souligner leur contribution potentielle au progrès à réaliser au niveau juridique et politique.

Tous les participants, à un moment ou un autre, se sont montrés préoccupés par la mise en application effective des textes adoptés par l'Union. Tous regrettent également les faiblesses qui ralentissent le processus de décision. Je pourrais reprendre à mon compte certains éléments abordés dans ces textes quant aux faiblesses ou limites des décisions prises. Mais il est des réalités juridiques qui font que cet espace devra se construire par étapes. Comme bon nombre de participants, je crois aussi, et j'espère, que la Convention sur l'avenir de l'Europe pourra apporter des améliorations au fonctionnement du processus de prise de décision dans le domaine pénal.

Comme le constate le ministre Marc Verwilghen, qui a dirigé les travaux de la Présidence belge du deuxième semestre 2001 dans le domaine de la justice combinant

la rigueur technique et la vision politique, les Etats membres ont réussi à dépasser la vision étriquée de la souveraineté nationale et ont montré la capacité à décider rapidement lorsqu'il le fallait.

Mais les récents progrès enregistrés ne peuvent faire oublier que l'Europe se trouve à un moment charnière de son histoire. Dans les quelques années à venir, l'Europe doit faire face à des défis d'une importance capitale, qui détermineront son destin sur la scène internationale. L'élargissement en est un. Le moment est venu d'avancer vite, beaucoup plus vite que par le passé, si nous voulons achever la création de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Or, en ce moment, l'Union fait face à des problèmes de crédibilité qui proviennent essentiellement de la multiplicité des procédures et de la complexité des instruments d'action. Pour que l'action collective soit crédible, les instruments et les mécanismes d'action doivent être améliorés.

De ce point de vue, nous pensons à la Commission que l'heure est venue pour que le domaine de la coopération judiciaire pénale soit intégré dans le pilier communautaire. La structure actuelle, certes expression d'une approche évolutive, effectuant une distinction artificielle entre les affaires civiles (au sein du premier pilier) et les pénales (soumis encore aux règles du troisième pilier), ne correspond ni avec l'objectif de la création d'un espace judiciaire sans frontières, ni avec la nature législative des décisions à prendre dans l'harmonisation – limitée – de définitions, des incriminations et de sanctions communes dans certains types d'infractions pénales à l'échelle européenne, ni, enfin, avec l'efficacité d'action nécessaire.

C'est pourquoi, je voudrais insister sur le problème institutionnel le plus important à discuter au sein de la Convention sur l'avenir de l'Europe dans ce domaine : revoir sérieusement les procédures décisionnelles. Il faut absolument que le Conseil décide dans tout ce domaine à la majorité qualifiée. Par ailleurs, lorsque l'Union adopte des mesures de nature législative, la procédure de co-décision avec le Parlement européen s'impose aussi bien qu'une association étroite des parlements nationaux. Enfin, il est à mon avis inacceptable dans l'Union, qui se fonde notamment sur le principe de « l'état de droit », que la compétence de la Cour de justice soit limitée dans l'espace de liberté, de sécurité et – précisément – de justice.

Ortega y Gasset nous disait que la perspective sert à organiser la réalité. Je crois que Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh ont réussi leur pari et que cet ouvrage constitue un ensemble de réflexions essentielles pour la poursuite des progrès dans le domaine de la coopération judiciaire pénale européenne. Je suis sûr que son souffle ne s'arrêtera pas avec cet ouvrage et qu'ils continueront à nous aider à organiser la future réalité pénale européenne.

Bruxelles, le 1^{er} août 2002

Introduction

Marc VERWILGHEN

Je me réjouis de la publication de cet ouvrage, comme j'ai eu l'occasion de saluer l'organisation du colloque qui en est la source. Le recueil écrit comme l'événement prolongent une série déjà longue de collaborations entre le ministère de la Justice et l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles dans le domaine du droit pénal européen. C'est un dialogue qui se poursuit entre le politique et le monde universitaire, le premier soutenant le second pour être mieux stimulé par lui, dans le respect de l'indépendance de chacun.

Or, je pense qu'il est de plus en plus important de soutenir et développer une recherche scientifique qui soit à la mesure de la croissance du domaine pénal dans l'Union européenne, croissance qui touche tant la quantité d'instruments normatifs nouveaux que leur impact sur les droits des Etats membres. L'enseignement du droit pénal européen dans les facultés de droit nationales doit être plus approfondi, et les universités à dimension spécifiquement européenne doivent appréhender à sa juste valeur le développement de ce versant désormais prioritaire de la construction européenne.

C'est que cette priorité accordée au domaine pénal – le «troisième pilier» – constitue l'enseignement majeur de la présidence belge de l'Union européenne. L'observateur attentif ne s'en étonnera pas. L'évolution à travers les traités de Maastricht (1992) et d'Amsterdam (1997), puis les conclusions du Conseil européen de Tampere (1999), consistait en une émancipation progressive des mécanismes «classiques» de coopération, tant sur le plan institutionnel que sur celui des objectifs fixés. Cette émancipation s'est concrétisée dans l'ensemble formé par les instruments adoptés durant l'année 2001, et la présidence belge a joué un rôle non négligeable dans ce développement.

Certes, les événements du 11 septembre ont également été un facteur important de l'évolution des travaux. On se souviendra longtemps au Conseil de l'effervescence qui a suivi les attentats, des échéances fixées par le Conseil européen pour mettre en œuvre le plan d'action décidé le 20 septembre et du rythme des négociations et des réunions qui ont précédé le Conseil «Justice et affaires intérieures» du 6 décembre 2001. Ce climat a donné lieu à de nombreux débats, attisés par l'urgence, où entraient forcément en jeu la recherche d'un équilibre entre liberté et sécurité. Mais il a surtout accouché

de deux types de mouvements de la part des Etats membres, confrontés à la nécessité de répondre à une menace de grande ampleur et de le faire au niveau européen. Le premier est la sortie d'une vision étriquée de la souveraineté nationale, vision qui a longtemps prévalu dans le secteur pénal. Le second réside dans une capacité à prendre des décisions rapidement, tout en se pliant à la règle de l'unanimité.

L'émancipation des mécanismes classiques de coopération, stimulée par cette mise en évidence de l'importance d'un espace pénal européen à la suite des attentats du 11 septembre, se laisse mesurer dans les résultats du Conseil du 6 décembre, lequel débouche sur un accord politique pour trois instruments importants : la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, celle sur la lutte contre le terrorisme et la décision instituant Eurojust. Chacun de ces instruments constitue une avancée majeure dans le domaine de travail auquel il appartient, respectivement la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale, l'harmonisation des législations et la mise en place d'acteurs européens. J'avais développé les priorités de la présidence belge autour de l'idée que les travaux dans ces trois domaines doivent être menés conjointement parce que l'ensemble qu'ils forment constitue l'amorce d'un système pénal européen. Le bilan des travaux vient conforter cette approche.

S'agissant, premièrement, de la reconnaissance mutuelle, je constate avec satisfaction que ce principe longuement discuté est maintenant transposé, avec la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, dans un premier texte normatif. Pour rappel, la reconnaissance mutuelle signifie que les décisions judiciaires en matière pénale rendues par une autorité judiciaire d'un Etat membre doivent pouvoir être exécutées par les autorités d'un autre Etat membre comme si elles émanaient des juridictions de celui-ci. Elle repose sur une confiance réciproque dans nos procédures pénales respectives, soumises à la convention européenne des droits de l'homme et son contrôle, et au respect de la charte des droits fondamentaux.

Plus qu'un tournant dans la coopération judiciaire, la reconnaissance mutuelle en constitue le dépassement : elle prend acte de cette confiance réciproque en lui donnant tous ses effets et en parachevant ainsi dans le secteur pénal la disparition des frontières intérieures. La présidence belge devait servir en quelque sorte de banc d'essai et le test est concluant. Dans nos préparatifs, l'accent avait d'abord été mis sur la reconnaissance mutuelle des décisions de gel des avoirs ou des preuves ; elle a constitué une partie importante de nos travaux et un accord politique a d'ailleurs pu intervenir sur ce texte le 28 février 2002. La proposition de la Commission concernant le mandat d'arrêt européen, depuis longtemps en préparation et déposée après le 11 septembre, s'est toutefois ajoutée à ces efforts. La discussion de cet instrument est devenue prioritaire aux yeux du Conseil des ministres et du Conseil européen qui a fixé au mois de décembre l'échéance pour la fin des travaux.

Cet objectif a été atteint et le texte auquel nous avons abouti, approuvé le 6 février par le Parlement européen, constitue une double amélioration par rapport au système de l'extradition : sur le plan de la protection de la personne qui fait l'objet du mandat d'arrêt tout d'abord, dans la mesure où la décision-cadre prévoit des garanties procédurales claires et remédie aux longueurs de l'extradition, pour l'espace judiciaire européen ensuite, car la suppression de la phase administrative et l'existence de délais

à respecter par les autorités permettront une circulation plus adéquate des décisions et des demandes d'arrestation.

La symbolique du mandat d'arrêt européen est importante et n'est pas étrangère à l'ampleur du débat qui a accompagné les travaux. L'existence d'un « mandat d'arrêt européen » parle au citoyen comme au praticien et rend tangible la mise en œuvre de l'espace de justice postulé par le traité d'Amsterdam, d'autant plus qu'il vient remplacer le mécanisme de l'extradition, lui aussi chargé de sens. La disparition de l'extradition montre bien l'évolution majeure que connaît actuellement l'Union européenne, qui voit se réduire le rôle du niveau étatique et politique dans la coopération elle-même au profit des autorités judiciaires de plus en plus autonomes dans leurs relations internationales.

La reconnaissance mutuelle a donc un bel avenir devant elle... à condition toutefois d'en tirer toutes les implications, notamment concernant les décisions liées à l'exécution de la peine. Dans un ouvrage précédent des mêmes éditeurs consacré à la reconnaissance mutuelle ¹, je soulignais ainsi l'importance d'appliquer ce principe aux décisions de libération conditionnelle. L'absence de coopération dans ce domaine aboutit actuellement à deux solutions également insatisfaisantes dans le cas d'une personne ayant des attaches sociales dans un autre pays que l'Etat où elle est condamnée : soit cette personne ne bénéficie pas d'une libération conditionnelle car celle-ci ne pourra être mise en œuvre à l'étranger, soit la personne est libérée conditionnellement mais sachant que le contrôle n'aura pas lieu, avec les dangers que cela représente. C'est à ces questions que la Belgique a tenté de sensibiliser les autres Etats membres durant le deuxième semestre 2001 mais l'accueil fut réservé. J'ai toutefois la conviction que la réflexion ainsi lancée mènera à une remise en question et que nous pourrions d'ici peu étendre le principe de reconnaissance mutuelle aux questions d'application de la peine comme à l'ensemble des types de décisions judiciaires en matière pénale.

Le deuxième domaine est celui de l'harmonisation des incriminations et des sanctions. Cette entreprise était à un stade plus avancé que la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires lorsque la présidence belge a pris le relais puisque avaient déjà été couverts, ou étaient en passe de l'être, des types de criminalité comme les atteintes à l'environnement, la contrefaçon de l'euro ou encore l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers.

Mon intention était de parvenir à finaliser la décision-cadre sur la traite des êtres humains et à progresser dans la négociation de celle portant sur l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie. Les travaux sur la traite des êtres humains ont été achevés et l'instrument pourra être adopté prochainement. Concernant la seconde décision-cadre, j'ai été dans un premier temps surpris par les difficultés pour parvenir à des incriminations communes et par la longueur des travaux qui sont d'ailleurs toujours en cours. Mais ces difficultés résultent de l'ambition du texte en termes de précision des définitions : le Conseil prend ainsi ses responsabilités en entrant

¹ Gilles de KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH, éd., *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne. Mutual Recognition of Judicial Decisions in the Penal Field within the European Union*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

résolument dans des questions sensibles liées notamment à l'opportunité d'établir des échelles de peines différentes en fonction du consentement de la victime mineure ou au régime à adopter pour des images de personnes adultes mais ressemblant à des mineurs. Le proche aboutissement de cette longue négociation est donc un pas encourageant pour la poursuite de l'entreprise d'harmonisation.

Dans ce deuxième domaine aussi, la lutte contre le terrorisme est venue s'ajouter au programme à travers une proposition de la Commission déposée lors du Conseil extraordinaire du 20 septembre. Cette proposition qui a fait l'objet de nombreux débats comporte une définition de l'infraction terroriste, sujet que le Conseil se devait d'affronter malgré son caractère épineux. Les travaux, menés à un rythme soutenu, ont permis d'encadrer la définition initiale et poser les garanties nécessaires. A l'issue du Conseil des 6 et 7 décembre, le texte assure une formulation adéquate et vise à éviter toute dérive qui irait à l'encontre des libertés que la décision-cadre entend protéger. C'est ce qu'a compris le Parlement européen en approuvant sans réserve le projet du Conseil le 6 février 2002.

J'insiste ici sur le fait que cet instrument doit être appréhendé en prenant comme point de départ le cadre dans lequel il s'inscrit, c'est-à-dire l'Union européenne. Le fait que la définition soit jugée praticable et sûre doit être compris au regard des systèmes pénaux en place dans les Etats membres et notamment les garanties procédurales qui y sont appliquées. En d'autres termes, il ne saurait être question de promouvoir cette définition dans des enceintes où se retrouvent des Etats qui n'assurent pas le même niveau de protection des droits de l'homme.

La finalisation de la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme, comme celle sur la traite des êtres humains témoignent du bon déroulement de l'harmonisation des législations. Perçue dans un premier temps comme un aspect de la coopération judiciaire, cette harmonisation prend de plus en plus son sens par elle-même. Les négociations de chaque instrument font entrer le Conseil dans le noyau du système pénal normatif que constitue l'incrimination. Ce faisant, ces discussions participent à l'émergence d'une politique criminelle commune.

De là découle l'importance du travail concomitant sur l'harmonisation des sanctions, auquel j'ai voulu donner de l'ampleur durant la présidence belge. J'aurais certes souhaité que le Conseil fasse preuve de plus d'audace dans ce domaine en étendant la fixation d'échelles de peine précises pour toutes les infractions harmonisées, alors que l'option choisie lors du Conseil du 26 avril 2002 est de limiter cette harmonisation aux types de criminalité d'une certaine gravité. Mais, même limitée de la sorte, la démarche du Conseil sur cette question de l'harmonisation des sanctions entraînera une réflexion sur la manière dont sont effectivement appliquées les sanctions pénales. Par voie de conséquence, le Conseil sera inéluctablement amené à s'interroger sur le principe de la peine elle-même et, au-delà, sur une stratégie européenne d'alternative à l'emprisonnement.

Le troisième domaine, enfin, concerne la création d'acteurs européens pour la mise en œuvre de ce droit pénal. Mon objectif dans ce secteur – finaliser la décision instituant Eurojust – qui était aussi ma première priorité pour la présidence belge a été atteint le 6 décembre 2001 et l'adoption officielle de l'instrument est intervenue le 28 février 2002.

Les travaux de l'unité provisoire, dite « pro-Eurojust », en place depuis mars 2001, ont montré, notamment dans les dossiers relatifs au terrorisme, l'importance d'une unité centrale de magistrats pour faciliter la coopération judiciaire et assurer la coordination de certaines enquêtes transnationales. L'avènement de l'unité Eurojust définitive transforme cette expérience transitoire en un organe permanent dont sont définis avec précision les relations avec des partenaires comme OLAF ou Europol, les possibilités en matière de traitement des données à caractère personnel mais aussi le budget et l'assistance administrative et technique dont bénéficieront ces quinze magistrats.

Eurojust s'ajoute au Réseau judiciaire européen en place depuis 1998 et le rassemblement de leurs secrétariats facilitera l'imbrication réciproque de ces deux organes. La toile des liens tissés depuis plus de trois ans entre les quelques cent cinquante magistrats du Réseau dans des affaires concrètes, se complète d'une enceinte propre pour inscrire la coopération dans la continuité des contacts directs et quotidiens entre les membres nationaux d'Eurojust. Celle-ci symbolise, plus concrètement que l'harmonisation des législations ou la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, ce dépassement progressif de la coopération entre Etats au profit de la création d'un véritable système pénal européen.

La fonction de soutien et d'impulsion à la coopération détermine les pouvoirs d'Eurojust vis-à-vis des autorités nationales. Eurojust peut ainsi entrer directement en contact avec ces autorités et formuler des demandes ou des recommandations mais celles-ci ne sont pas contraignantes. La portée des décisions d'Eurojust est donc limitée ; cette limitation est inhérente à une phase transitoire. Je suis convaincu que, dès lors que l'intervention d'Eurojust sera devenue habituelle, évidente et aura fait ses preuves, le perfectionnement de l'instrument légal s'imposera de lui-même. Cette évolution me paraît d'autant plus certaine que la fin des négociations sur Eurojust a coïncidé avec le lancement du débat sur le procureur européen. Et je suis de ceux qui promeuvent un procureur européen à compétence large et non pas limitée à la protection des intérêts financiers de la Communauté européenne, comme le propose la Commission.

Une remarque me paraît encore utile en complément de ce survol des résultats de la présidence belge et de leurs implications ; elle concerne la contestation qui s'est exprimée durant la présidence belge, particulièrement dans la mise en œuvre du plan d'action sur la lutte contre le terrorisme. Ces tensions doivent être prises au sérieux par le Conseil. Celui-ci a certes pris en compte le contenu des critiques ponctuelles adressées sur tel ou tel instrument, et l'évolution des négociations sur les textes principaux l'atteste à suffisance. Mais ces tensions doivent également attirer notre attention sur l'image que véhicule le secteur pénal européen. Des signaux plus clairs doivent être adressés pour confirmer le fait que l'Union européenne ne prend pas le chemin d'une Europe « forteresse », comme cela lui est parfois reproché. Cela passe par la promotion d'instruments envisageant la justice dans sa globalité. J'évoquais l'application de la reconnaissance mutuelle aux décisions de libération conditionnelle ; dans le domaine d'une meilleure prise en considération de l'intérêt des victimes, la Commission européenne accomplit un travail considérable. J'ai également œuvré à une résolution du Conseil appelant à une collaboration des organes étatiques

avec la société civile impliquée dans la recherche des personnes disparues. Autant d'initiatives à multiplier qui attestent de l'ouverture du Conseil. Dans la foulée, il me paraît temps, comme je l'ai déjà évoqué plus haut, d'entamer une réflexion sur une vision commune de la sanction pénale, qui pourrait par exemple débiter par un débat sur les perspectives qu'offre la notion de justice réparatrice...

Cette ouverture progressive du droit pénal européen et son émancipation de la coopération internationale témoignent d'une évolution fondamentale du volet pénal de la construction européenne. Je suis heureux de constater que la présidence belge a su favoriser cette évolution et j'en profite pour remercier celles et ceux qui, au sein du ministère de la Justice, m'ont apporté leur expertise et leur disponibilité durant ces six mois aussi éprouvants qu'enthousiasmants. Ces six mois m'ont permis de percevoir à quel point la promotion d'une vision commune de la justice pénale dans l'Union européenne cadre avec une vision commune de l'Europe des droits fondamentaux. J'attends des travaux futurs qu'ils poursuivent cette fondation sur des valeurs partagées et qu'ainsi se maintienne notre engagement pour la construction d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice.

PARTIE I

Les acteurs

D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale

Daniel FLORE

1. Introduction

Quand il s'agit d'aborder la question de la mise en place progressive d'un système de justice pénale européen, il n'est pas simple de déterminer l'angle d'approche approprié. En effet, rien de ce qu'on rencontre en chemin ne correspond aux idées qu'on peut avoir si on se fie à ce qu'on connaît dans son système national et on croise plus de virtualités que de réalités. A cet égard, le titre choisi pour cette contribution peut paraître présumer avec légèreté de l'avenir. Il indique un mouvement plutôt qu'un état. Mais ce mouvement paraît inéluctable, ce dont je m'efforcerai de montrer les signes.

Il n'y a pas aujourd'hui, sur le plan de l'Union européenne, d'architecture de justice pénale européenne, et on en chercherait en vain les traces dans le traité sur l'Union européenne. Il n'y a ni police européenne, ni ministère public européen, ni juridiction pénale européenne et il n'y a aucune volonté manifestée par le Conseil de mettre en place de tels acteurs. Ce n'est pas dire cependant qu'il n'y aurait pas d'initiatives dans ce domaine, c'est le contraire qu'on constate. Les initiatives abondent, sans toutefois s'inscrire dans un cadre global.

A cet égard, le chemin parcouru depuis le 1^{er} novembre 1993, date d'entrée en vigueur du traité de Maastricht sur l'Union européenne, est considérable. L'Office européen de police (Europol), dont le principe était inscrit dans le traité, a pris forme avec l'adoption de la convention du 26 juillet 1995, sur la base de l'article K 3 du traité sur l'Union européenne, portant création d'un Office européen de police (convention Europol) ¹. La convention est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1998 et Europol a commencé à exercer ses activités le 1^{er} juillet 1999.

¹ Acte du Conseil du 26 juillet 1995, *JOCE*, n° C 316, 27 novembre 1995 p. 1.

Sur le plan judiciaire, la réflexion a été plus lente à se développer, mais elle a connu ensuite une accélération plus forte. Il semble loin, ce premier séminaire intergouvernemental sur le réseau judiciaire européen organisé par le ministère belge de la Justice au Palais d'Egmont, grâce à un financement communautaire ², à une époque où tout le monde accueillait l'idée de mise en place d'un réseau judiciaire européen comme une idée sympathique mais où peu étaient ceux qui la soutenaient ou croyaient simplement dans les possibilités de sa concrétisation.

Deux ans plus tard, ce réseau devenait pourtant une réalité avec l'action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K 3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen ³. On se situait alors modestement sur le plan de l'amélioration de la coopération judiciaire entre les Etats membres.

Il n'aura ensuite fallu qu'un an pour que le Conseil européen de Tampere, des 15 et 16 octobre 1999, opère un saut qualitatif essentiel en passant d'une logique de coopération entre autorités nationales à une logique d'intégration, avec l'idée de la mise en place d'un organe européen : une unité de coordination judiciaire appelée Eurojust. Le Conseil européen demandait au Conseil d'adopter l'instrument juridique nécessaire avant la fin de l'année 2001 ⁴. Les travaux étaient entamés sous présidence portugaise (au premier semestre 2000). Un organe provisoire était mis en place le 1^{er} mars 2001, sur la base d'une décision du Conseil du 14 décembre 2000 instituant une Unité provisoire de coopération judiciaire ⁵. Bénéficiant des travaux menés par les présidences française et suédoise, la présidence belge avait tout mis en œuvre pour permettre de respecter les délais fixés par le Conseil européen. Treize jours de réunion étaient prévus pour le groupe de travail concerné, ainsi que deux débats au niveau ministériel, l'un en septembre et l'autre en décembre. L'accord politique a pu être obtenu au Conseil des 6 et 7 décembre 2001, conformément au délai fixé par le Conseil européen et l'adoption formelle de la décision instituant Eurojust a pu intervenir au Conseil du 28 février 2002 ⁶.

Eurojust n'est cependant pas la seule initiative qui ait été développée dans ce domaine. Une initiative beaucoup plus ambitieuse, quoique plus limitée dans son champ d'application, a été lancée par la commission en vue de l'instauration d'un procureur européen. Prenant appui sur le *Corpus Juris* portant des dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne ⁷, élaboré

² Pour la genèse, voir WEYEMBERGH, A., «Vers un réseau judiciaire européen contre la criminalité organisée», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 9-10, 1997, p. 868 à 900.

³ JOCE, n° L 191, 7 juillet 1998, p. 4 à 7.

⁴ Point 46 des conclusions du Conseil européen de Tampere.

⁵ JOCE, n° L 324, 21 décembre 2000, p. 2 et 3.

⁶ JOCE, L 63, 6 mars 2002 p. 1 à 13. La décision est entrée en vigueur le jour de sa publication.

⁷ DELMAS-MARTY, M. (sous la dir. de), *Corpus Juris portant des dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997 (ou Anvers, Intersentia, 1998 – référence qui sera utilisée ici) pour la première version et DELMAS-MARTY, M. et VERVAELE, J.A.E., *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, Utrecht, Intersentia, 2000 (4 vol.) pour la deuxième version (dite «de Florence»).

en 1997 par un groupe d'experts européens à sa demande, la Commission avait présenté le 29 septembre 2000 ⁸ une communication sur le procureur européen dans la perspective du Conseil européen de Nice, en vue de l'insertion du principe de la création d'un tel organe dans le traité. Suite à l'échec de cette tentative, la commission a adopté et présenté le 11 décembre 2001 un livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen ⁹.

Aujourd'hui, l'opportunité de la création d'organes policiers et judiciaires sur le plan européen n'est plus une question. De tels organes existent. Les questions qui se posent sont celles des finalités poursuivies par ces organes, des moyens déployés en vue de l'accomplissement de ces finalités et de la cohérence de l'ensemble de ces initiatives dans la perspective de la mise en place d'un système de justice pénale européen.

2. Jusqu'où les Etats membres sont prêts à aller : l'exemple d'Eurojust

Cette réflexion sera nourrie des enseignements qu'apporte la mise en place récente d'Eurojust. Eurojust est en effet une manifestation intéressante du souci de mise en place d'un système de justice pénale européen et des ambiguïtés auxquelles il donne lieu.

Centrer le propos sur Eurojust se justifie pour deux raisons. D'abord, c'est une des réalisations majeures de la présidence belge – et c'est bien le bilan de la présidence belge qui est le point de départ du présent ouvrage. L'importance de cette réalisation n'a probablement pas été bien perçue en décembre dernier, en raison de la coïncidence de l'aboutissement des travaux avec la négociation des deux instruments plus médiatiques sur le mandat d'arrêt européen et l'incrimination du terrorisme – plus médiatiques parce présentés comme constituant des réponses directes de l'Union européenne aux attentats du 11 septembre 2001, mais pas nécessairement plus importants pour autant, si l'on envisage les choses dans la durée. Par ailleurs, il est vrai qu'une unité provisoire avait déjà été mise en place le 1^{er} mars 2001 – qu'Eurojust existait donc déjà aux yeux de tous – et qu'il était sans doute moins facile pour cette raison de percevoir immédiatement ce que cet accord politique sur l'instrument mettant en place Eurojust apportait de substantiellement différent à l'égard de cette réalisation provisoire.

Mais Eurojust est aussi intéressante en termes de perspectives parce qu'elle montre clairement quel est l'état actuel de convergence des Etats membres par rapport à l'idée de l'instauration d'un organe judiciaire européen et quelles sont les limites que la situation actuelle impose. Les limites indiquent également en creux les aménagements qui seraient nécessaires si l'on voulait aller plus loin en termes d'intégration. Elles en portent d'ailleurs les germes.

⁸ Contribution complémentaire de la Commission à la conférence intergouvernementale sur les réformes institutionnelles – La protection pénale des intérêts financiers communautaires : un Procureur européen, COM (2000) 608.

⁹ COM (2001) 715 final.

Ce qui caractérise Eurojust c'est son côté *sui generis* : une certaine malléabilité par rapport aux systèmes nationaux et l'adaptation à leurs différences dans une structure dont l'ambition est d'être néanmoins opérationnelle.

Le principe de base de la construction est celui de l'asymétrie. La relation aux autorités nationales et l'insertion dans les systèmes nationaux répond aux caractéristiques propres de chaque système. L'articulation entre Eurojust, les membres nationaux et les Etats membres sera différente pour chaque Etat membre : il y aura en définitive quinze modes d'être au monde d'Eurojust (et autant de fois plus, après l'élargissement, qu'il y aura de nouveaux Etats membres).

Ce principe d'asymétrie est destiné à être le garant de la flexibilité et donc de l'effectivité du système. Ce principe est complété par le binôme nécessaire flexibilité/opérationnalité. Non seulement le système doit être effectif, mais encore doit-il être efficace. La flexibilité est destinée à permettre de rendre possibles des choses, malgré les différences entre les ordres juridiques internes. Encore faut-il également que les différences nationales et les disparités entre les réponses nationales ne portent pas préjudice à la réalisation des objectifs et tâches qui sont confiées à Eurojust.

Ce souci de conjuguer flexibilité et opérationnalité est l'orientation cardinale de l'instrument et se manifeste à de nombreux égards.

A. *Le champ de compétence matérielle*

Le champ de compétence matérielle d'Eurojust, qui ne se laisse déduire que d'une lecture attentive, traduit bien ce souci. L'intitulé de la décision – qui institue Eurojust « afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité » – donne à penser que le champ de compétence de l'organe serait étroit. L'article 3 sur les objectifs est cependant plus large quand il fixe le cadre des objectifs d'Eurojust en faisant référence au « domaine de la criminalité grave, notamment lorsqu'elle est organisée », en renvoyant pour le surplus aux « comportements criminels visés à l'article 4 ». Quant à l'article 4, qui détermine les compétences matérielles de l'organe, il est encore plus ouvert. En effet, il donne à Eurojust un champ de compétence « générale » très étendu, puisqu'il couvre en tout cas « les types de criminalité et les infractions pour lesquels Europol a, à tout moment, compétence pour agir en application de l'article 2 de la convention Europol du 26 juillet 1995 », c'est-à-dire, depuis la décision du 6 décembre 2001 ¹⁰ tous les domaines de la criminalité visés par la convention Europol et par son annexe, mais également « la criminalité informatique, la fraude et la corruption, ainsi que toute infraction pénale touchant aux intérêts financiers de la Communauté européenne, le blanchiment des produits du crime, la criminalité au détriment de l'environnement, la participation à une organisation criminelle au sens de l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne ». Il s'agit là des compétences générales d'Eurojust.

¹⁰ Décision du Conseil du 6 décembre 2001 étendant le mandat d'Europol à la lutte contre les formes graves de criminalité internationale énumérées à l'annexe de la convention Europol, *JOCE*, n° C 362, 18 décembre 2001, p. 1.

Comme si ces compétences n'étaient pas suffisantes, le texte prévoit encore que l'unité est également compétente «complémentairement» pour tout domaine de la criminalité pour autant qu'il agisse à la demande d'une autorité compétente d'un Etat membre (article 4.2.).

La même souplesse existe en ce qui concerne l'exigence d'extension territoriale requise pour qu'Eurojust soit compétente. En principe, Eurojust sera compétente dès lors qu'il s'agit d'enquêtes et de poursuites concernant deux Etats membres ou plus (article 3.1.). Néanmoins, Eurojust pourra également apporter son soutien à des enquêtes ou des poursuites concernant un seul Etat membre et un Etat tiers ou un seul Etat membre et la Communauté (article 3.2. et 3.3.). Dans le premier cas, la possibilité est toutefois soumise à la condition qu'une demande soit formulée par une autorité compétente de l'Etat membre concerné et qu'un accord instaurant une coopération entre l'Etat tiers et Eurojust ait été conclu ou que, dans un cas particulier, il y ait un intérêt essentiel à apporter ce soutien. Dans le second cas, la possibilité est soumise à la condition qu'une demande soit formulée soit par une autorité compétente de l'Etat membre concerné, soit par la Commission.

Ainsi, on a affaire à un organe dont l'objectif est initialement de servir dans l'action contre la criminalité transnationale, grave et, plus particulièrement, organisée, et dont les compétences générales s'étendent pourtant à des domaines variés de la criminalité grave ou moyenne, tout en pouvant, au besoin, aller jusqu'à couvrir toute forme d'infraction, ne concernant qu'un seul Etat membre. Flexibilité extrême conclurait-on. Néanmoins, elle n'a pas pour but de permettre à Eurojust d'agir dans tout domaine de façon indifférenciée, mais répond à un certain souci d'opérationnalité : le parallélisme avec les compétences d'Europol est destiné à garantir qu'Eurojust puisse agir lorsqu'elle est saisie par l'office européen de police ; par ailleurs, le champ de compétence complémentaire n'est ouvert que pour donner suite à un besoin manifesté par un Etat membre. Il en va de même pour les affaires concernant un Etat membre et un Etat tiers ou un Etat membre et la Communauté. L'idée est qu'Eurojust est un fournisseur de services et que, si un Etat membre le souhaite, Eurojust doit être compétente pour intervenir dans ce cas.

B. Les attributions d'Eurojust

Centre du dispositif mis en place, les articles 5 à 7 déterminent les tâches confiées à Eurojust. Ces tâches s'inscrivent dans la perspective de la réalisation des objectifs définis à l'article 3, lesquels consistent à promouvoir et améliorer la coordination entre les autorités compétentes des Etats membres, améliorer la coopération entre ces autorités, notamment en ce qui concerne l'entraide judiciaire et l'extradition, et soutenir ces autorités pour renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites. Pour la réalisation de ces objectifs, Eurojust se voit attribuer un certain nombre de tâches spécifiques, qui se divisent en deux catégories.

Les premières sont des tâches d'appui : information réciproque des autorités compétentes des Etats membres concernés sur les enquêtes et les poursuites dont elle a connaissance ; assistance des autorités compétentes des Etats membres en vue d'assurer la meilleure coordination possible des enquêtes et des poursuites ; concours afin d'améliorer la coopération entre les autorités compétentes des Etats membres ;

coopération avec le Réseau judiciaire européen; soutien à des enquêtes et des poursuites concernant les autorités compétentes d'un seul Etat membre; transmission de demandes d'entraide judiciaire lorsqu'elles nécessitent son intervention, en vue d'une exécution coordonnée.

La deuxième catégorie constitue le noyau dur des missions d'Eurojust, celles par lesquelles Eurojust va le plus loin dans l'ingérence dans les systèmes nationaux. Eurojust peut adresser aux autorités compétentes des Etats membres des demandes portant sur certaines actions: entreprendre une enquête ou des poursuites sur des faits précis; ne pas le faire et accepter que l'autorité compétente d'un autre Etat membre puisse être mieux placée pour entreprendre une enquête ou des poursuites sur des faits précis; réaliser une coordination entre eux; mettre en place une équipe commune d'enquête; fournir à Eurojust toute information nécessaire pour accomplir ses tâches.

Ces demandes sont de simples invitations à faire quelque chose, qui n'ont pas de caractère obligatoire. C'est probablement la plus grande faiblesse du mécanisme mis en place ¹¹ et il donne une indication très forte – un avertissement – de ce que les Etats membres sont ou plutôt ne sont pas prêts à concéder à l'heure actuelle dans le domaine de la justice pénale.

Bien conscient du fait qu'une invitation qui ne serait assortie d'aucune forme de suivi serait un mécanisme trop faible, le Conseil s'est efforcé de construire quelque chose sur la base d'une obligation de motivation, qui compenserait le caractère non obligatoire de la demande. L'instrument contient donc une obligation de motiver le refus de donner suite à la demande formulée par Eurojust. Encore faut-il voir que cette obligation est elle-même limitée à deux égards. Tout d'abord, elle vaut uniquement si la demande émane d'Eurojust agissant en tant que collègue et non si Eurojust agit par l'intermédiaire d'un membre national (voy. *infra*). Ensuite, il y a une exception à l'obligation de motiver, dans les cas où la demande porte sur le fait d'entreprendre une enquête ou des poursuites ou de ne pas le faire ou sur la fourniture d'informations (article 7, a) i, ii, iv). Cette non-motivation doit toutefois être elle-même fondée sur les «intérêts essentiels en matière de sécurité ou le risque de compromettre le bon déroulement d'enquêtes en cours ou la sécurité d'une personne». En d'autres mots, la non-motivation doit être motivée. Ce qui constitue une curiosité juridique intéressante.

¹¹ FLORE, D., «Eurojust ou ministère public européen: un choix de politique criminelle», *Agon*, 2000, 28, p. 10. J'y disais que: «si l'apport est facultatif, c'est-à-dire si rien n'oblige les autorités nationales à faire appel à cette institution, ni à exécuter les demandes, celle-ci n'obtiendra des résultats que par la qualité des personnes qui la composeront, leur force de persuasion, leur sens de la diplomatie, ... elle agira à la manière d'un médiateur. Un tel système ne permettra une action judiciaire cohérente sur le plan européen, que dans le meilleur des cas, c'est-à-dire s'il y a concours des bonnes volontés de tous les acteurs concernés, mais rien ne le garantira. Donner un véritable pouvoir de coordination et d'enquête propre à l'institution à créer est la seule manière de garantir de façon effective une action cohérente. Cela ne se ferait d'ailleurs pas au détriment des systèmes judiciaires internes: cet organe devenant au contraire un interlocuteur adéquat des autorités judiciaires nationales, son action à l'échelle européenne serait de nature à renforcer celles-ci dans leur propres actions sur le plan national».

Tout aussi intéressant de ce point de vue est le fait que le refus d'entreprendre une enquête peut ne pas être motivé (de façon motivée), tandis que le refus de mettre en place une équipe d'enquête commune, qui constitue une demande plus intrusive que la précédente, doit quant à lui être motivé...

Quoi qu'il en soit des subtilités derrière lesquelles on cache la faiblesse de la solution retenue, il ressort clairement de l'exposé rapide des tâches qui vient d'être fait qu'Eurojust est conçue comme un conciliateur, médiateur, facilitateur, sans autre pouvoir que l'influence qu'elle peut avoir sur les autorités compétentes des Etats membres. On peut penser qu'en pratique Eurojust jouira d'un grand crédit auprès des Etats membres et que ses demandes ne pourront pas être rejetées de façon légère par les autorités nationales compétentes¹². Néanmoins, rien dans la décision ne le garantit, alors qu'il est bien connu dans le domaine du droit et des institutions que la menace de l'exercice effectif d'un pouvoir est souvent le moyen le plus sûr et le plus puissant pour aboutir à une solution négociée, sans utilisation effective de ce pouvoir.

Pour mesurer l'importance de cette faiblesse, il faut par ailleurs attirer l'attention sur le fait que, vu que les missions d'Eurojust concernent la coordination ou la coopération entre les Etats membres, les demandes seront vraisemblablement adressées à plusieurs Etats membres. La mise en œuvre de ces demandes sera donc soumise à l'aléa de plusieurs décisions nationales, avec les difficultés que l'on imagine. Que se passera-t-il notamment si l'autorité compétente d'un Etat membre à qui Eurojust demande de ne pas agir parce qu'une autorité compétente d'autre Etat membre est mieux placée accepte cette demande, mais que dans le même temps cette deuxième autorité refuse d'entamer une enquête ou d'exercer des poursuites? De la même manière, qu'advient-il si Eurojust demande la mise en place d'une équipe commune d'enquête et que l'autorité compétente de l'un des Etats membres qui est pourtant concerné par l'affaire rejette la demande? Dans de tels cas, le caractère facultatif des demandes pourra avoir pour effet d'hypothéquer la mission de coordination qui est assignée à l'unité.

C. La conception de l'organe

1. Les membres nationaux

C'est la même combinaison d'éléments flexibilité/opérationnalité qui préside à la conception de l'organe et c'est à ce niveau que le recours à l'asymétrie se manifeste avec le plus d'évidence. L'instrument propose une formule originale pour la composition d'Eurojust, qui consiste en une semi-intégration : Eurojust est composée de membres nationaux, qui doivent avoir la qualité de procureur, de juge ou d'officier de police ayant des prérogatives équivalentes (article 2).

¹² BARBE, E., «Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne. Mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust», *RMUE*, 454, janvier 2002, p. 7.

Les personnes désignées par les Etats membres ont donc la double qualité consistant à être à la fois membres de l'organe et reconnus comme étant nationaux de leur Etat membre.

D'un côté, ils sont des membres d'Eurojust à part entière. La solution choisie ici dépasse la dualité qu'instaure la convention Europol qui prévoit pour l'office européen de police une direction européenne à laquelle sont accolés des officiers de liaison. Ces officiers de liaison sont « chargés par leur unité nationale de représenter les intérêts de celle-ci au sein d'Europol conformément au droit national de l'Etat membre d'origine et dans le respect des dispositions applicables au fonctionnement d'Europol » (article 5.2. de la convention Europol), ils sont des corps étrangers à l'organe européen qui sont clairement du côté de leur Etat. Par contre, la direction d'Europol, c'est-à-dire le directeur, les directeurs adjoints et le personnel sont garants de l'intérêt européen. L'article 30 dispose qu'ils « doivent s'acquitter de leurs fonctions en ayant en vue les objectifs et les fonctions d'Europol, sans solliciter ni accepter d'instructions d'aucun gouvernement, autorité, organisation ou personne extérieure à Europol, pour autant que la présente convention n'en dispose pas autrement, et sans préjudice des dispositions du titre VI du traité sur l'Union européenne ». Le fonctionnement d'Europol a montré que cette dualité était susceptible de générer des conflits inutiles et n'était en tout cas pas garante de l'efficacité de l'organe. Eurojust évite cet écueil en faisant des quinze magistrats désignés par les Etats des membres de l'organe européen, qui sont, à ce titre, parties intégrantes du collège qui en constitue le cœur.

D'un autre côté, ces membres sont nationaux d'un Etat membre, c'est-à-dire qu'ils entretiennent un lien particulier avec un Etat membre déterminé, à la différence des personnes constituant la direction d'Europol. Ce rattachement national est susceptible d'engendrer une asymétrie entre les membres sur un certain nombre de points, asymétrie justifiée par la volonté de permettre une insertion optimale d'Eurojust dans le système juridique des quinze Etats membres. Celle-ci se manifeste, tant en ce qui concerne le profil des membres nationaux, qu'en ce qui concerne la nature de leur mandat et leurs pouvoirs.

Pour ce qui est du profil, la qualité requise pour être désigné comme membre est déterminée par l'Etat national – le fait de savoir s'il doit s'agir d'un juge, d'un procureur ou d'un policier. Dans les faits, on constate, si l'on se base sur l'expérience de l'Unité provisoire et les informations déjà disponibles sur les désignations au sein de l'unité définitive, que la majorité des membres désignés sont des magistrats du ministère public. Cependant, certains Etats membres ont choisi de détacher des magistrats du plus haut niveau (magistrat hors classe pour la France, du parquet fédéral pour l'Allemagne, du parquet de la cour de cassation pour l'Italie ou de l'office du procureur général pour le Portugal). Certains de ceux-ci disposent en outre d'une certaine notoriété sur le plan interne (qu'il s'agisse du chef du service européen et international de la chancellerie pour la France, du responsable de la lutte anti-terroriste pour l'Allemagne, d'un ancien procureur anti-mafia et ancien directeur général des prisons pour l'Italie ou d'un ancien secrétaire d'Etat à la justice pour le Portugal). D'autres Etats membres ont choisi de détacher des magistrats qui, sans être au sommet de leur hiérarchie interne, disposent néanmoins d'une grande expérience dans la recherche et la poursuite dans le domaine de la criminalité grave et organisée,

parce qu'ils ont exercé des fonctions spécifiques sur le plan interne (notamment au sein d'un office à compétence territoriale nationale comme aux Pays-Bas (*Bureau landelijke officiers*) ou en Belgique (office des magistrats nationaux)). Quelques Etats ont par contre opté pour la désignation de magistrats plus jeunes (notamment l'Autriche, la Grèce).

Il est bien sûr difficile d'interpréter ces différences, dans la mesure où on ignore les procédures internes qui ont conduit à ces désignations. Néanmoins, ces différences dans le choix traduisent nécessairement des approches différentes, quant à l'importance de l'organe créé, quant à ses finalités et quant à ses relations avec les autorités des Etats membres. On peut imaginer que l'Etat envoyant un magistrat de haut niveau considère qu'Eurojust disposera d'un pouvoir ou tout au moins d'une influence importante à l'égard des Etats membres, tandis qu'un Etat envoyant un jeune magistrat verra plutôt Eurojust comme une structure de liaison. De même, la désignation de personnalités donne à penser qu'Eurojust aurait un rôle plus politique ou symbolique à remplir, tandis que le choix de magistrats spécialisés indique la volonté de privilégier le rôle opérationnel d'Eurojust.

La même asymétrie est présente en ce qui concerne la nature du mandat des membres nationaux, sa durée, la rémunération qui y est attachée. La forme juridique du détachement de la personne au sein d'Eurojust, et donc son statut professionnel, sont déterminés uniquement par le droit national de chaque Etat membre. De la même manière, c'est le droit national qui fixe la durée du mandat, s'il choisit de le faire. La seule chose que prévoit la décision à cet égard est que cette durée doit être «de nature à permettre un bon fonctionnement d'Eurojust» (article 9.1.). Il n'y a d'exception implicite claire que dans un cas, celui du président, puisque l'article 28.4. prévoit que «la durée du mandat du président est de trois ans». Dans la mesure où le choix du président, opéré par le collège, est soumis à l'approbation du Conseil, on peut en déduire que les Etats membres s'obligent à respecter la durée du mandat du président et à ne pas mettre fin à la désignation de leur membre national, qui exercerait la fonction de président, avant l'expiration de son mandat de président. Dans la pratique, certains Etats membres ont indiqué, en procédant à la désignation de leur membre national au sein de l'unité définitive, la durée de son mandat (trois ans pour le Royaume-Uni, quatre ans pour le Luxembourg). Dernier élément : la décision prévoit expressément que «les salaires et émoluments des membres nationaux et de leurs assistants (...) sont à la charge de leurs Etats membres d'origine», à l'exception des dépenses opérationnelles, qui sont encourues «lorsque les membres nationaux agissent dans le cadre des missions d'Eurojust», lesquelles sont à la charge du budget communautaire. Quand on sait que les niveaux de rémunération des magistrats sont très variables d'un Etat membre à l'autre, que ces salaires seront accompagnés d'indemnités à la discrétion de chaque Etat membre et qu'on constate d'autre part que le degré hiérarchique et l'ancienneté des personnes désignées sont également fort disparates, on en déduit assez logiquement que les écarts existant entre les membres seront très considérables sur ce plan.

En résumé, la décision ne donne aucune garantie sur ces différents points, les membres nationaux seront donc parfaitement inégaux les uns par rapport aux autres. Cette asymétrie répond à nouveau au souci de flexibilité, mais dans ce cas, on peut

craindre que cette flexibilité extrême ne se révèle être au détriment de l'opérationnalité et du bon fonctionnement de la structure. En effet, les membres qui n'ont pas de garantie quant à la durée de leur désignation – et ceci sans compter les aléas éventuels des modes de désignation – auront tendance à s'investir moins dans les missions d'Eurojust, puisqu'ils ignorent sur quel terme ils peuvent planifier leurs efforts, ce qui ne sera pas le cas de ceux qui sont désignés pour un terme fixé. Par ailleurs, s'il devait s'avérer que l'écart entre les niveaux de rémunération minimal et maximal est très important, cela risquerait d'avoir pour conséquence des tensions internes basées sur l'évaluation réciproque par les membres de la proportionnalité entre les niveaux de rémunération respectifs et le travail effectué.

La même asymétrie existe enfin en ce qui concerne les pouvoirs des membres nationaux. L'article 9.3. prévoit que «chaque Etat membre définit la nature et l'étendue des pouvoirs judiciaires qu'il confère à son membre national sur son propre territoire. Il définit également le droit pour un membre national d'agir à l'égard des autorités judiciaires étrangères, conformément aux engagements internationaux qu'il a souscrits». La décision laisse donc la détermination de deux types de pouvoirs essentiels à l'appréciation des Etats membres: d'une part, la détermination des pouvoirs sur le territoire national, à l'égard des autorités et services nationaux, c'est-à-dire l'insertion du membre national dans le système de procédure pénal interne; et d'autre part, la qualité d'autorité judiciaire que le membre national peut avoir à l'égard des autorités des autres Etats membres dans le cadre de la coopération judiciaire internationale.

Chaque Etat membre a une totale liberté d'appréciation quant aux pouvoirs à donner à son membre national, ceux-ci pouvant aller des pouvoirs les plus étendus correspondant à ceux accordés aux magistrats du plus haut niveau ayant des compétences sur l'ensemble du territoire national à l'absence de tout pouvoir. Ces deux exemples sont mentionnés parce qu'ils constituent les choix extrêmes, qui sont possibles en vertu de la décision, même s'ils touchent à l'absurde. Le fait de conférer au membre national des pouvoirs aussi étendus que ceux des plus hautes autorités de poursuite nationales (par exemple, ceux attribués au procureur fédéral en Belgique) créerait une concurrence entre Eurojust et les autorités nationales, ce qui irait à l'encontre de la mission de coordination attribuée à Eurojust. A l'inverse, un membre national dépourvu de tout pouvoir serait un simple fonctionnaire de liaison, ce qui ne permettrait pas d'atteindre les objectifs fixés à Eurojust.

Si l'on veut se faire une idée de ce que cela pourra signifier concrètement, à la lumière de l'expérience que nous fournit l'unité provisoire, on peut rappeler que, dans cette unité provisoire, le membre national belge, par exemple, conservait les pouvoirs que la loi belge accordait aux magistrats nationaux, ce qui lui donnait un point d'ancrage facile à l'égard des autorités belges. Il en allait de même en ce qui concerne certains autres membres nationaux.

En ce qui concerne les pouvoirs des membres nationaux à l'égard d'autorités des autres Etats membres, il n'est pas possible de se faire une idée précise de ce que cette possibilité pourrait représenter, à défaut d'expérience en la matière dans le cadre d'Eurojust provisoire. Néanmoins, dans l'abstrait, on peut imaginer qu'un membre national soit considéré comme autorité judiciaire au sens de la convention

de 1959 sur l'entraide judiciaire, ce qui lui permettrait d'émettre lui-même, pour son Etat d'origine, des demandes qui pourraient être adressées directement aux autorités judiciaires d'un autre Etat membre.

La décision prévoit qu'au moment de la désignation du membre national, et, le cas échéant, à tout autre moment, l'Etat membre notifie à Eurojust et au secrétariat général du Conseil sa décision de conférer de tels pouvoirs à son membre national, afin que celui-ci informe les autres Etats membres. A ce stade (juin 2002), un seul Etat membre a donné des indications sur les pouvoirs accordés à son membre national (le Danemark).

La conséquence de cette asymétrie prévisible des pouvoirs des membres nationaux est qu'Eurojust va s'insérer dans le système juridique des Etats membres de manière fort différenciée, selon les pouvoirs qui seront effectivement attribués au membre national. Il s'agit là d'une solution très flexible, qui relève d'un opportunisme constructif, dans le sens où la décision prend le maximum de ce que les Etats sont prêts à donner pour le mettre au service de la capacité d'action de l'organe. La solution inverse – plus européenne – qui aurait consisté à essayer de déterminer des pouvoirs communs que les membres nationaux auraient dû avoir à l'égard de leurs autorités nationales aurait vraisemblablement risqué de déboucher sur une solution minimale dans laquelle aucun membre national n'aurait eu de réel pouvoir sur le plan interne de son Etat d'origine, ce qui, d'un certain côté, n'aurait pas été préférable à la situation résultant du choix opéré ici. Néanmoins, la question qui se pose est celle de savoir quelles sont les conséquences de l'option retenue sur le fonctionnement d'Eurojust et son opérationnalité.

On peut craindre qu'une éventuelle disparité des pouvoirs n'entraîne une segmentation d'Eurojust, entre les membres plus utiles (disposant de pouvoirs étendus) et les membres moins utiles (ayant peu ou pas de pouvoirs propres), mais elle pourrait surtout avoir pour conséquence que les activités d'Eurojust s'orientent davantage en fonction des capacités d'action individuelle de ses membres qu'en fonction des besoins réels du point de vue d'une politique des recherches et des poursuites européenne, et qu'il y ait un surinvestissement à l'égard des Etats sur le territoire desquels une action est plus facile en raison des pouvoirs des membres nationaux concernés.

2. L'articulation entre les membres nationaux et le collège

Les membres nationaux forment ensemble le collège d'Eurojust (article 10 de la décision), qui en est l'organe directeur. Pour ce qui est de la réalisation des tâches d'Eurojust, on assiste à une subtile répartition des rôles entre le collège et les membres nationaux, qui traduit bien la volonté de concilier flexibilité et opérationnalité, dans une alchimie comparable à celle qui est à l'œuvre pour les membres nationaux, entre une reconnaissance d'éléments nationaux intangibles et la volonté d'une dimension européenne. Dans la complexité des relations entre les membres nationaux et le collège, on peut distinguer trois modes d'intervention qui caractériseront l'action d'Eurojust.

Le premier mode d'intervention – qui sera probablement le plus habituel à l'avenir – est celui de l'action individuelle des membres nationaux pour Eurojust. La décision

dit dans ce cas qu'Eurojust agit «par l'intermédiaire de ses membres nationaux concernés» (article 6). Le ou les membres nationaux concernés par une affaire, en concertation entre eux mais sans implication du collège, règlent les questions qui relèvent de leurs Etats respectifs. Dans ce cadre, «toutes les informations échangées entre Eurojust et les Etats membres, (...) passent par le membre national» de l'Etat concerné. On voit bien par là que les membres sont «nationaux», qu'ils ne sont pas interchangeables, mais constituent les intermédiaires obligés entre l'organe et leur Etat membre.

Le deuxième mode d'intervention – le plus formel – est celui de l'action collégiale d'Eurojust (article 7). La décision identifie plusieurs hypothèses dans lesquelles c'est le collège qui intervient pour remplir les tâches attribuées à Eurojust. La première est celle dans laquelle «un ou plusieurs membres nationaux concernés par une affaire traitée par Eurojust en font la demande». Il suffit donc d'une simple demande d'un seul membre pour que le collège soit saisi, sans qu'aucune motivation particulière soit requise. La deuxième hypothèse est celle où il s'agit d'enquêtes ou de poursuites «ayant une incidence au niveau de l'Union ou pouvant concerner des Etats membres autres que ceux directement impliqués». Cette deuxième hypothèse n'était pas nécessaire dans la mesure où la première est déjà assez large pour couvrir celle-ci. Son intérêt est de préciser les cas dans lesquels il y a un besoin d'intervention du collège (même si cette deuxième hypothèse n'est pas une condition cumulative par rapport à la première). La troisième hypothèse est celle dans laquelle «une question générale relative à la réalisation de ses objectifs se pose». Plus qu'un mode d'intervention à l'égard des Etats membres, il s'agira plus dans ce cas d'un mode d'intervention d'Eurojust par rapport à elle-même¹³.

Le troisième mode d'intervention est celui qui résulte des pouvoirs propres octroyés aux membres nationaux. Ceux-ci pourront agir à titre personnel, sur la base des pouvoirs dont ils sont investis par leur Etat membre. Cette action devra naturellement s'inscrire dans le cadre des objectifs d'Eurojust, mais elle pourra éventuellement sortir du cadre des tâches qu'Eurojust peut accomplir par l'intermédiaire de ses membres nationaux. La décision reconnaît explicitement la spécificité de ce mode d'intervention puisque, de la même manière qu'elle prévoit pour les interventions d'Eurojust, qu'elle «indique si elle agit par l'intermédiaire d'un ou plusieurs membres nationaux au sens de l'article 6 ou en tant que collège au sens de l'article 7» (article 5.2.), elle prévoit dans ce cas-ci que le membre national indique, lorsqu'il intervient, s'il agit en vertu des pouvoirs judiciaires qui lui sont conférés par son Etat membre (article 9.6.).

Cette multiplicité des modes d'intervention correspond au caractère hybride de la structure créée : à la fois organe européen et interface entre les Etats membres. Eurojust est une unité qui agit, en tant que collège ou par l'intermédiaire de ses membres nationaux. A cet égard, elle est européenne. Peu importe qu'elle agisse par un membre

¹³ Il y a une quatrième hypothèse subsidiaire, qui est visée par la décision, mais qui était moins pertinente par rapport au propos. Le collège est également saisi dans les cas «prévus par d'autres dispositions de la présente décision».

national ou un autre, individuellement ou collégalement, c'est toujours l'unité européenne qui agit. Néanmoins, elle ne peut agir par l'intermédiaire de n'importe quel membre, les relations avec les Etats membres se font en principe par le biais des membres nationaux correspondants. A la différence d'un ministère public fondé sur un principe d'unicité, où tout membre agit indifféremment pour l'organe, Eurojust agit de ce point de vue plus comme un réseau de représentants nationaux. En outre, la possibilité d'action personnelle des membres nationaux sur la base des pouvoirs octroyés par leur Etat membre ajoute un élément de perturbation dans le système, qui peut s'avérer être une force ou une source d'anarchie. En définitive, la conception de l'organe développée par la décision oscille entre unicité et multiplicité.

D. Les relations entre Eurojust et les Etats membres

Sur la base de l'ensemble des paramètres qui viennent d'être exposés, il est possible d'esquisser la manière dont vont s'articuler les relations entre Eurojust et les autorités compétentes des Etats membres.

Pour ce qui relève de ses compétences matérielles générales, Eurojust dispose d'un pouvoir d'initiative et pourra s'adresser spontanément aux autorités des Etats membres. Dans ce cadre, le membre national sera l'intermédiaire normal entre Eurojust et les autorités compétentes de l'Etat membre dont il est issu. Il pourra prendre des initiatives à l'égard de ces autorités au nom et pour le compte d'Eurojust. Il pourra entrer directement en contact avec les autorités compétentes de son Etat membre (article 9.4.). Dans certains cas, Eurojust s'adressera officiellement aux autorités compétentes des Etats membres en tant que collègue.

Dans certaines hypothèses par contre, l'intervention d'Eurojust se fera seulement à la demande d'un Etat membre ou, le cas échéant, de la Commission. La demande d'un Etat membre sera nécessaire lorsqu'il s'agira d'une affaire qui concerne un seul Etat membre et un Etat tiers ou un Etat membre et la Communauté ou si l'affaire porte sur une infraction autre que celles relevant de la compétence générale d'Eurojust. A défaut, la demande de la Commission sera nécessaire lorsqu'il s'agira d'une affaire qui concerne un seul Etat membre et la Communauté.

De leur côté, les Etats membres pourront désigner des correspondants nationaux, qui seront les destinataires normaux des demandes adressées par Eurojust ou leur membre national (article 12). Néanmoins, la décision prévoit que «les relations entre le membre national et le correspondant national n'excluent pas des relations directes entre le membre national et ses autorités compétentes». Il appartiendra à chaque Etat membre de désigner le cas échéant un ou des correspondants nationaux et de préciser les relations qui devront s'établir entre le membre national, le correspondant national et les autorités localement compétentes. Dans les pays qui connaissent un parquet à compétence nationale (parquet général compétent pour l'ensemble du territoire, comme au Portugal ou en Suède ou parquet national compétent dans certaines matières, comme en Espagne, en Allemagne ou en Belgique), il est logique que celui-ci soit le correspondant du membre national et qu'il soit le relais systématique à l'égard des autorités locales. Néanmoins, même dans ce cas, le membre national doit pouvoir prendre contact avec les autorités localement compétentes en cas de besoin, le cas échéant moyennant la concertation appropriée avec le correspondant national.

Les autorités compétentes des Etats membres peuvent échanger avec Eurojust toute information nécessaire en vue de l'accomplissement des tâches de celle-ci (article 13.1.). L'initiative peut dans tous les cas venir des autorités compétentes des Etats membres, qui en ressentent le besoin ou l'intérêt. La décision ne règle pas la manière dont les Etats membres adressent des demandes à Eurojust. Il appartient dès lors à chaque Etat membre de déterminer quelles seront ses autorités nationales habilitées à adresser de telles demandes. Dans les Etats qui ont désigné un correspondant national ou qui possèdent un parquet à compétence nationale, on peut imaginer que ce pouvoir soit laissé à ce correspondant ou à ce parquet. Ceci ne doit pas empêcher cependant toute autorité localement compétente de transmettre directement, conformément à son droit, une information pertinente à son membre national au sein d'Eurojust.

Une clé de l'opérationnalité de l'institution qui vient d'être créée sera le rôle d'interface du membre national et la manière dont ses relations avec ses autorités nationales va être construite.

Les membres nationaux et les pouvoirs dont ils seront investis en vertu de leur droit national seront certainement aussi la clé du dépassement de la structure mise en place par cette décision.

En effet, l'articulation de l'ensemble des rouages mis en place fait apparaître un mécanisme au caractère paradoxal: si un Etat membre accorde des pouvoirs opérationnels à son membre national, celui-ci pourra peut-être, agissant à titre personnel sur la base de l'article 9.3., et non pas en tant qu'agissant pour Eurojust, en vertu de l'article 6 de la décision, réaliser des choses sur le territoire de l'Etat dont il émane qu'Eurojust serait par elle-même parfaitement incapable d'obtenir... voire même de demander. On peut imaginer les conséquences d'un tel déséquilibre pour l'organe lui-même. Au sein de l'organe, il y aura nécessairement un clivage entre les membres nationaux qui seront en quelque sorte plus forts individuellement à l'égard de leur Etat membre qu'Eurojust dans son ensemble et ceux qui ne seront d'aucun soutien pour la réalisation des objectifs d'Eurojust, parce qu'ils n'auront reçu aucun pouvoir opérationnel. Outre les susceptibilités concrètes qui ne manqueront pas d'en résulter, et les orientations de l'activité d'Eurojust vers certains Etats membres qui risquent d'en découler, il faut surtout voir que ce déséquilibre risque de vider l'organe même de sa substance, le collègue n'étant plus la dernière instance de décision, mais le centre de gravité se déplaçant vers les membres disposant de plus d'autonomie.

Bien sûr, tout ceci est prospectif. Personne ne sait encore quels pouvoirs les Etats membres donneront à leur membre national. Les Etats membres disposent d'un délai allant jusqu'au 6 septembre 2003 pour adapter leur droit national à la décision (article 42) et ce n'est qu'à ce moment-là que ce chapitre pourra être effectivement écrit. Néanmoins, ce qui est d'ores et déjà certain, c'est que le texte ouvre la voie vers ce déséquilibre et qu'il est dès lors fort prévisible qu'il se produise.

Je voudrais pousser la réflexion plus loin et imaginer ce que ce déséquilibre peut représenter de porteur, dans la perspective de la mise en place d'un système de justice européen. En effet, la tendance naturelle face à cette situation de déséquilibre interne sera de chercher à retrouver l'équilibre et ce ne sera pas seulement sur la base d'une volonté européenne, mais d'abord et surtout, plus prosaïquement, en raison du réflexe national des Etats qui ne pourront accepter de voir leur rôle au sein d'Eurojust

minorisé. En effet, si le point d'équilibre de l'unité se déplace vers les membres qui disposent des pouvoirs les plus étendus, il se déplacera dans le même temps vers les Etats membres dont relèvent ces membres : l'action elle-même de l'unité risque de s'orienter vers le territoire de ces Etats, avec pour conséquence que ces derniers auront une maîtrise en dernière instance des résultats de cette action. Dans la mesure où il s'agira par définition de phénomènes criminels transfrontaliers, peut-être de réseaux de trafic transeuropéens, il paraît clair que les Etats mis hors jeu par le biais de cette stratégie d'efficacité ne pourront accepter une telle situation. Il en résultera alors un alignement progressif à la hausse des pouvoirs octroyés par les Etats membres à leur membre national respectif, ce qui mènera logiquement à terme à la reconnaissance de fait ou à l'octroi d'un pouvoir contraignant à Eurojust.

Ceci paraît être le dénouement logique de la tension créée par l'instrument. Ce dénouement ne serait cependant en aucun sens un aboutissement, mais plutôt un commencement. En effet, à ce moment, on assisterait à un basculement de la perspective. Tout dans l'instrument a été construit en fonction du caractère facultatif de l'intervention d'Eurojust, lui donner un pouvoir contraignant à l'égard des Etats membres – ne fût-ce que par rapport aux cinq points pour lesquels Eurojust peut demander aux Etats membres de faire quelque chose – c'est en faire un début de ministère public européen, quels que soient les mots par lesquels on décide de le dénommer. Et ce nouveau statut aurait des conséquences énormes, en termes institutionnels et procéduraux. Ce n'est pas l'objet du présent propos de parcourir dans le détail ces différents aspects, mais il peut être intéressant, pour en percevoir l'ampleur, de pointer certaines questions essentielles auxquelles cette mutation demande d'apporter réponse.

3. Au-delà d'Eurojust ?

A. Sur le plan matériel : domaines de compétence d'un tel organe

Pour fonctionner de façon effective, une institution investie de pouvoirs décisionnels a besoin d'un champ de compétence matérielle qui soit à la fois précis et cohérent. Dans la mesure où ses décisions s'imposeraient à d'autres autorités, et éventuellement directement à des justiciables, elle doit pouvoir établir qu'elle a compétence pour exercer cette contrainte. Toute imprécision du libellé ne pourrait que conduire l'organe à l'inertie, la question de la compétence ne pouvant jamais être tranchée de façon certaine.

De ce point de vue, les compétences matérielles données par la décision à Eurojust seraient-elles de nature à lui permettre d'assurer ce nouveau type de responsabilité ? Comme on l'a vu, les compétences d'Eurojust sont à la fois très larges et flexibles. La référence aux compétences d'Europol et la liste d'infractions sont-elles suffisamment précises ? Il y a lieu de relever à cet égard que toutes les infractions qui y sont mentionnées le sont de façon générique, c'est-à-dire sans référence à des incriminations déterminées, mais en recourant à des concepts plus criminologiques que juridiques. Tant qu'on se situe au stade de la coordination, l'imprécision qui découle de tels concepts n'est pas préjudiciable, par contre, dès lors qu'il s'agit de prendre des décisions qui auront un effet sur la procédure pénale dans un Etat membre,

elle est susceptible d'engendrer des discussions sur la recevabilité de l'intervention de l'organe européen.

Par ailleurs, dès lors qu'il s'agirait d'intervenir comme acteur de la procédure pénale des Etats membres, une compétence générale aussi large que celle prévue dans l'instrument aurait l'inconvénient d'embrasser un domaine tellement vaste qu'on pourrait se demander comment l'organe – quelle que soit son importance en termes de moyens – serait en mesure d'assumer quelque mission que ce soit avec un minimum de prévisibilité et de sécurité juridique. Plus les besoins d'intervention dépasseront les capacités d'action, plus l'action de l'institution sera nécessairement entachée d'arbitraire, dans le choix de l'affectation des moyens disponibles.

A cet égard, l'option d'une liste limitée d'incriminations (et non de concepts génériques) présenterait l'avantage de contourner ces deux écueils, en étant à la fois assez précise quant à la définition de ce qu'elle couvre, et suffisamment limitée pour permettre une action effective. La question serait cependant dans ce cas de déterminer les critères en fonction desquels cette liste devrait être constituée. On pourrait envisager de se baser sur les domaines d'harmonisation identifiés par le traité d'Amsterdam et dans les conclusions du Conseil européen de Tampere, au moins dans la mesure où ils ont déjà fait l'objet d'une harmonisation effective. Néanmoins, à cet égard, il faut reconnaître que le processus d'harmonisation, tel qu'il a été mis en œuvre jusqu'à présent, ne donne pas de solution parce qu'il ne propose pas de réelle harmonisation mais se contente de fixer des minima d'incrimination, tout Etat membre étant libre d'incriminer plus largement que ce que prévoit l'instrument européen, et, ce qui est plus grave, l'harmonisation des minima est seulement partielle dans la mesure où tous les instruments d'harmonisation contiennent des possibilités de dérogation à l'obligation d'incrimination ou des options en matière d'incrimination ¹⁴.

Il en résulte que l'intervention contraignante d'un organe européen dans la procédure pénale interne des Etats membres serait plus envisageable si elle pouvait se baser sur un droit pénal matériel autonome. De ce point de vue, l'option développée par le *Corpus Juris* est, dans son principe, intéressante.

Néanmoins, l'idée d'une limitation des compétences de l'organe européen au secteur des fraudes, tel qu'elle est proposée par le *Corpus Juris* et par la Commission dans son livre vert sur le procureur européen pose d'emblée un problème de cohérence en termes de politique criminelle. Les fraudes au budget communautaire ne se présentent pas de façon isolée, elles sont accompagnées de la commission d'autres infractions – ce que le *Corpus Juris* a pris en compte ¹⁵ –, mais plus encore, elles se manifestent fréquemment en liaison avec des phénomènes de criminalité organisée. La question qui se pose dès lors est celle de savoir où il convient de mettre la limite

¹⁴ Voir à cet égard la contribution de WEYEMBERGH, A. dans le présent ouvrage.

¹⁵ Notamment, article 17 du *Corpus Juris*, deuxième version, *op. cit.*, p. 198, sur le concours d'infractions. En définitive, le *Corpus Juris* règle la question sans l'aborder, dans la mesure où c'est la juridiction nationale qui sera saisie de l'ensemble et qui appliquera le droit commun (du *Corpus Juris*) et, complémentirement, son droit national (article 35).

de la compétence de l'institution à créer. Si le champ est trop limité, cela signifie que l'organe européen ne pourra appréhender qu'une partie du phénomène criminel – un de ses symptômes en quelque sorte – sans pouvoir aller jusqu'au cœur du mécanisme ou de la structure criminelle, qui par hypothèse dépassera largement le seul domaine de la fraude. Une délimitation trop rigide des compétences risquerait donc d'avoir pour effet une action parcellaire à l'égard du phénomène criminel à l'œuvre, ce qui ne permettrait pas de rencontrer les objectifs de politique criminelle énoncés en la matière ¹⁶.

Un droit pénal matériel autonome serait non seulement nécessaire pour régler de façon certaine la compétence de l'organe européen, mais il le serait également pour fonder les interventions de cet organe, qui seraient motivées par le respect de ce socle commun européen.

Pour ce deuxième aspect, pourrait-on alternativement envisager l'application par l'organe européen des droits nationaux sur la base de critères de rattachement comme en droit international privé? La mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle ouvre des pistes qui pourraient aller dans ce sens. En particulier, la suppression du contrôle de double incrimination, accompagnée du maintien du principe de territorialité, a pour effet qu'un Etat membre devra accepter que, pour des faits commis sur le territoire d'un autre Etat membre, ce soit le droit pénal matériel de cet Etat qui détermine si le fait est punissable ou non ¹⁷. On pourrait imaginer qu'un organe européen soit appelé à appliquer le droit pénal matériel de l'un ou l'autre Etat, par exemple en fonction du lieu de l'infraction, indépendamment du lieu où les poursuites seraient exercées. Une telle solution ne serait toutefois pas sans créer des problèmes dans les relations avec les autorités compétentes des Etats sur le territoire desquels ces poursuites seraient exercées. En outre, elle ne permettrait pas à cet organe européen d'être l'agent d'une politique criminelle européenne et d'une approche globale européenne de la criminalité.

B. Sur le plan procédural : l'insertion de l'action d'un organe européen dans les procédures nationales

Dès lors qu'on donne à l'organe européen des responsabilités dans le cadre de la procédure pénale (faire entamer une enquête, diriger une enquête, décider de poursuivre,...), toute une série de questions se posent sur les conséquences de ces responsabilités sur la procédure pénale des Etats membres ou plutôt sur l'insertion de ces impulsions européennes dans le système juridique des Etats membres. On se limitera ici à en exposer quelques-unes.

La première, qui n'est pas la moindre, est celle de la régularité et de la valeur probante des éléments de preuve récoltés dans le cadre de telles enquêtes. En déplaçant le centre de décision vers le niveau européen, on rompt le continuum du

¹⁶ FLORE, D., «Eurojust ou ministère public européen : un choix de politique criminelle», *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ FLORE, D., «Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne», *JT*, 2002, p. 276.

processus pénal : en procédant à un acte d'enquête dans un Etat membre, l'autorité nationale ne sait pas où se déroulera la suite de la procédure, puisque cette question s'appréciera ultérieurement à l'échelle européenne par un organe européen.

La Convention de l'Union européenne du 29 mai 2000 sur l'entraide judiciaire ¹⁸ visait à apporter des solutions à ce problème de la disparité des droits des Etats membres en ce qui concerne les modes de collecte des preuves dans la procédure pénale. La convention prévoit ainsi en son article 4.1. que « l'Etat membre requis respecte les formalités et les procédures expressément indiquées par l'Etat membre requérant, sauf disposition contraire de la présente convention et pour autant que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre requis ». La convention va même plus loin lorsqu'il s'agit de vidéo-conférence puisqu'elle prévoit dans ce cas, en son article 10.5. c), que « l'audition est effectuée directement par l'autorité judiciaire de l'Etat membre requérant, ou sous sa direction, conformément à son droit interne ». Cet article balise cependant lui-même la procédure en assortissant l'audition d'une série de règles propres (présence d'une autorité judiciaire de l'Etat requis, possibilité pour celle-ci d'interrompre l'audition, présence d'un interprète, protection de la personne, procès-verbal, invocation éventuelle d'un droit de ne pas témoigner).

Ceci étant, le fait que cette convention ait cherché des solutions pour rencontrer ce problème confirme que le problème est bien réel, mais ne signifie pas que les solutions de la convention soient adéquates dans la perspective de l'action d'un organe européen. En effet, ces solutions s'inscrivent dans une logique de coopération judiciaire inter-étatique, et non dans celle d'une intégration sur le plan européen. Dans les cas envisagés par cette convention, il y a toujours un Etat requérant et un Etat requis et l'application maximale du droit de l'Etat requérant, qui est par définition celui qui va ultérieurement exercer les poursuites devant les juridictions de fond, est destinée à faire en sorte que les éléments de preuve requis par le biais de l'entraide puissent être effectivement utilisés dans la procédure ultérieure dans cet Etat. En cas d'intervention d'un organe européen, la logique est tout autre puisque la question de savoir où les poursuites seront exercées est ouverte.

Cette difficulté concerne la régularité de la preuve et la possibilité de l'utiliser dans la procédure ultérieure. Les questions porteront sur le fait de savoir si l'autorité qui a autorisé la mesure était d'un niveau suffisant au regard des standards de l'Etat des poursuites ultérieures, sur le fait de savoir si la mesure a été exécutée de façon contradictoire ou non, en présence de la personne soupçonnée, des parties civiles, ou/ et de leurs avocats, ou avec une possibilité de contre-mesure (par exemple de contre-expertise). Il y a également les questions de la preuve par renvoi à des documents écrits ou à des déclarations antérieures, la preuve indirecte, la portée du droit au silence ¹⁹... Dans le droit et la jurisprudence de la plupart des Etats membres, ces difficultés ne seront pas insurmontables et le simple fait que les conditions nationales n'aient pas

¹⁸ Convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, du 29 mai 2000, *JOCE*, n° C 197, 12 juillet 2000, p. 3 et s.

¹⁹ Exposé des motifs *Corpus Juris*, 1^{re} version, *op. cit.*, p. 77.

été respectées ne suffira pas nécessairement à disqualifier la mesure, néanmoins, l'incertitude quant à la décision ultérieure d'une juridiction sur la recevabilité des éléments de preuve fera peser une hypothèque permanente sur l'enquête menée.

En outre, indépendamment de la question de la preuve, un certain nombre de comportements qui peuvent être utilisés dans le cadre de la recherche de la vérité, ont également un impact sur l'ensemble de la procédure pénale ultérieure. Ainsi, l'aveu a une portée différente selon les Etats membres. Non seulement sa valeur probante varie, mais encore ses conséquences sur la procédure sont différentes. Dans certains Etats, il peut entraîner une sanction moindre, mais surtout, il peut déclencher une procédure judiciaire alternative, plus légère (système de *guilty plea*). Dans ce cas, que doit faire l'organe européen dans l'appréciation de l'aveu et des suites à lui donner, quand l'Etat devant qui les poursuites seront menées n'a pas encore été déterminé? La même considération vaut en ce qui concerne ceux que l'on appelait les repentis et qu'on appelle plutôt aujourd'hui les collaborateurs de justice, c'est-à-dire toutes ces personnes qui sont elles-mêmes soupçonnées d'infractions mais qui fournissent des informations pertinentes aux autorités, en vue de permettre le démantèlement de structures criminelles, notamment, en échange d'un traitement plus clément de leur propre cas. Le régime juridique qui sera applicable à ces personnes ne dépendra pas seulement de l'Etat sur le territoire duquel la mesure a eu lieu au stade de l'enquête mais également du droit de l'Etat qui jugera au bout de la chaîne pénale. Pourtant, la garantie du sort qui leur sera réservé en fin de compte sera souvent une condition préalable à leur bonne volonté à collaborer...

La conclusion est que les solutions nationales ne seront pas suffisantes lorsque des enquêtes sont dirigées par un organe européen. Ici comme pour le droit pénal matériel, deux solutions alternatives sont envisageables : soit l'élaboration de normes communes applicables dans le cadre de telles enquêtes – c'est la solution vers laquelle se dirige le *Corpus Juris*, qui fait le catalogue des preuves admissibles et propose notamment un procès-verbal européen d'audition et un procès-verbal d'interrogatoire ²⁰ – soit la piste de la reconnaissance mutuelle des règles de preuve par les Etats membres et l'application du droit d'un autre Etat en ce qui concerne les conséquences des mesures sur la procédure ultérieure (ce qui amènerait l'autorité compétente d'un Etat membre à accorder à une personne ayant fait l'objet d'une mesure particulière dans un autre Etat un traitement judiciaire différent de celui prévu par son propre droit dans la même hypothèse – sous réserve de la compatibilité d'une telle solution avec le principe de non-discrimination).

Une autre question est celle de la décision de mettre en jugement à l'issue de l'enquête et du choix de la juridiction de jugement. Dans le droit des Etats membres, ce n'est normalement pas l'organe chargé d'exercer les poursuites qui détermine de façon définitive s'il y a lieu à jugement et quelle est la juridiction devant laquelle la procédure doit intervenir. Ainsi, la décision éventuelle de l'organe européen d'orienter les poursuites vers tel Etat plutôt que tel autre pourrait se heurter à la décision d'une juridiction interne statuant sur la mise en état de l'affaire. Cette décision d'une

²⁰ Article 32, seconde version, *op. cit.*, p. 211-212.

juridiction interne serait fondée sur les règles du droit de cet Etat et, le cas échéant, sur des considérations d'opportunité nationales, mais la situation qui en résulterait irait à l'encontre de la vocation de coordination qui constitue l'une des raisons d'être de l'organe européen. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains ont plaidé, dans le contexte du *Corpus Juris*, pour l'existence d'une juridiction européenne habilitée à décider de la mise en jugement (une « chambre préliminaire européenne ») ²¹.

C. *Sur le plan institutionnel : un organe qui en appelle d'autres* ²²

Ainsi, on passe progressivement du niveau procédural vers le niveau institutionnel. Un organe européen ayant des pouvoirs contraignants à l'égard des autorités compétentes des Etats membres appelle nécessairement la création d'autres organes européens.

C'est vrai « en amont » de l'action de cet organe européen d'enquête et de poursuites : dans ses relations avec les services de police. En effet, l'effectivité d'une enquête ne dépend pas seulement de décisions et de stratégies, mais aussi, et d'abord, de moyens – ce qu'on appelle la capacité policière. Tant qu'un organe européen adresserait des demandes, même contraignantes, soit directement à des services de police nationaux, soit par l'intermédiaire des autorités judiciaires nationales, ces demandes pourraient se heurter à l'impossibilité matérielle de les exécuter, en tenant compte de l'évaluation des priorités effectuée par l'autorité nationale qui est responsable de l'affectation des ressources policières disponibles. L'autonomie d'action de l'organe européen appellerait dès lors la mise à disposition d'une capacité policière propre.

C'est vrai aussi « en aval » de son action, dans la mesure où il faut que celle-ci puisse être évaluée à l'échelle où elle est entreprise, c'est-à-dire à l'échelle européenne. Est ici visée, comme on vient de l'évoquer au point b), la décision de poursuivre devant les juridictions et celle du choix de la juridiction.

Est également visé, de façon plus large, le contrôle sur l'action de cet organe européen. C'est un point important sur lequel on n'a pas insisté précédemment ici, probablement parce qu'Eurojust ne dispose pas de pouvoir contraignant à l'heure actuelle. A la différence d'Europol, qui possède son propre organe de contrôle et d'orientation interne, qui est le conseil d'administration, composé de représentants des Etats membres, rien de tel n'existe pour Eurojust. Le collège est l'équivalent du conseil d'administration, mais il est simultanément Eurojust même, ce qui n'est pas le cas du conseil d'administration d'Europol, à l'égard d'Europol. Ceci étant, l'existence d'un contrôle interne n'est en aucun cas suffisante, même pour Europol, dès lors qu'il s'agit de remplir des missions opérationnelles, et la piste consistant à faire jouer par

²¹ VAN DEN WIJNGAERT, C., « *Corpus Juris*, parquet européen et juge national. Vers une chambre préliminaire européenne ? », *Agon*, 1999, 23 ; *Corpus Juris*, deuxième version, *op. cit.*, p. 52.

²² Pour une présentation systématique de cet aspect, voy. FLORE, D., « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 79 à 96.

Eurojust un rôle de contrôle à l'égard d'Europol est souvent évoquée. De la même manière, dès lors que l'action d'Eurojust deviendrait contraignante, cette absence de contrôle ne serait plus acceptable et l'idée d'un contrôle par un organe externe – tel qu'une chambre préliminaire européenne – devrait s'imposer.

Et au-delà? Le *Corpus Juris* ne déduit pas de l'instauration d'infractions européennes, d'une compétence européenne et de la création d'un ministère public européen la nécessité de l'instauration d'une juridiction pénale européenne. Néanmoins, l'ensemble des questions qui ont été formulées, au fil de la réflexion qui précède et sans prétention à l'exhaustivité, paraissent tout aussi pertinentes lorsqu'il s'agit d'aborder la phase du jugement. Il n'est pas utile de répéter ce qui a été dit plus haut et on peut se borner à reconnaître que c'est sur ce point que l'état des esprits est le moins préparé à l'heure actuelle. Quoi qu'il en soit de la situation actuelle, on peut penser toutefois qu'à la lumière de l'expérience que va fournir la cour pénale internationale, qui va être mise incessamment en place et à laquelle les Etats membres sont parties, la réflexion devrait évoluer sur ce point aussi. Ce qui est certain, dans tous les cas, c'est que, dès lors qu'il s'agira de dossiers qui touchent à des réseaux, trafics, organisations, transnationales qui traversent l'Union européenne, les juridictions nationales ne seront pas en mesure d'appréhender le phénomène criminel dans sa globalité, ni d'y donner une réponse appropriée et cohérente, à la mesure d'une politique criminelle européenne.

4. Conclusion

Eurojust est un des achèvements majeurs de la présidence belge dans le domaine de la justice et des affaires intérieures. L'objectif de cette contribution, conformément à l'objectif général du présent ouvrage, était de présenter ce résultat. L'angle d'approche qui a été choisi n'a cependant pas consisté à faire une présentation descriptive et exhaustive de l'instrument adopté et du nouvel organe créé. Le but a été de présenter par ce biais la question de la mise en place des acteurs du système de justice pénale européen. Eurojust a servi d'exemple privilégié pour mettre en lumière l'état des esprits et des volontés des Etats membres au sein du Conseil sur cette question, de montrer jusqu'où il semble que l'on soit prêt à aller aujourd'hui dans ce domaine – le même type de démonstration aurait pu être fait au départ d'Europol et de son évolution.

L'indécision actuelle des Etats membres, entre le souhait de la mise en place d'organes sur le plan européen et la peur concomitante de la mise en place d'organes véritablement européens (c'est-à-dire supra-nationaux), conduit à la mise en place de structures hybrides, qui comportent des éléments forts de rattachement aux systèmes nationaux des Etats membres et, dans le même temps, quelques éléments de base fondateurs d'une logique européenne. On constate clairement un désir de tirer profit des avantages d'une structure qui dépasse les limites de chaque Etat membre – en termes d'appui, de coordination, d'échange d'informations – qui s'accompagne cependant d'une crainte de perte de souveraineté et d'un refus de se voir imposer des orientations décidées par un organe européen, quelles que soient les modalités de telles décisions. Néanmoins, peut-on avoir l'un sans accepter l'autre? La réelle utilité de ces nouveaux organes n'est-elle pas subordonnée à l'acceptation de leur action?

Cette indécision se traduit par une tension interne des textes créant ces organes, c'est ce que j'ai principalement essayé de montrer dans les pages qui précèdent à propos d'Eurojust.

Il y a cependant des éléments qui donnent à penser que cette tension semble devoir se résoudre dans le sens de la consolidation de ces organes, comme véritables acteurs d'un système de justice pénale. Eurojust porte en elle le germe de son propre dépassement, du fait de la dynamique créée par la figure du «membre national» et l'articulation des relations entre Eurojust en tant que collègue, les membres nationaux et les autorités compétentes des Etats membres.

Mais – et c'est la dernière partie de cette contribution – ce dépassement que porte en elle Eurojust ne va pas de soi. Il constitue un basculement de perspective qui suppose au contraire des aménagements essentiels, dans le domaine tant du droit matériel que de la procédure, lesquels n'ont pas encore été pensés de façon systématique dans leurs dernières conséquences, même pas par le *Corpus Juris*, qui constitue pourtant la réflexion la plus approfondie sur le sujet. La Convention européenne devrait être l'occasion de mener ou tout au moins de lancer cette réflexion et on peut espérer que le domaine de la justice et des affaires intérieures ne sera pas, cette fois comme lors des autres modifications des traités, le sujet que l'on traite entre la poire et le fromage.

What Kind of Judicial Control Do the New Protagonists Need?

The Accountability of the European Police Office (Europol)

Sabine GLESS

I. INTRODUCTION

Who will guard the guardians? This question rises in every legal system whenever new guardians enter the field. The question was put forward in regard to the early police collaboration of the Member States of the European Union, embedded in the framework of TREVI¹. Politicians and scholars – especially in Belgium, Germany, and the Netherlands – have recently re-asked this question even more emphatically in regard to Europol, the European Police Office². The missing mechanisms of accountability for police cooperation are thus a constant object of discussion³, raising the question: (why) is it difficult to provide for an effective judicial control of European police cooperation?

II. EUROPOL

With the establishment of Europol, the Member States concluded their most ambitious project of police cooperation.

¹ SPENCER, M., *States of Injustice. A Guide to Human Rights and Civil Liberties in the European Union*, London, Pluto Press, 1995, p. 22 ff; WALKER, N., “The Accountability of European Police Institutions”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1993, p. 34 ff.

² DEN BOER, M., “Hollen of stilstaan?”, *Nederlands Juristenblad*, 1997, p. 1625 (spec. p. 1629); FLYNN, V., “Europol – A Watershed in EU Law Enforcement Cooperation?”, in BARRETT, G. (ed.), *Justice Cooperation in the European Union*, Dublin, Institution of European Affairs, 1998, p. 79 (spec. p. 93); KLIP, A., “Amsterdams Uniestrafrecht”, *Nederlands Juristenblad*, 1998, p. 811 (spec. p. 814); MONAR, J., “Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam”, *European Law Review*, 1998, p. 320; NELLES, U., “Europäisierung des Strafverfahrens – Strafprozeßrecht für Europa?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1997, n° 109, p. 727 (spec. p. 739 ff.); TOLMEIN, O., *Europol*, Strafverteidiger, 1999, p. 108 ff.

³ ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAB, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 252; SPENCER, M., *States of Injustice. A Guide to Human Rights and Civil Liberties in the European Union*, *op. cit.*, p. 22 ff; WALKER, N., “The accountability of European Police Institutions”, *op. cit.*, p. 34 ff.

1. History

Over a period of many years, the Member States of the European Union prepared for the arrangement of a centralized European police office in intergovernmental working committees behind closed doors, in particular in the TREVI groups ⁴, later these secretive consultations formed the basis of the work of the so-called K 4 Committee ⁵. In the Maastricht Treaty, the Member States described the European Police Office in Article K 1 (9) TEU as “police cooperation (...) in connection with the organization of a Union-wide system for exchanging information”, choosing the wording carefully so as not to restrict Europol exclusively to a passive data-exchange institution. But soon after the signing of the Maastricht Treaty, the Member States were forced to realize that the actual setup of Europol was bound to meet various political difficulties ⁶. On the one hand, the establishment of Europol would thus take a long time, while, on the other hand, the heads of governments saw an immediate need for a central European institution to tackle drug crime and money laundering. They thus established the European Drug Unit (EDU) as a forerunner, on the basis of a common JHA measure ⁷. After more than two years of difficult negotiations, the Member States finally agreed on an Europol Convention ⁸, according to the provisions of which Europol pursues the task “to improve... the effectiveness and cooperation of the competent authorities in the Member States” in the prevention and fighting of certain forms of crime ⁹.

2. Europol’s Current Structure and Tasks

Today Europol works with a staff of around 250 persons (seconded national liaison officers and Europol employees) in The Hague. The offices are headed by a director appointed by the Council. Other organs are designed to fulfill various functions that will be examined later in this paper.

⁴ FLYNN, V., *op. cit.*, p. 79 (spec. p. 85).

⁵ This is a body consisting of national senior experts, which prepares the Council’s work. For further information, see ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAB, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union*, *op. cit.*, p. 253 ff.

⁶ WOODWARD, R., “Establishing Europol”, *European Journal of Criminal Policy and Research*, 1993, vol.1, p. 13 ff. For further information on political differences over JHA, see MONAR, J., “Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam”, *op. cit.*, p. 320 (spec. p. 321 ff.).

⁷ EDU took up its work at the beginning of 1996. For further details see SPENCER, M., *States of Injustice. A Guide to Human Rights and Civil Liberties in the European Union*, *op. cit.*, p. 158; VERBRUGGEN, F., “Euro-Cops? Just Say Maybe”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1995, p. 150 (spec. p. 151).

⁸ Convention on the establishment of a European Police Office (Europol Convention) of 26 July 1995, *OJEC*, n° C 316, 27 November 1995, p. 1.

⁹ Especially crime which affects two or more Member States or which requires a common approach of the EU States. For further information, see Article 2 (1), (2) and (3) of the Europol Convention, *OJEC*, n° C 316, 27. November 1995, p. 1.

According to the Convention, Europol mainly facilitates the exchange of information between the Member States and obtains, collates, and analyzes information and intelligence. The agency pursues these tasks mainly ¹⁰ on the basis of (1) an information system ¹¹ and (2) a working system for analysis ¹² – both accessible using an index system (3) ¹³.

The databases rely on information entered by so-called *National Units*, which are centralized liaison bodies set up by each Member State ¹⁴, as well as on data provided by third states or even by independent third bodies ¹⁵.

3. Europol's Future

Before the Member States ratified the Europol Convention, its responsibilities had already been revised. Adopting the Treaty of Amsterdam, the Member States decided that the “objective to provide citizens with a high level of safety within an area of freedom, security and justice by developing common action among [them] in the fields of police and judicial cooperation in criminal matters” is also to be achieved by “closer cooperation between police forces, customs authorities and other competent authorities in the Member States, both directly and, through Europol (...)” ¹⁶.

Article 30 of the Amsterdam Treaty specifies the agenda: within a period of five years after the new Treaty is in force, the Council shall (a) enable Europol to facilitate and support the preparation, and to encourage the coordination and carrying out of specific investigative actions by the competent authorities of the Member States, including operational actions of joint teams comprising representatives of Europol in a support capacity ¹⁷; (b) adopt measures allowing Europol to ask the competent

¹⁰ For further information on other tasks of Europol, see MURRAY, K., “An Overview of the Europol Act”, *Irish Law Times*, 1998, p. 73 (spec. p. 74).

¹¹ The *information system* will be used to store, modify, and utilize data concerning (a) persons who, in accordance with the national law of the Member State concerned, are suspected of having committed or having taken part in a criminal offence for which Europol is competent or who have been convicted for such an offence or (b) persons for whom serious grounds for believing they will commit criminal offences for which Europol is responsible exist under national law, Article 8 (1) of the Europol Convention.

¹² The *working system* encompasses data related to persons who might be called on to testify in investigations in connection with the offences under consideration or in subsequent criminal proceedings as well as data related to individuals who have been the victims of one of the offences under consideration or with regard to whom certain facts give reason for believing that they could be the victims of such an offence. Moreover it will contain data concerning contacts and associates or persons who can provide information on the criminal offences under consideration, Article 10 (1) of the Europol Convention.

¹³ Article 6 of the Europol Convention.

¹⁴ The actions of which are governed by national law, see Article 4 of the Europol Convention.

¹⁵ Article 10 (4) of the Europol Convention.

¹⁶ Article 29 TEU.

¹⁷ For further information on recent initiatives see *OJEC*, n° C 357, 13 December 2000, p. 7 ff.

authorities of the Member States to conduct and coordinate their investigations in specific cases¹⁸; (c) promote liaison arrangements between prosecuting and investigating officials specializing in the fight against organized crime in close cooperation with Europol.

III. ACCOUNTABILITY OF POLICE IN THE MEMBER STATES

Police officers in police forces throughout Europe are held accountable to internal supervisory officers for their conduct in regard to both the law and organizational procedures and disciplinary standards. In Europe, this internal monitoring is uncontroversial in principle¹⁹.

By contrast, the issue of external accountability to the courts and other public agencies is much more complex and politically sensitive. External accountability builds on different aspects, for example, authorization by a legislative mandate or arrangements for holding the institutions accountable by a democratic constituency²⁰. In the following, two aspects of accountability will be analyzed: firstly institutional control exercised by external agencies and secondly the “due process” element, which comprises the rules and the procedures whereby individuals affected may ensure that their interests are safeguarded in the pursuit of these practices²¹.

While there are many differences building up this form of accountability in the Member States, the following elements do appear to be indispensable in all legal systems²²:

- the involvement of a judicial or external authority in on-going police investigations,
- supervision by a judge of certain investigative measures,
- safeguarding the rights of the accused persons during proceedings,
- judicial accountability of executing authorities in terms of criminal law.

IV. ACCOUNTABILITY OF EUROPOL

In the light of the criteria mentioned, the Member States’ ambitions for the establishment of Europol appear to many scholars to be one-sided: while these ambitions strongly emphasize law and order and law enforcement, they neglect to create a supervisory framework that ensures accountability to the general public, as well as safeguards for the individuals against whom action could be taken. This allegation touches a complex issue.

¹⁸ For further information on recent initiatives see *OJEC*, n° C 289, 12 October 2000, p. 8.

¹⁹ GLEß, S., “Rechtsvergleichender Querschnitt”, in GLEß, S., GROTE, R., HEINE, G. (Hrsg.), *Justitielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, Freiburg/Br., Edition Iuscrim, 2001, p. 645 (spec. p. 669).

²⁰ See ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAB, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union*, *op. cit.*, p. 251.

²¹ DEN BOER, M., WALKER, N., “European Policing after 1992”, *Journal of Common Market Studies*, 1993, p. 3 [spec. p. 19 ff.].

²² GLEß, S., “Rechtsvergleichender Querschnitt”, *op. cit.*, p. 645 (spec. p. 660 ff.).

1. General Framework

To determine the adequacy of the arrangements for holding Europol accountable, various circumstances have to be kept in mind.

First of all, Europol's task is mainly limited to data exchange for the time being. Such an activity is often still regarded as a sort of "soft" operational power that does not need the same extent of judicial control as "hard" operational powers, such as search, interrogation, and arrest. If Europol were to acquire the latter operational powers, the need for corresponding rights of due process would presumably become more urgent in the eyes of a broader public ²³.

Second, the structures of cooperation in Justice and Home Affairs (JHA), into which Europol has been integrated, provide a peculiar framework for (judicial) control: JHA is a part of the third pillar of the European Union, an intergovernmental forum with little role for EU organs. It follows its own special procedures laid down in Title VI TEU. It creates a new form of cooperation, which does not clearly fit the legal categories used so far: it has left classical international cooperation, but has not yet reached a supranational status. Scholars thus call it a "hybrid" or a "mixed model" ²⁴ (it often seems to be more like a political aspiration than a strict legal setting) ²⁵.

Europol as an institution represents the double facet of cooperation based on Title VI, the third-pillar institutions. It is mainly disconnected from the national framework. On the European level, it operates at the margins of the EC organs, under the supervision of new, rather weak institutions set up in the Europol Convention. Europol thus illustrates the loopholes of accountability of third-pillar institutions. Without a new arrangement for adequate control on the European level, it is nevertheless granted a quasi-supranational status – most obvious in Article 30 of the Europol Convention: "The Director, Deputy directors and the employees of Europol shall be guided in their actions by the objectives and tasks of Europol and shall not take or seek orders from any government, authority, organization or person outside Europol...".

2. The Immunity Protocol

The enactment of the Immunity Protocol of 1997 secured its position as a quasi-supranational body ²⁶. The ratification processes of the protocol instigated harsh criticism all over Europe, although Article 41 of the Europol Convention provided for it from the beginning Convention. Because Europol's work was not to be hindered on the grounds of national politics and interests, senior officials explained, the Immunity Protocol provides that neither "[t]he property, funds, assets of Europol, wherever located in the territories of the Member states and by whomsoever held" ²⁷ nor the "official papers and

²³ See e.g. KLIP, A., "Amsterdams Uniestrafrecht", *op. cit.*, p. 811 (spec. p. 814).

²⁴ See ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAB, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union*, *op. cit.*, p. 251.

²⁵ HENDRY, I.D., "The Third Pillar of Maastricht", *German Yearbook of International Law*, 1993, vol. 36, p. 296.

²⁶ OJEC, n° C 221, 19 July 1997, p. 2.

²⁷ Article 2 (2) of the Europol Convention.

documents and other materials” of members of the organs of Europol and staff members of Europol shall be searched, seized, requisitioned, confiscated, or in any other form obstructed ²⁸. Members of the organs of Europol and staff members of Europol shall enjoy “immunity from legal process of any kind in respect of words spoken or written, and of acts performed by them, in the exercise of their official functions” ²⁹.

Some exemptions from the broad scope of immunity, however, exist: Europol’s staff is liable for infringement of Article 32, which stipulates the obligations of discretion and confidentiality. Furthermore, court procedure is possible in certain cases of employment litigation ³⁰, and civil actions “by a third party for damages including personal injury or death, arising from a traffic accident caused by any such person” ³¹.

In all other cases, Europol and its staff shall – according to the Immunity Protocol – not be liable for their actions, including illegal data exchanges ³².

Europol’s representatives and its staff, however, must appear in court in cases in which immunity for which the Immunity Protocol provides has been lifted. The director may waive the immunity of Europol and any staff member of Europol. The Board may lift the immunity of the Director, the Financial Controller, and the members of the Financial Committee, while, in turn, the respective Member States may lift that of the Members of the Board ³³. A waiver of immunity is required “in cases where the immunity would impede the course of justice *and* can be waived without prejudice to the interests of Europol” ³⁴. The Protocol does not give any further explanations concerning the criteria on which a decision on possible infringements of Europol’s interests is to be based.

If an authority or judicial body of a Member State suspects the abuse of a privilege or immunity, it has to consult the body responsible for waiving immunity to sustain its suspicion. If such consultations do not achieve a result satisfactory for both sides ³⁵, the Council (in accordance with the procedure set out in Title VI of TEU) will discuss the affair with the aim of finding an agreement: “When such disputes are not settled, the Council shall unanimously decide on the modalities according to which they shall be settled” ³⁶.

Such a settlement procedure has not yet been agreed on by the Council. The question thus arises as to whether – up to the time rules for such a procedure are

²⁸ Article 8 (1) lit.b of the Europol Convention.

²⁹ Article 8 (1) lit.a of the Europol Convention.

³⁰ See Article 40 (3) of the Europol Convention.

³¹ Article 9 of the Immunity-Protocol.

³² Only if new operational powers are given to Europol, the Member States will negotiate again the scope of immunity, see Article 17 of the Immunity Protocol.

³³ Article 12 (2) of the Immunity Protocol.

³⁴ Article 12 (2) of the Immunity Protocol, emphasis added.

³⁵ Article 12 (5) of the Immunity Protocol.

³⁶ Article 13 of the Immunity Protocol.

laid down – a waiver of immunity shall not be possible against the will of the organs normally competent to lift immunity.

3. Existing Accountability Instruments

Having looked into the provisions of the Immunity Protocol, it is clear that absolute privilege has not been conferred upon Europol and its staff : a narrow field of judicial accountability still remains. Europol and its staff, however, enjoy privileges and immunities that are not granted to police authorities in any of the Member States. In the following, the effectiveness of the existing mechanisms for holding Europol accountable *presently* existing is evaluated. Taking the multilayered institutional framework of Europol into account such means of control could be sought on different levels : first, on a “European level” and, second, on the national levels of the Member States.

A. Accountability on the EU Level (JHA)

The necessity for establishing a means of control for a central European Police Office the EU seem obvious, since control could be exercised a lot more efficiently from this higher level than from various national levels. Competences for surveillance on an EU level could (a) be vested in organs of the European Community in regard to the European Union as well as (b) in organs specifically set up for Europol.

Whether an aggrieved individual could also sue the Member States because of an (alleged) action perpetrated by Europol before the European Court of Human Rights in Strasbourg, even though the European Union is not a Party to the European Convention on Human Rights (ECHR), is another question ³⁷.

1. Accountability to (Regular) EU Organs

During the establishment of JHA, it was much debated which functions the existing organs of the European Communities – Council, Commission, European Court of Justice, and Parliament – should hold ³⁸. Although the Member States did

³⁷ Positive with regard to jurisdiction in Strasbourg, see FROWEIN, J.A., *Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht*, Die Öffentliche Verwaltung, 1998, p. 806 (spec. p. 810); PECHSTEIN, M., “Die Justitiabilität des Unionsrechts”, *Europarecht*, 1999, p. 1, (spec. p. 4); doubtful see ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAB, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union*, *op. cit.*, p. 262. For further information on the discussion about an accession (of the EC) to the ECHR, see PERSAUD, I., “The Reconstruction of Human Rights in the European Legal Order”, in GEARTY, C.A. (ed.), *European Civil Liberties and the European Convention of Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International, 1997, p. 347 (spec. p. 356 ff.).

³⁸ ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAB, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union*, *op. cit.*, p. 264 f.; FIJNAUT, C., “The “communization” of Police Cooperation in Western Europe”, in SCHERMERS, H.G. (ed.), *Free Movement of Persons in Europe*, Dordrecht, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 75 ff.

furnish some organs with additional competences (in the Amsterdam Treaty), the EC institutions only play a minor role in the third pillar³⁹.

a. The Commission

Article 36 (2) TEU stipulates: “The Commission shall be fully associated with the work in the areas referred to” in Title VI. The Commission, however, has in fact only little power in the third pillar, which is a remarkable arrangement compared with the Commission’s role in the “first pillar”.

The Commission possesses no means of control over Europol’s activities. According to Article 28 (4) of the Europol Convention, the Commission “shall be invited to attend meetings of the Management Board with non-voting status. However, the Management Board may decide to meet without the Commission representative”.

A European Parliament initiative to appoint a Community Data Protection Officer who belongs to the Commission was not accepted by the Council⁴⁰.

b. The Court of Auditors

Title VI of the Treaty does not explicitly provide for a function of the Court of Auditors in the third pillar. Only in case the Council unanimously decides that operational expenditure is to be charged to the budget of the European Communities would the Court of Auditors get involved in the course of a (Community) budgetary procedure⁴¹. Such a decision has not been made in regard to Europol’s expenses⁴².

The Court of Auditors is nevertheless involved in monitoring Europol’s budgetary affairs insofar as the Europol Convention stipulates that it appoints a joint audit committee with the function of auditing Europol’s budget⁴³.

c. The Council

The Council, being the representation of the Member States, is the central organ of the third pillar. The Council drafted the Europol Convention (and the amending Protocols), supported by the so-called K 4 Committee⁴⁴. In so doing, the Council transferred most of its power to organs set up by the Europol Convention, and kept only some enduring means of control, for example, in regard to the budget of Europol⁴⁵ or the appointment as well as the dismissal of the Director⁴⁶.

³⁹ LANGRISH, S., “The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights”, *European Law Review*, 1998, p. 3 (p. 10); more positive regarding the role of EC institutions in the “third pillar” in the future, FIJNAUT, C., “The Schengen Treaties and European Police Cooperation”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1993, p. 37 (spec. p. 54 ff.).

⁴⁰ WALKER, N., “The accountability of European Police institutions”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, 1993, p. 34 (spec. p. 36).

⁴¹ Article K 8 (2) TEU.

⁴² Europol’s budget is financed by Member States’ contributions “and by other incidental income” (Article 35 (2) of the Europol Convention).

⁴³ Article 36 (2) of the Europol Convention.

⁴⁴ See above footnote 5.

⁴⁵ Article 35 (5) of the Europol Convention.

⁴⁶ Article 29 (1 and 6) of the Europol Convention. The Convention gives no details on the criteria that should lead to the appointment or dismissal of a director.

d. *The European Court of Justice*

The TEU does not provide for a general jurisdiction for the European Court of Justice (hereinafter referred to as ECJ) in the field of JHA⁴⁷; albeit, the Member States may use the ECJ for the interpretation of provisions or rulings on disputes regarding their applications of conventions drawn on the base of Title VI⁴⁸.

The Europol Convention, however, did not initially contain authority to adjudicate. Some Member States – the United Kingdom in particular – objected to giving the Court such jurisdiction⁴⁹. Nevertheless in July 1996, the Council adopted a Protocol on the interpretation, by way of preliminary rulings, by the Court of Justice of the European Communities of the Convention on the establishment of a European Police Office⁵⁰. This Protocol is remarkable in two aspects. First, it establishes jurisdiction of the ECJ in the special case of preliminary rulings without extending the scope of judicial review already existing in regard to Europol's activities because a preliminary ruling may only be requested by Member States' courts on questions in cases already pending before them. Access to a (national) court is thus a condition for a preliminary ruling, and not the consequence of it. The Protocol's main function is hence not to broaden judicial review of Europol's doing, but to guarantee a uniform interpretation of the provisions of the Europol Convention through the ECJ's authentic interpretation. Secondly, the Protocol creates a so-called opt-out model; that is, the individual Member State may but must not sign it⁵¹.

e. *The European Parliament*

In the course of preparations of the Amsterdam Treaty, civil right scholars and members of both the European and national parliaments demanded an extension of the European Parliament's authority in regard to the cooperation within the third pillar.

⁴⁷ Article 35 (5) TEU explicitly states that the ECJ “shall have no jurisdiction to review the validity or proportionality of operations carried out by police or other law enforcement services of a Member State or the exercise of the responsibilities incumbent upon a Member State with regard to the maintenance of law and order and the safeguard of internal security”. For further information on the restrictions of jurisdiction, see MONAR, J., “Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam”, *op. cit.*, 1998, p. 331.

⁴⁸ Article 35 TEU. Besides the preliminary rulings the Court of Justice has jurisdiction to review the legality of framework decisions and decisions in actions brought by a Member State or the Commission on the grounds of lack of competence, infringement of an essential procedure requirement, infringement of the TEU or of any rule of law relating to its application, or misuse of powers; to rule on any dispute between (a) Member States regarding the interpretation or the application of acts adopted under Article 34 (2) whenever such dispute cannot be settled by the Council within six months of its being referred to the Council by one of its members and (b) Member States and the Commission regarding the interpretation or the application of conventions established under Article 34 (2) (d) TEU (new Article 35 (6 and 7) TEU).

⁴⁹ FLYNN, V., *op. cit.*, p. 79 (spec. p. 93 ff.).

⁵⁰ *OJEC*, n° C 299, 9 October 1997, p. 1.

⁵¹ See Article 2 of the Protocol.

Only a substantive strengthening of the Parliament, they claimed, could compensate for the lack of democratic elements in the JHA⁵². The European Parliament's power in regard to the third pillar, however, is still limited. Apart from being kept informed of discussions and consulted on the principal activities performed as the procedure laid down in Title VI obliges, the Parliament has the right to ask questions of or make recommendations to the Council and hold an annual debate on matters covered by Title IV⁵³.

This procedure is followed in those cases in which the Europol Convention requires a procedure according to Title VI of the TEU. The Europol Convention accordingly stipulates that the Parliament will receive a special report on the work of Europol each year and that it shall be consulted should the Convention be amended in any way⁵⁴. The Council shall consult the European Parliament before adopting any measures in the third pillar. The European Parliament shall deliver its opinion within a time-limit, which the Council may lay down, but which may not be less than three months. In the absence of an opinion within that time-limit, the Council may act⁵⁵.

In spite of this rather weak position, the members of the European Parliament succeeded in shaping the discussion on Europol⁵⁶ and launching several initiatives to install a supervisory framework for police cooperation on various occasions⁵⁷.

2. *Accountability to Special Organs (Established by the Europol Convention)*

Apart from their accountability to EU organs, Europol and its staff are controlled by bodies especially set up for the Police Office.

a. *The Director (Article 29 of the Europol Convention)*

The Director of Europol⁵⁸ exercises internal supervision of his or her subordinates' conduct with respect to the law and to organizational procedures and discipline standards⁵⁹. He or she is furthermore the authority from whom individuals may request the correction or deletion of data⁶⁰.

The Director is generally accountable towards the Management Board⁶¹ and may be dismissed by the Council (in cooperation with the Management Board)⁶².

⁵² DUFF, A., *The Treaty of Amsterdam*, London 1997, p. 44.

⁵³ Article 39 (3) TEU.

⁵⁴ Article 35 (1) of the Europol Convention.

⁵⁵ Article 39 (1) TEU.

⁵⁶ See e.g. EP-Doc. n° A 4-61/96; ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAB, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union*, *op. cit.*, p. 254 ff.

⁵⁷ FLYNN, V., *op. cit.*, p. 79 (spec. p. 96 ff.); WALKER, N., "The accountability of European Police institutions", *op. cit.*, p. 34 (spec. p. 47).

⁵⁸ Article 29 (1) of the Europol Convention.

⁵⁹ Article 30 (2) of the Europol Convention.

⁶⁰ See Article 20 and Article 22 of the Europol Convention. Access to data has to be claimed via national authorities, see Article 19 (4) of the Europol Convention.

⁶¹ Article 29 (4) of the Europol Convention.

⁶² Article 29 (6) of the Europol Convention.

b. *The Financial Controller (Article 35 (7) of the Europol Convention)*

Europol has its own financial controller, who monitors the commitment and disbursement of expenditure as well as the establishment and collection of income. He or she is appointed by and accountable to the Management Board⁶³. The financial regulation, which will establish the scope of the Controller's work, must still be laid down by the Council (according to the procedure laid down in Title VI of the TEU⁶⁴. Article 35 (7) Europol Convention stipulates that this regulation "may make provision for ex-post monitoring by the financial controller in the case of certain items of income or expenditure".

c. *The Management Board (Article 28 of the Europol Convention)*

The Management Board is composed of one representative for every Member State, each having one vote⁶⁵. Its main function is to implement their home states' interests into Europol's work⁶⁶. It is vested with broad power in regard of the general shaping of Europol's work, but possesses only very restricted means of immediate control over Europol's day-to-day business, such as for the monitoring of the Director's and Financial Controller's work. The Management Board may furthermore deliver opinions on the comments and reports of the Joint Supervisory Body, and examine problems which the Joint Supervisory Body brings to its attention⁶⁷. The control exercised by the Management Board could be best classified as a form of internal control than like external control⁶⁸.

The Management Board itself has to compile a yearly report on its activities, which is submitted to the Council (in accordance with the procedure laid down in Title VI of the TEU).

d. *The National Supervisory Body (Article 23 of the Europol Convention)*

According to Article 23 (1) of the Europol convention, "[e]ach Member State shall designate a national supervisory body, the task of which shall be to monitor independently, in accordance with its respective national law" the legality of data communication from this Member State to Europol. For this purpose, the National Supervisory Bodies have access to the data entered by its State into the information system and index system – either via the respective National Unit or the liaison officers⁶⁹.

⁶³ Article 35 (7) of the Europol Convention.

⁶⁴ Article 35 (9) of the Europol Convention.

⁶⁵ Article 28 (2) of the Europol Convention.

⁶⁶ Therefore they are vested with broad competences, see Article 28 (1) of the Europol Convention.

⁶⁷ Article 28 (1) n^{os} 8 and 9 of the Europol Convention.

⁶⁸ ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAH, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union, op. cit.*, p. 254.

⁶⁹ Article 23 (1) of the Europol Convention.

The National Supervisory Body is one of two authorities ⁷⁰ from which individuals may request a check on data concerning themselves. According to Article 23 (2) of the Europol Convention “[e]ach individual shall have the right to request the national supervisory body to ensure that the entry or communication of data concerning him to Europol in any form and the consultation of the data by the Member state are lawful. This right shall be exercised in accordance with the national law of the Member State to the national body of which the request is made”. The consequences that may result from such an investigation are also subject to national law.

e. The Joint Supervisory Body (Article 24 of the Europol Convention)

Representatives of each of the National Supervisory Bodies – appointed for a period of five years – form an independent Joint Supervisory Body. This committee is explicitly separated from the hierarchical structures of its home state bureaucracy: “In the performance of their duties, the members of the joint supervisory body shall not receive instructions from any other body” ⁷¹.

The Joint Supervisory Body examines the legality of data processing by Europol agents. For this purpose, the committee may ask information of Europol and access all documents and paper files, as well as the data stored in the system ⁷². The Joint Supervisory Body is furthermore responsible for the examination of questions relating to the implementation and interpretation in connection with Europol’s activities in regard to data processing and utilization ⁷³.

In case the Joint Supervisory Body finds any violations of the provisions on data storage, processing, or utilization, it may complain to the Director and set a time limit for an answer. The Director informs the Management Board of the complaint: “In the event of any difficulty, the joint supervisory body shall refer the matter to the Management Board” ⁷⁴.

The Joint Supervisory Body is the other authority an individual may approach with the request for an investigation on the legality of Europol’s data handling. This might happen at two different stages in the process in which a citizen seeks examination of the transmission, storage, or processing of his or her personal data.

First, it could meet an individual’s request for access to personal data concerning him. According to Article 19 of the Europol Convention every person has the right to request this information vis-à-vis a designated national authority in any Member State. This national authority will refer the request to Europol. The following procedure is governed by the law of the Member State in which the right is claimed

⁷⁰ Except for Europol itself, see Article 20 (4) and Article 22 (3) of the Europol Convention.

⁷¹ Article 24 (1) of the Europol Convention.

⁷² Article 24 (2) of the Europol Convention.

⁷³ Article 24 (3) of the Europol Convention.

⁷⁴ Article 24 (5) of the Europol Convention.

– however, with special restrictions⁷⁵. In case the enquirer is not content with the answer to the request or in case he or she receives no answer within a certain time limit, the enquirer may turn to the Joint Supervisory Body; Europol must inform the enquirer of this right. The procedure for the appeal to the Joint Supervisory Body is complex, and varies depending on who has responsibility for the data to which the individual wishes access⁷⁶. The Joint Supervisory Body may decide on notification, even if one of the Member States or Europol objects to this, but only with a majority of two-thirds of its members. If there is no such majority “the joint supervisory body shall notify the enquirer that it has carried out the checks, without giving any information which might reveal to him whether or not he is known”⁷⁷.

Secondly, an investigation on the legality of Europol’s data handling may result from an individual’s request for the correction and deletion of factually false or illegally stored data concerning this individual. Every person has the right to turn to Europol with such a request⁷⁸. Again, if the enquirer is not satisfied with Europol’s reply or if there is no reply within a certain time limit, the enquirer may refer the matter to the Joint Supervisory Body, which has the power to oblige Europol to follow the request⁷⁹.

B. Accountability on the Level of the Member States

Having explored the means of surveillance on the European level, we may now turn to possibilities of monitoring Europol’s actions through national bodies.

1. Administrative Surveillance

The Member States’ ministries, responsible for examining their own police services, may not supervise and interfere with Europol’s conduct. Europol and its agents are not part of these civil service hierarchies; only the seconded national liaison officers are (according to the respective national law) subject to orders coming from their home quarters.

2. National Supervisory Authorities for Data Protection

National supervisory authorities for data protection may exercise control within the framework provided by the national law of their respective state on the transmission of personal data from Member States’ authorities to Europol. They may

⁷⁵ Even when the law of the Member State to be applied would allow the communication of certain data, such communication may be refused if such refusal is necessary to (1) enable Europol to fulfill its duties properly; (2) protect security and public order in the Member States or to prevent crime; (3) protect the rights and freedoms of third parties. For further details see Article 19 (4) of the Europol Convention.

⁷⁶ Data responsibility is divided in that way that for data contained in the information system, responsibility lies in principal with the State which has entered it; for data stored in the analyses system Europol is responsible.

⁷⁷ Article 19 (7) of the Europol Convention.

⁷⁸ Article 20 (4) and (1) of the Europol Convention.

⁷⁹ Article 24 (2) n° 3 of the Europol Convention.

furthermore act in the function provided for in Article 29 of the Europol Convention. Nevertheless, after data has entered Europol's analysis system, national supervisory authorities have no more control whatsoever.

3. *The National Courts*

Judicial review of Europol's doing by national courts of the Member States is conceivable in two ways.

It is the primary duty of the Member States' national courts to decide on cases behavior brought before them by the competent national prosecution authorities. A judgement on the activities of Europol or its agents, however, is barred (to national courts) by the Immunity Protocol, except for the few exemptions provided for in the Protocol (see above).

Another possibility for (indirect) national judicial supervision could be the national rules of evidence: the deciding court must resolve the question of the admissibility of evidence in the course of prosecution of an alleged criminal is brought before it. National courts which are, for example, confronted with illegally gathered Europol data may refuse to allow these pieces of evidence and thereby exercise a special sort of judicial review ⁸⁰.

4. *The National Parliaments*

National parliaments have means of control over third-pillar actions only (a) with regard to the accountability of ministers to their respective parliaments and (b) during their participation in the ratification process of conventions based on Article 34 (2) TEU according to national law.

Parliaments in most Member States have furthermore set up committees charged with monitoring new and proposed legislation brought forward under the EU Treaty. This arrangement may provide for information and a certain degree of transparency, but does not expand the scope of control on decisions taken in the Council or other "European organs," which are exclusively linked to the Member States' governments ⁸¹.

V. CONCLUSION

The result of this examination of the instruments of control over Europol on both the European and the national level is that the current accountability standards are deficient in comparison with the domestic standards of the Member States. Notwithstanding the many differences in the legal systems, the following elements appear to be indispensable to external accountability in the Member States: (a) the

⁸⁰ This possibility, however, faces various factual problems: the Immunity Protocol blocks the search, seizure, etc. of Europol files; national agencies may use (allegedly illegal) Europol data for investigation in order to gather "hard" evidence, etc.

⁸¹ For further information on exceptions in the Netherlands and Denmark, see SPENCER, M., *States of Injustice. A Guide to Human Rights and Civil Liberties in the European Union*, *op. cit.*, p. 24.

involvement of a judicial or external authority in ongoing police investigations, (b) the judicial supervision of certain investigative measures, and (c) the judicial accountability of executing authorities in terms of criminal law⁸². Such accountability has not been provided for Europol, on neither the European nor the national level.

Little possibility for control exists on the national level. National administrative control is restricted to national spheres, supervising the legality of data transmission effected by national agencies and the conduct of seconded liaison officers. National parliaments are able to exercise only indirect domestic control on the monitoring of the national government in third-pillar activities such as Europol during the ratification process of a Convention. National courts may exercise judicial control over Europol only in the narrow area exempted from immunity. Whether national courts could develop an effective disciplinary strategy on Europol's agents conduct by refusing to allow certain evidence must still be examined in more detailed research (a primarily domestic-system of accountability does not seem to be a very appropriate response anyway)⁸³.

EC institutions only play a minor role in monitoring Europol as well. The Commission has no influence on Europol's doing. The European Parliament power is mainly restricted to a counseling position. The ECJ is refused general jurisdiction in regard to the third pillar. What is particularly unfortunate is the denial of access for (allegedly aggrieved) individuals.

The most far-reaching means of control lies with the organs especially set up for Europol, in particular the Joint Supervisory Body. This institution is the only one body vested with investigative powers and means to force Europol to revise a decision. Nevertheless, one cannot call this supervising body a "court-like institution", as some senior officials have done. It neither possesses the necessary degree of independence nor the necessary judicial expertise. The Joint Supervisory Body is mainly composed of seconded civil servants from the Member States' administrations, who do not need any formal legal education. As an institution, it not only decides on complaints of (allegedly aggrieved) individuals, but also participates in the daily work of Europol, particularly in the setup of analysis data projects.

Who will guard the guardians? The question is still open.

⁸² See above footnote 22.

⁸³ See e.g. ANDERSON, M., DEN BOER, M., CULLEN, P., GILMORE, W.C., RAAB, C.D., WALKER, N., *Policing the European Union, op. cit.*, p. 254.

The European Prosecutor: Extension of Eurojust or “Prolongation” of the *Corpus Juris* proposals?

Simone WHITE

This paper looks at the relationships between a European Public Prosecutor (EPP henceforth) and Eurojust and between the EPP and the *Corpus Juris*. These themes are addressed respectively in part 1 and part 2. Part 3 deals with the need for diversity to be actively managed and offers a conclusion. The view expressed below does not reflect the views of OLAF and only constitute a personal reflection, which I am pleased to add to the general debate ¹.

1. Relationship of the EPP with Eurojust: an Extension?

The Green Paper on Criminal Law Protection of the Financial Interests of the Community and the Establishment of the European Prosecutor of December 2001 ² suggests that the proposal for a European Public Prosecutor is “on a limited scale” and does not in any way compete with the more general initiatives that are being made in the context of the third pillar. On the contrary, the Green Paper suggests extending these initiatives by other means to the Community context of the first pillar, adapting them to the specific features of the criminal law protection of the Community’s financial interests. Indeed a narrow remit is, at this stage at least, envisaged for the European Public Prosecutor. By contrast, Eurojust has a wide remit and its actions are supported by a number of “flanking measures”, as we shall see.

In the Green Paper, the Commission proposes that the Intergovernmental Conference supplement the provisions concerning the protection of the Community’s financial interests with a legal basis (Article 280 A) allowing for the appointment of a European Public Prosecutor responsible for the protection of the financial interests affecting the European Communities. Subsequently, secondary legislation could

¹ Colleagues who offered comments on the factual parts of this paper are gratefully acknowledged.

² COM (2001) 715 final.

be adopted to lay down regulations applicable to the office of the EPP, substantive law rules (offences and penalties) and rules governing criminal procedure and the admissibility of evidence, and rules applicable to the judicial review of procedural measures taken by the EPP³. Thus a EPP would be adopted first and detailed rules would be adopted later. This is the same set of proposals, which was previously put to the Nice IGC in 2000.

A. *The Context*

The present context is one where legislative proposals and initiatives, which have a potential to improve the protection of the financial interests of the European Communities, are mostly, but not exclusively of an inter-governmental nature. One such initiative is the creation of Eurojust⁴.

Eurojust has a remit, which not only includes but also extends well beyond the protection of the financial interests of the European Communities. As a third pillar body, its aim is to facilitate traditional judicial cooperation. The establishment of Eurojust follows a recommendation made at Tampere in 1999⁵, an opinion of the European Parliament and initiatives taken in 2000 and put to the Council by various Member States⁶. The treaty of Nice⁷ provides that closer cooperation between judicial and other competent authorities of the Member States, including cooperation through Eurojust must take place in accordance with the provisions in Article 31 and 32 of the Treaty⁸. At the time of writing (April 2002), the Treaty has yet to enter into force.

Article 31(1)(a) of the Treaty of Nice also provides that common action on judicial cooperation in criminal matters must include facilitating and accelerating cooperation between competent ministries or equivalent authorities of the Member States, including, where appropriate, cooperation through Eurojust, in relation to proceedings and the enforcement of certain decisions. Eurojust assumes a central role and in Article 31(2), where the Treaty provides that the Council encourages cooperation through Eurojust by (a) enabling Eurojust to facilitate proper coordination between the Member States' national prosecuting authorities; (b) promoting support by Eurojust for criminal investigations in cases of serious cross-border crime, particularly in the case of organised crime, taking account, in particular, of analyses carried out by Europol; (c) facilitating close cooperation between Eurojust and the

³ See Green Paper, p. 83.

⁴ Council Decision of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime, *OJEC*, n° L 63, 6 March 2002, p. 1, document 2002/187/JHA.

⁵ See point 46 of the Council's conclusions.

⁶ See Initiative of the Federal Republic of Germany with a view to the adoption of a Council Decision on setting up a Eurojust team, *OJEC*, n° C 206, 19 July 2000, p. 1; also Initiative of the Portuguese Republic, the Kingdom of Sweden and the Kingdom of Belgium with a view to adopting a Council Decision setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious organised crime, *OJEC*, n° C 243, 24 August 2000, p. 15.

⁷ See substantive amendments *OJEC*, n° C 80, 10 March 2001, p. 6.

⁸ Article 29(2), second indent of the Treaty of Nice.

European Judicial Network, particularly, in order to facilitate the execution of letters rogatory and the implementation of extradition requests.

Eurojust has competence ⁹ to deal with the types of crime and offences in respect of which Europol is at all times competent to act, as well as computer crime, fraud and corruption and any criminal offence affecting the European Community's financial interests, the laundering of the proceeds of crime and finally participation in a criminal organisation ¹⁰.

Eurojust has the power to request that a Member State undertake an investigation, although such a request is not binding ¹¹. It facilitates reciprocal information between Member States. It also assesses whether investigations and prosecutions should be coordinated and may ask the competent authorities of the Member States to coordinate those procedures ¹². It assists the Member States in coordinating investigations and prosecutions, contributes towards simplifying the execution of letters rogatory. It cooperates and consults with the European Judicial Network. Finally it assists Europol at its request, by providing it, in particular, with opinions based on analyses carried out by Europol ¹³.

The creation of Eurojust follows initiatives taken under the Maastricht Treaty, namely the creation of liaison magistrates, the Joint Action setting up the European Judicial Network of 1998 and the best practice guide in mutual assistance in criminal matters. It must be put in the context of a number of measures taken as a result of the Tampere recommendations. The conclusions of the Tampere European Council of October 1999 stressed that judicial criminal cooperation in criminal matters was to be based on the approximation of criminal law, coordination of judicial proceedings, mutual recognition of judicial decisions, described as the "cornerstone" of judicial cooperation, and protection of individual rights. A number of initiatives have been taken, with a potential to facilitate the work of Eurojust. Among them, the important proposal for a Council Framework Decision on the European Arrest warrant and the surrender procedures between the member States must not be forgotten ¹⁴. Fraud, including that affecting the financial interests of the European Communities within the meaning of 26 July 1995 on the protection of the financial interests of the European Communities is included in the list of the categories of offences for which a European arrest warrant would be obtainable.

⁹ See Article 4 of the Decision setting up Eurojust, *op. cit.*

¹⁰ Participation in a criminal organisation must be understood within the meaning of Council joint Action 98/733/JHA of 21 December 1998 on making it a criminal offence to participate in a criminal organisation in the Member States of the European Union, *OJEC*, n° L 351, 29 December 1998, p. 1.

¹¹ Article 7(a) (I) of the Decision setting up Eurojust, *op. cit.*

¹² Article 7 (a)(iii) of the Decision setting up Eurojust, *op. cit.*

¹³ Article 7 (a)(g) of the Decision setting up Eurojust, *op. cit.*

¹⁴ COM(2001) 522 final, document of 19 september 2001.

B. Added Value of the EPP in the Present Context

The Green Paper envisages that a European Public Prosecutor would be appointed by the Council, whilst the delegated European Public Prosecutors would be nominated by chief prosecutors in the Member States. They would also be in a subordinate relationship to the EPP.

This implies that a criminal justice policy in relation to the financial interests of the European Communities would be articulated at Community level, applied by the EPP and also by the delegated European Public Prosecutors, in view of their subordinate relationship to the EPP. This is an important way in which the EPP would add value to the present situation, by ensuring the Community-wide coherence of criminal justice policy in relation to the protection of the financial interests of the European Communities.

C. Possible Synergies between Eurojust and the EPP

One important aspect is the possible working relationships between the EPP and other EU level bodies with overlapping competencies.

There already exist a number of precedents for synergies between, *inter alia*, first and third pillar crime-fighting agencies with some overlapping competencies at European Union level, so a working relationship between Eurojust (third pillar) and the EPP (first pillar) would not be a total innovation: lessons are being learned.

1. EJM and Eurojust

Article 31(2)(c) of the Treaty of Nice provides for a synergy between Eurojust and the European Judicial Network. In the Decision establishing Eurojust, Article 7(e) requires that Eurojust cooperate with the European Judicial Network. Eurojust consults the EN and uses its database of documents and contributes to it. First of all, the Decision establishing Eurojust provides for a privileged relationship between Eurojust and the EN¹⁵. This involves access to information collected by the EN¹⁶. The secretariat of the EJM has merged with the Eurojust secretariat, whilst remaining a separate entity at the functional level. The rules applying to Eurojust staff also apply to the EJM. The national members of Eurojust may attend EJM meetings, and vice versa. One could be forgiven for thinking that a certain fusion has already taken place between the two bodies.

2. OLAF and Eurojust

Given that there is an overlap between the areas of competencies of OLAF (operating within the first pillar) and Eurojust, it is interesting to see what systems are in place to ensure a delineation of competencies and also cooperation between the two. The Decision establishing Eurojust looks to a “close cooperation with OLAF”¹⁷.

¹⁵ Article 26(2).

¹⁶ Under Articles 8 and 10 of Common Action 98/428/JAI.

¹⁷ Article 26(3).

A Memorandum of Understanding is in the process of being negotiated to allow for the routine transfer of information from Eurojust to OLAF in conformity with data protection rules.

3. *OLAF and Europol*

An agreement is being prepared between the Commission and Europol. The draft agreement lays down rules for mutual consultation and assistance. The Commission and Europol would consult each other regularly on policy issues and matters of common interest for the purpose of realising their objectives and coordinating their respective activities¹⁸. The information exchanged between the Commission and Europol would not include any personal data¹⁹. Specific cooperation arrangements concerning counterfeiting of the Euro are annexed to the Draft Administrative Agreement. In this annex, it is foreseen that the Commission would communicate to Europol information of an operational nature linked to the Euro²⁰. It is anticipated that a memorandum of understanding might be struck between OLAF and Europol in the near future. It will be interesting to see whether this memorandum will envisage any reciprocal transfer of data.

Clearly, the European Judicial Network, Eurojust and Europol have wide remits, which involve wide areas of intervention than just financial crime. There are clear synergies between these three agencies, which are intended to work closely together by the Treaty of Nice. The possibilities for cooperation between OLAF and the three agencies are more limited at present, although efforts are being made to strike non-binding arrangements. One clear difference between the EJM, Eurojust and Europol on the one hand and OLAF on the other hand is that, as third pillar agencies, the first ones have access to and process data on criminal records and sensitive data. OLAF is an administrative body and as such does not process such data. This renders cooperation problematic at present, until trans-pillar data protection rules can be agreed. Two mechanisms therefore already emerge as important “bridging tools”: there are the quasi-fusion of bodies with overlapping or similar competencies and the adoption of some trans-pillar rules. The cooperation between OLAF and third pillar agencies, for example, can be seen as a “dress rehearsal” for possible, future cooperation between the EPP (first pillar) and third pillar agencies such as Eurojust.

2. *Relationship of the EPP with the Corpus Juris*

The creation of a European Public Prosecutor is of course not unrelated to the *Corpus Juris*. Articles 18 to 24 of the *Corpus Juris*²¹ would establish rules in relation

¹⁸ Article 4(1) of the Draft Administrative agreement on cooperation between the European Commission and the European Police Office.

¹⁹ Article 5(1) of the Draft Administrative agreement on cooperation between the European Commission and the European Police Office.

²⁰ Article 1(3)(b) of the arrangement as foreseen in Article 9 of the cooperation agreement between the Commission and Europol regarding counterfeiting of the Euro, annexed to Draft Administrative agreement on cooperation between the European Commission and the European Police Office.

²¹ See DELMAS-MARTY, M. et VERVAELE, J. (ed.), *The Implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Intersentia, 2000, p. 191-214.

to the EPP. These rules only form part of the same *Corpus Juris* since other articles also provide for common offences²², common general rules of criminal law²³, common approaches to penalties²⁴ and common rules for evidence²⁵. The *Corpus Juris* also makes provision for rules in relation to the preparatory²⁶ and judgement phases of trials²⁷ and provides for a European arrest warrant²⁸ and the intervention of a judge of freedoms in relation to coercive measures²⁹. Common rules on the public nature of proceedings³⁰ and on the complementarity of national law³¹ are also provided.

Several remarks can be made about the Green Paper and its relationship with the *Corpus Juris*. Firstly, it puts the subject of the criminal law protection of the Community's financial interests very firmly in the public domain. Secondly, the Green Paper creates a momentum by starting from the basis that the need for an EPP has been approved and it discusses the modalities for its implementation. Thirdly, in doing so, the Green Paper focuses on the creation of a European Public Prosecutor, the part of the project deemed to need a Treaty change.

The Green Paper asks what the minimum needed would be in order for the EPP to function in relation to substantive criminal law³² and procedure³³. By putting forward the idea that unification of substantive and procedural law may not be the only option available, the Green Paper can be seen as unravelling the unifying logic of the *Corpus Juris*, in order to accommodate the prevailing discourse on mutual recognition and harmonisation. At first sight, the two discourses (unification and harmonisation) seem to belong to two different conceptions of the judicial space. However, it must not be excluded that some "bridging mechanisms" may be possible.

Fourthly, the Green Paper does more than the *Corpus Juris*, since it explores the issues surrounding the relations the EPP would need with other parties in order to function³⁴. The *Corpus Juris* study only partially tackled the issue of the relations of the EPP with others. Lastly, the Green Paper mentions the possibility of a narrower role for the EPP (in internal investigations only), one not hitherto contemplated in the

²² Articles 1 to 8 of the *Corpus Juris*.

²³ Articles 9 to 13 of the *Corpus Juris*.

²⁴ Articles 14 to 17 of the *Corpus Juris*.

²⁵ Articles 32 and 33 of the *Corpus Juris*..

²⁶ Article 25 of the *Corpus Juris*.

²⁷ Articles 26-28 of the *Corpus Juris*.

²⁸ Article 25c of the *Corpus Juris*.

²⁹ Article 25b of the *Corpus Juris*.

³⁰ Article 34 of the *Corpus Juris*.

³¹ Article 35 of the *Corpus Juris*..

³² Chapter 5 of the Green Paper, p. 33-41.

³³ Chapter 6 of the Green Paper, p. 42-63.

³⁴ Chapter 7 of the Green Paper, p. 64-69.

Corpus Juris study, although mooted in other circles³⁵. In this the Green Paper opens up a discussion and brings the 2000 *Corpus Juris* project into a new light.

3. Conclusion

One of the four themes being examined by the European Convention headed by Valéry Giscard d'Estaing is the possibility of creating a second chamber with national parliamentarians. Their task would be, *inter alia*, to check the effective application of the principle of subsidiarity. Should such a chamber be formed, this might well imply a curb on Community competence in certain areas, particularly in areas where the inter-governmental method has been preferred in the past, as a result of European Council Conclusions. Another theme is the drafting of a constitution, which involves a clearer delineation of competencies between the Community and the Member States.

At this time, it is not certain whether the Convention will take on board the possibility of amending the Treaty in order to accommodate a European Public Prosecutor. None of the deliberations hitherto show that any attention has been given to the Green Paper, although of course the Convention only started its work as recently as in March 2002, so it is too early to speculate on what the Convention might do in this respect.

It is clear that the management of diversity in a wider Europe will involve not only reinforcement of the inter-governmental method in some areas, which does not exclude communitarisation or even unification in others. If we can stop seeing the cohabitation of unification and inter-governmental method as a paradox and see it as a means to manage diverse approaches through clear priority setting, we could be on the right tracks. The management of diversity however goes hand in hand with a high level of coordination to ensure the (cost) effectiveness of agencies with overlapping competencies.

To answer the questions that were put to me, it seems that the present approach is based more on a “*salami slicing*” of the *Corpus Juris* project and on its adaptation to the present post-Tampere context, than on the prolongation of that particular project wholesale.

It is perhaps conceptually difficult to see the EPP as an extension of Eurojust, since it would be performing a narrower function, in a different way. Further developments must clearly be seen in terms of third pillar mechanisms but also in terms of the first pillar. Further bridging mechanisms are required and European integration is the language that needs to be not only preserved but also revitalised. Hopefully, this will be the view arrived at by the European Convention.

³⁵ See for example Opinion 3/2001 on the possible establishment of a European public prosecutor responsible for internal investigations, *OJEC*, n° C 365, 20 December 2001, p. 22. This is an opinion from the Supervisory Committee of OLAF. See also European Parliament resolution on the Commission's Annual report for 1999 “Protecting the Communities' financial interests – the fight against fraud” COM(2000) 718, *OJEC*, n° C 365, 20 December 2001, p. 27.

Le rôle des nouveaux acteurs dans la définition d'une politique criminelle européenne

Lorenzo SALAZAR

1. Introduction

L'objet de cette contribution est d'esquisser le rôle des acteurs actuels dans la définition d'une politique criminelle européenne pour essayer par la suite d'évaluer les rôles futurs des nouveaux acteurs qui entrent en scène.

On pourrait commencer par une référence à une intervention du commissaire Vitorino lors du Conseil JAI des 25 et 26 avril 2002: «... en matière de Justice et affaires intérieures, l'Union s'est finalement dotée d'objectifs, d'une politique et des instruments d'actions pour les atteindre et les mettre en œuvre»; c'est aujourd'hui une réalité devenue incontestable.

Quant aux résultats de cette action, le droit de l'Union européenne semble exercer une incidence de plus en plus profonde dans le droit national des Etats membres. A l'époque de la Coopération politique européenne (CPE) et des premières années de la mise en œuvre du traité de Maastricht, il s'agissait surtout de trouver un «plus petit dénominateur commun» entre Etats membres; les négociations visaient surtout à établir des textes contenant pour la plupart ce qui figurait déjà dans le droit national de chacun.

Désormais, le nouveau droit de l'Union oblige un nombre croissant d'Etats membres, sinon tous, à apporter des modifications profondes dans leur droit national. A titre d'exemple, un pays comme l'Italie a accepté de modifier dans une mesure non négligeable ses dispositions internes en matière (notamment) de corruption internationale, de confiscation des valeurs et de responsabilité des personnes morales, en se soumettant aux textes édictés par l'UE.

Aujourd'hui, le problème réside surtout dans la mise en œuvre de ces instruments, qui, sous différents angles de vue, paraît largement déficitaire; une seule convention a en effet été ratifiée par tous les Etats membres. Si une analyse approfondie pouvait être menée à ce sujet, la situation ne serait pas forcément plus brillante en ce qui concerne les actions communes et les décisions-cadres adoptées jusqu'ici.

Compte tenu de cette situation, on pourrait, dans le futur, craindre un effet «boule de neige» lié au fait que l'Union est en train de créer un nombre croissant d'instruments, dont la transposition dans le droit national des Etats membres laisse

pour l'instant à désirer mais qui un jour ou l'autre pourraient massivement retomber «sur la tête» des administrations nationales et des Parlements nationaux chargés de leur mise en oeuvre. L'espoir néanmoins demeure que, petit à petit et malgré les ressources limitées dont disposent les administrations et un certain manque d'attention de la part de certains Parlements, le problème de la mise en oeuvre puisse à terme être résolu.

A côté de cela, l'Union européenne acquiert une dimension extérieure de plus en plus visible grâce au recours aux articles 24 et 38 du TUE ; après le 11 septembre, tragiquement et inévitablement, ce rôle est destiné à croître.

Le constat est donc que la politique criminelle se déplace lentement et progressivement vers Bruxelles, comme cela s'est produit auparavant dans beaucoup d'autres secteurs. Dès lors, le fait que, lors des Conseil JAI qui se succèdent à un rythme de plus en plus fréquent, les ministres de la Justice ou de l'Intérieur puissent avoir des discussions animées voire tendues sur des points de substance au lieu de procéder seulement à d'élégants tours de table, peut lui aussi être considéré, d'un certain point de vue, comme un fait plutôt positif (bien que cela ne se passe pas sans un certain «malaise» de la part des administrations et des Parlements nationaux). Cela constitue également la meilleure preuve du fait que l'on est en train de faire de la vraie politique judiciaire à Bruxelles au même titre que dans les différentes capitales nationales.

Le moment est venu de passer rapidement en revue les acteurs actuels de cette politique criminelle. Leur figure évoque une pièce de Pirandello, très connue en Italie, intitulée *Six personnages en quête d'auteur* ; c'est donc de six «personnages» qu'il sera question dans un premier temps.

2. Les gouvernements nationaux

La première question qui se pose du point de vue des gouvernements nationaux est la suivante : «sont-ils vraiment conscients du processus en cours»? – c'est-à-dire du fait que la politique criminelle sort, lentement mais inexorablement, des étroites frontières nationales – ou est-ce seulement au moment des crises plus profondes que cette prise de conscience se fait chez les ministres et les membres de nos gouvernements?

L'impression demeure que n'existe pas encore une capacité effective de distinguer entre une véritable politique européenne en matière pénale et les finalités politiques contingentes de droit interne, qui assez souvent caractérisent, ou ont caractérisé, l'action des gouvernements en matière pénale. Celle-ci est très délicate, et est assez souvent utilisée par un gouvernement pour poursuivre des finalités politiques liées à sa situation interne à un moment déterminé. Il est en effet très fréquent d'assister à des véritables cycles dans les politiques criminelles d'un pays ; on passe, suivant les nécessités d'ordre politique interne, d'une vague d'activisme contre la corruption à, quelques mois ou quelques années plus tard et parfois en fonction de la «une» des journaux, la lutte contre l'immigration clandestine, à la pédophilie ou à d'autres formes de criminalité. Il n'existe pas encore de capacité effective de mettre en rapport ces politiques nationales avec ce qui doit en revanche constituer une véritable politique commune des Quinze en matière criminelle, politique qui ne semble pas,

elle non plus, rester complètement insensible à ce qui se passe dans les pages des quotidiens.

3. Le Conseil

Cette institution de l'Union, qui est sans doute la mieux placée pour mener une véritable politique criminelle, éprouve pourtant des difficultés à le faire pour des raisons essentiellement liées à ses propres mécanismes décisionnels. A cet égard, il convient notamment de se référer au principe de l'unanimité qui caractérise ses travaux en la matière et au droit de veto que ce principe confère à chaque Etat.

Il est certes exact que ce principe d'unanimité est de plus en plus mis en cause en raison de la pression politique que les autres Etats sont en mesure d'exercer sur un pays réticent pour le faire changer d'avis. Il est aussi exact que faire de la politique, qu'il s'agisse de politique criminelle ou non, demande deux phases: discuter et décider. C'est justement l'équilibre entre les deux termes qui semble remis en cause actuellement, notamment en raison des méthodes de travail internes au Conseil. On discute certainement beaucoup (trop), on prend de plus en plus fréquemment des décisions mais on n'est pas encore assez capable de bien orienter les travaux. Les longs tours de table auxquels on assiste lors des réunions du Conseil consistent souvent en une fastidieuse série d'interventions, parfois répétitives et très rarement « interactives », qui permettent d'aboutir à une décision finale au prix de compromis généralement fort redoutables et parfois confus, souvent à l'enseigne des « ambiguïtés constructives ».

Une véritable politique d'orientation de l'action de l'Union souffre du manque d'un débat, à la fois concret et d'envergure, sur de réelles impulsions aux travaux. Les ministres perdent trop de temps sur des points de détail ou s'enlisent dans des débats de simple affichage. Compte tenu de l'exemple donné par les réunions ministérielles du Conseil de l'Europe, on pourrait encore plus « souffrir » après l'élargissement, avec l'accroissement des places autour de la table, si l'on n'est pas capable de rendre plus fructueuses des réunions qui se tiennent désormais à un rythme quasi mensuel.

Les seuls documents adoptés jusqu'ici qui ont un réel contenu de politique criminelle et ont pu exercer une incidence pratique sur les travaux de l'Union européenne sont des actes du Conseil que l'on pourrait qualifier d'« atypiques » tels que le plan d'action contre la criminalité organisée de 1997, le plan d'action de Vienne, la stratégie pour le début du nouveau millénaire etc. S'il est parfois même difficile de déterminer la valeur juridique de ces actes, c'est eux (avec les conclusions du Conseil européen de Tampere) qui ont vraiment su orienter l'activité du Conseil et constituent en même temps les paramètres d'évaluation de son action.

4. Les Parlements nationaux

Les Parlements nationaux semblent de plus en plus avoir la sensation d'une progressive expropriation de la matière pénale, matière qui a jusqu'ici essentiellement relevé de la souveraineté nationale. Cela peut provoquer, dans leur chef, une réaction de défense de leurs prérogatives dans une matière qu'ils estiment complètement leur appartenir.

On peut à cet égard s'interroger sur l'éventuel rapport entre ladite sensation et l'usage qui est fait des fameuses *réserves parlementaires* auxquelles les Etats paraissent de plus en plus avoir recours avant de donner leur feu vert à l'approbation définitive d'un acte. Ainsi, alors qu'il n'a fallu que deux mois pour parvenir à un consensus politique sur des instruments importants tels que les décisions cadres sur le mandat d'arrêt européen ou sur la définition du terrorisme, il aura fallu bien plus de six mois pour voir levées les réserves parlementaires faites par certains Etats et les instruments précités définitivement adoptés et publiés au *Journal officiel*. Il s'agit sans doute d'un facteur d'inefficacité qui affecte les travaux du Conseil et met les autres Etats membres dans la position incommode de devoir attendre avant de pouvoir lancer leurs propres procédures législatives. Mais ne s'agit-il pas également d'un symptôme, parmi d'autres, du malaise plus général des Parlements nationaux vis-à-vis de ce qui se passe et se décide à Bruxelles dans des conditions de transparence qui semblent leur échapper ? C'est une question à laquelle il est difficile de répondre.

5. Le Parlement européen

La seule instance qui tire directement sa légitimité démocratique du vote des peuples européens est encore faible dans le secteur JAI. Le Parlement semble en effet être victime d'une consultation qui lui donne un rôle mineur dans la procédure (ce qu'il ressent mal) sans par ailleurs accroître sensiblement l'efficacité de l'action du Conseil. En effet, dans cette matière, ses avis arrivent fréquemment au moment où des compromis très délicats ont déjà été atteints au sein du Conseil et ne sont que marginalement pris en considération (assez souvent en n'apportant que de très légères modifications à la partie préambulaire des textes). Le fait de ne pas parvenir à exercer une incidence concrète sur les travaux du Conseil ne facilite pas non plus la responsabilisation du Parlement à qui il arrive parfois d'exprimer dans ses avis des positions extrêmes puisque de toute façon, il sait que le Conseil, de son côté, va agir comme il l'entend.

Il suffirait de mettre en rapport les avis du Parlement avec les décisions du Conseil pour mesurer le peu de modifications qui en résultent. En termes de responsabilité politique, il est clair que, pour aider le Parlement à assumer un rôle de plus en plus responsable, il faut aussi que ses avis puissent avoir une influence réelle. Il faut donc que les procédures fassent en sorte d'aider le Parlement européen à avoir une voix qui puisse être entendue au sein des instances appropriées.

En ce qui concerne la contribution du Parlement à la définition de la politique criminelle de l'Union, il convient de souligner le problème du déficit démocratique de celle-ci et, en particulier, un manque de participation des élus européens à l'adoption de documents comme des programmes ou des plans d'actions (voy. *supra*), qui sont élaborés par de hauts fonctionnaires certes compétents et brillants mais bien dépourvus de légitimité démocratique.

6. La Commission européenne

De son côté, la Commission – qui pour l'instant partage encore avec les Etats membres le droit d'initiative en matière de justice bien que se sachant destinée, à terme, à en devenir le principal titulaire – semble parfois hésiter entre le courage,

l'aventure et une certaine prudence institutionnelle. En fonction des différents dossiers, on a l'impression que tantôt elle se lance en avant et tantôt elle est en revanche extrêmement prudente vis-à-vis de certaines positions nationales qui mériteraient, peut-être, un soutien plus explicite de sa part.

Les débats auxquels on a pu assister au sein du Conseil concernant la base juridique de certains instruments en matière de protection des intérêts financiers, d'environnement ou encore de formation des magistrats risquent parfois d'apparaître artificiels. Ils ne contribuent certainement pas à améliorer l'efficacité globale des travaux ou l'image des activités de l'Union aux yeux des praticiens et de ceux qui ne sont pas initiés aux logiques internes qui gouvernent certains organes. Si nul ne met en question la nécessité de respecter les bases légales offertes par les traités, il ne faudrait toutefois pas que ce type de débats retienne à l'excès l'attention des instances compétentes, jusqu'à mettre en péril la possibilité même d'aboutir à un résultat.

7. La Cour de justice

La Cour de Luxembourg pourra-t-elle jouer, dans le cadre du titre VI du traité de l'Union, un rôle analogue à celui qu'elle a pu développer dans les traités communautaires ?

La Cour de justice, à travers sa jurisprudence, a certainement contribué à créer le droit communautaire. La construction communautaire, dans son ensemble, lui doit beaucoup. Par le biais de l'interprétation préjudicielle des instruments du troisième pilier et par son rôle dans le règlement de certains conflits, la Cour pourra certainement aider à la mise sur pied d'un véritable système pénal au sein de l'Union. La définition d'une politique pénale devrait cependant rester en dehors des tâches de la Cour de justice et des juges qui la composent.

8. Les nouveaux arrivants

Outre les six personnages qui viennent d'être évoqués, il y a de nouveaux acteurs, qui sont récemment arrivés ou qui sont près d'arriver sur la scène. Il s'agit notamment de l'unité de coopération judiciaire Eurojust et – peut être en guise de nouveau Godot, attendu en vain depuis longtemps – le ministère public européen.

C'est tout récemment, avec la décision 2002/187/JAI du 28 février 2002, qu'Eurojust est né, ce qui a entraîné la disparition de la pourtant bien jeune (une seule année de vie) mais déjà glorieuse unité provisoire «Pro-Eurojust».

Les pouvoirs d'Eurojust ne permettent pas, en tant que tels, de mener une politique criminelle au sens propre. L'unité et les magistrats qui la composent pourront bien sûr contribuer à une action plus efficace contre la criminalité et aussi influencer de façon non négligeable les politiques gouvernementales – notamment dans la mesure où Eurojust sera appelé à s'occuper de plus en plus, par le biais de nombreux instruments en cours d'adoption, de tous les cas de refus de coopération, d'entraide, etc. – mais l'état actuel des textes ne paraît pas permettre d'identifier Eurojust comme étant un acteur majeur dans la définition d'une politique européenne.

Un discours bien différent peut être tenu si on se réfère au ministère public européen (MPE), qui a notamment fait l'objet d'un livre vert de la Commission européenne présenté en décembre 2001.

Tel qu'il y est présenté, le ministère public européen pourrait en effet apparaître comme un sujet théoriquement doté des pouvoirs, de l'indépendance et du savoir-faire nécessaires pour mener une politique criminelle au sens propre du terme. Mais, en même temps, ses compétences se limitent à un secteur extrêmement précis, c'est-à-dire la protection des intérêts financiers des communautés (PIF).

On peut se demander si, aux yeux d'une opinion publique des Etats membres qui semble être, à tort ou à raison, plus particulièrement mobilisée et préoccupée par des problèmes d'une autre nature, tels que la petite et la grande criminalité, le seul sujet de la PIF justifie la mise en place d'un dispositif d'une telle envergure.

Sans diminuer l'importance de l'admirable travail d'analyse et de synthèse contenu dans l'étude *Corpus juris*, la question se pose de savoir si les Etats membres, qui n'ont jamais manifesté un enthousiasme particulier en ce qui concerne le MPE, se laisseraient plus facilement convaincre d'instituer un acteur capable de mener une politique criminelle européenne sur une matière confinée à la seule protection des intérêts financiers ou si, au contraire, une fois les colonnes d'Hercule des compétences communautaires en matière pénale franchies, ils ne préféreraient pas plutôt se doter d'un acteur à compétences élargies.

9. Conclusion

On se dirige, en passant par la Convention qui a été inaugurée au mois de février 2002, vers une nouvelle Conférence intergouvernementale (CIG) qui démarrera en 2003. Les questions qui ont été posées à la Convention par les chefs d'Etat et de gouvernement réunis au Conseil européen de Laeken semblent négliger la justice et avec elle toute question liée à l'institution d'une politique criminelle.

A la fin des travaux de la Convention, la CIG sera forcément obligée de se pencher sur la question de savoir s'il faudra ou non procéder à la création d'une base juridique appropriée (dans le cadre du droit communautaire ou d'un troisième pilier éventuellement restructuré) pour attribuer des compétences pénales à un sujet qui resterait encore à définir.

Il n'est pas donné de savoir si, une fois la CIG saisie, elle discutera de manière approfondie du sujet du MPE ou si elle l'écartera au bout de quelques minutes de discussions distraites – comme cela s'est produit lors de la précédente CIG qui a précédé le traité de Nice. On pourrait également imaginer de la part des Etats membres qu'ils puissent orienter leurs préférences vers une sorte de «*up-grading*» de l'Unité de coopération judiciaire Eurojust, qui a le mérite d'exister et d'être placée dans un cadre qui leur est plus familier.

Il est enfin légitime de penser que s'il doit y avoir un nouvel acteur protagoniste de la politique criminelle au sein de l'Union, il ne s'agira pas – si on peut se permettre l'expression – d'un «*champagne millésimé*», mais plutôt d'un «*cocktail*», produit d'un dosage attentif et équilibré des différents «*personnages*» actuellement en scène. Il ne s'agira probablement pas d'un seul sujet mais plutôt d'un sujet «*pluriel*»: un Conseil des ministres effectivement mis en mesure de décider efficacement et d'orienter une politique criminelle, un Parlement européen doté d'une possibilité effective d'incidence sur les travaux du Conseil (et donc d'autant plus responsabilisé et responsable) et enfin d'un organe à venir. Qu'il s'agisse d'un ministère public, d'un

Eurojust « *upgradé* » ou de tout autre sujet, peu importe, à la seule condition qu'il soit capable de créer le lien nécessaire entre le « politique » et l'« opérationnel » au sens propre.

C'est dans ce savant mélange que semble reposer, en quelque sorte, la possibilité de construire l'avenir d'une coopération pénale européenne, qui s'annonce certes pleine d'intérêt mais aussi riche de complications. La construction de l'espace de sécurité, de liberté et de justice peut par certains côtés rappeler la construction, il y a déjà plus d'une décennie, du marché intérieur, mené à bien à travers un programme précis de mesures législatives à adopter qui ressemblait de près au « *scoreboard* » qui a suivi les conclusions de Tampere. La différence principale aujourd'hui est qu'il n'y a pas un seul pilote dans l'avion (comme c'était le cas pour la Commission à l'époque du livre blanc) mais une multitude d'acteurs qui semblent vouloir (ou plutôt devoir) se partager la responsabilité de l'élaboration d'une politique criminelle au niveau de l'Union. Reste à vérifier si la cabine de pilotage, contrairement à la scène du théâtre de Pirandello, ne se révélera pas un peu trop étroite pour pouvoir accueillir tous nos personnages ensemble...

Proliferation or Concentration of the Actors in the JHA Area ?

Hans G. NILSSON ¹

1. Introduction

When beginning to reflect on the topic of this paper, I wondered whether the two keywords, proliferation and concentration, should be seen in a positive or a negative sense. Proliferation is usually a word, which often implies something negative. There is something that is too much, it is spreading and multiplying itself, often in negative way. But it may also mean that something becomes enriched and multiplied in a positive sense.

Concentration, on the other hand, is often used in a positive sense... you concentrate your efforts, you concentrate your minds. But, one may also concentrate powers and that becomes more negative. And when one speaks about concentration of powers one immediately comes to think about the control of those powers.

Five years ago the High Level Group on organised crime was set up by the Dublin European Council and the action plan ², adopted by the European Council at Amsterdam (June 1997), was the first big impetus and the start of the very rapid development of the Area of freedom, security and justice ³ as laid down by the Amsterdam Treaty adopted at the same time.

When I indicate “rapid” I know that some scholars or other observers of the Justice and Home Affairs development may advocate that on the contrary the development has been too slow. I cannot share this view – the development by any standard, including that applied to the development of the Inner Market, has been very rapid in an extremely sensitive area where all decisions are taken by unanimity in the Council and National Parliaments are strong.

¹ The opinions expressed are personal and do not necessarily reflect those of the Institution for which he works.

² *OJEC*, n° C 251, 15 August 1997, p. 1.

³ See Article 29 TEU.

If one compares to developments in other fora dealing with the same issues, for instance the Council of Europe, one may conclude that the development in Justice and Home Affairs under the method of institutional intergovernmentalism that characterises the third pillar of the EU has been extraordinary in terms of number of instruments ⁴ adopted and areas covered. And it is likely that we are only at the beginning of a process that during the next few years will become accelerated – at least before the enlargement (it is however feared that a Council without Qualified Majority Voting and with twenty-five Member States would in this sensitive area become more of a lame duck).

2. Proliferation or Concentration ?

What is then the development for “actors” ⁵ in the Justice and Home Affairs area ? Have we seen a proliferation or concentration of the actors in the past five years and has the development been positive or negative ?

When one looks back at the instruments that have been adopted concerning the actors in the area of Justice and Home Affairs over the past five years one can see that there has been an incredible development. Where there used to be nothing at all, the general impression now is that there is anarchy or chaos and even too many actors or players on the scene. Five years ago we had only the Court of Justice and UCLAF, the predecessor to OLAF ⁶. It was however more than five years ago that the European Drugs Observatorium ⁷ in Lisbon was set up.

Although the Europol ⁸ Convention had been adopted already in 1995 it was not until 1 October 1998 that it entered into force and Europol became operational only one year later when the other nine acts had been adopted that were required under the Europol Convention. The European Judicial Network ⁹, brainchild of the High Level Group action plan mentioned above and the Belgian delegation, was set up in 1998 although its main features were agreed already in 1997 but the Joint Action was held up due to the Gibraltar question since 1997. Following the model of the European Judicial Network in Criminal Matters, a Network in civil and commercial matters was set up in 2001 ¹⁰. The year 1977 also saw the light of the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia ¹¹. OLAF ¹² was set up in 1999 following the dismissal of the European Commission by the European Parliament.

⁴ It is another matter that one sometimes may criticise the content of the instruments.

⁵ By “actors” I mean in this paper bodies set up in the JHA area.

⁶ *OJEC*, n° L 136, 31 May 1999, p. 20.

⁷ *OJEC*, n° L 36, 12 February 1993, p. 1.

⁸ *OJEC*, n° C 316, 27 November 1995, p. 2.

⁹ *OJEC*, n° L 191, 7 July 1998, p. 4.

¹⁰ *OJEC*, n° L 174, 27 June 2001, p. 25.

¹¹ *OJEC*, n° L 151, 10 June 1997, p. 1.

¹² *OJEC*, n° L 136, 31 May 1999, p. 20.

In the year 2000 the Crime Prevention questions were beginning to come to the fore of Europe, and particularly during the Portuguese Presidency these issues were raised to the highest political level with an important Ministerial conference in Algarve. That initiative was then followed up during the French and Swedish Presidencies with the birth of the European Crime Prevention Network (ECPN)¹³ in 2001. The European Police College (CEPOL)¹⁴ was a result of the Tampere conclusions and was set up in a very modest form at the end of 2000 but it has not until recently begun its operations due to the administrative difficulties to set up third pillar bodies. Also following the Tampere Conclusions of 1999 Eurojust was agreed politically towards the end of 2001¹⁵ and the formal adoption of the Decision came on 28 February 2002 after the usual jurist/linguist scrutiny¹⁶.

There are also bodies which are either in the making or that have been set up outside the structures of the European Union: these bodies are the European Chiefs of Police Task Force¹⁷ (Eurocop as I call it) – a body set up following conclusion 44 of Tampere, the Eurojustice meeting of the prosecutors general that has met four times (Noordwijk, Rouen, Santander and Brussels)¹⁸ and the European Judicial Training Network (EJTN) where the Council has received an official initiative from France to set up that network¹⁹. The European Council at Laeken has also called for a speedy setting up of the EJTN but it appears that it is technically difficult – if it were to encompass both civil law and criminal law judges (as well as prosecutors), it would be necessary to adopt a legal basis in both the first and third pillars, unless Article 42 TEU is used. The special position of Denmark, that has opted out from judicial co-operation in civil matters under Title IV TEU, needs also to be taken into account.

One should also mention the so called “Club de Berne” or “The Bern Club”, consisting of the Heads of secret services, that are so secret that they have to meet outside the territory of the European Union (during the Belgian Presidency some steps were taken to bring them closer to the Council policy making structures).

New initiatives have also been taken or are mooted for the setting up of various institutions, bodies or Networks. An initiative on the setting up of the European Institute of Police Studies²⁰ has been taken by the Spanish delegation, the Commission has launched a green paper on the setting up of a European public prosecutor²¹, an idea that was already put forward to the European Council at Nice,

¹³ *OJEC*, n° L 153, 8 June 2001, p. 1.

¹⁴ *OJEC*, n° L 336, 30 December 2000, p 1.

¹⁵ *OJEC*, n° L 63, 6 March 2002, p. 1.

¹⁶ For the history of Eurojust and the reasons behind the setting up of the Unit, see my Article (in English) in *Europarättslig Tidskrift*, 2000, p. 601.

¹⁷ For an idea of what the Task Force could do, see doc 8120/00 CATS 30 ENFOPOL 28.

¹⁸ The conclusions of the 4th Eurojustice meeting are found in doc. 5265/02 EJN 2. The objective of Eurojustice seems not to have been defined with precision yet. One problem is certainly the varied structure of the Prosecutorial organisation in Europe.

¹⁹ Doc. 13348/00 JAI 137.

²⁰ Doc. 5133/02 ENFOPOL 4.

²¹ Doc. 5252/02 JAI 3 CRIMORG 4.

and several governments and the Commission are already putting the idea of the setting up of an European border police (“BORDERPOL”)²² on the agenda. The last idea seems rather natural when one considers that it is possible to travel without crossing any border from Italy to the Arctic Circle. Other (not officialised) ideas are the setting up of a criminal chamber of the European Court of Justice, that chamber would in particular exercise the necessary judicial control over the possible European public prosecutor, Eurojust and/or OLAF.

If one were to draw all the consequences of the current discussions, one would even think that the setting up of European prisons and a European probation service would be proposed soon, but that seems to be even more utopian.

3. Analysis

When analysing the current situation and taking account of a few exceptions such as Eurojust, Europol and OLAF, the ambition of the Member States seems to be, for the time being, that the setting up networks of contact points in the various Member States is enough. Currently a number of networks are being discussed, in addition to the already existing ones (probably some twenty-five have been launched by various working groups in the Council – it is probable that some of them are even working), for instance the European Network for the Protection of Public Figures²³, the European Network of Contact Points of National Authorities Responsible for Private Security²⁴ and the European Network of Contact Points to Exchange Information on Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity²⁵.

The objectives of some of the institutions and bodies are summarised as they are laid down in the instruments in the Annexes to this paper. One can note that the objectives are different, but there are nevertheless several of them working with tasks which can or could be the same or that are to some extent overlapping. For instance, the European Judicial Training network could sometimes be engaged in the same type of training activities as the European Judicial Network in Criminal Matters and the same holds true for the one in civil matters. Similarly, the police academy and the Institute of police studies as well as the European Crime Prevention Network would sometimes have activities which are similar or overlapping. As for Eurojust, the European Judicial Network and OLAF, including the possible European Public Prosecutor, it is clear that they sometimes would operate within the same area of criminality.

The question then is whether the setting up of all these institutions and bodies lead to a proliferation of activities and thus weakening of the area or whether one on the other hand can draw the conclusion that activities are concentrated and that efforts are been harmoniously coordinated?

²² Doc. COM (2002) 233 final.

²³ Current text in doc. 6460/02 ENFOPOL 28 REV 4.

²⁴ Doc 5135/02 ENFOPOL 5.

²⁵ Doc. 8252/02 CRIMORG 23 JAI 73, to be adopted soon.

Although it is clear that there is some overlapping and duplication of work, I personally believe that there is sometimes what could be termed a “healthy emulation” of efforts. Some competition may be good, and certainly in several areas, such as the organised crime area, it is clear that there is enough work for everyone. The reality is that not all duplication is bad and that real life is much more complex than the efforts of drafting instruments which are watertight and do not have some overlap. If we had a situation in Europe five years ago where we could see that not many judges were trained in international cooperation, should we complain today that the efforts of judicial training has duplicated and that judges have started to communicate with each other across the borders?

To take the example of Eurojust and the European Judicial Network, it is clear that these two entities are working in the same area of fighting serious and organised crime. However, their institutional set-up is different and their working methods also. I believe that they will be, as time goes by, sharing the work that they are doing and will be able to define in common the type of cases that they should take on respectively. Whereas Eurojust is more multilateral and co-ordinating, the European Judicial Network is more bilateral and co-operating. One works at European level and the other is firmly rooted in the national judicial systems. These differences in tasks and institutional set-up will, I believe, lead to a sharing of cases as the two bodies will be developed further. Similarly, for the European Judicial Training Network and the two European Judicial Networks, sometimes the training will be able to be carried out within the framework of the EJTN, on other occasions within the framework of the Networks. As for the role of OLAF is concerned, it will no doubt exercise a useful interface with these bodies with a particular specialisation within the area of protection of the financial interests of the Community.

4. Objectives of the Co-operation

When one examines the objectives of most of these institutions it is clear that most of them have been set up with an intergovernmental agenda as the basis for discussion – the instruments are more dealing with co-operation and co-ordination of activities and they have objectives such as “improving”, “optimising”, “facilitating” and “furthering co-operation” between various national competent authorities but they have no objective of deciding on a supranational level over national competent bodies. The conditions for working and the competence are also very circumscribed, which bear witness of a cautioned approach to the setting up of international bodies. However, the functions they are carrying out cover what mostly seems to be needed at European level: intelligence, analyses of information, activities in the area of maintenance of law and order, prevention, investigation, co-ordination of prosecutions, assistance to victims and other individuals, training, evaluation and monitoring.

5. Control

The concentration of these activities means also concentration of a certain power. In this area particular attention should be given to the question of control over Europol (the Commission has recently presented a Communication to the Council and the

European Parliament on this issue ²⁶) and Eurojust. The question of democratic control over Europol has been debated already inside the Council in the Article 36 Committee. The European Parliament as well is calling for greater oversight and democratic accountability of Europol.

Similar considerations could be made for Eurojust and in my opinion it is urgent to begin to examine this issue. Eurojust has in principle no real powers, only what sometimes is referred to as the “power to pick up the telephone”. Eurojust is facilitating and assisting in the co-ordination of cases, but they have possibilities already today under the instrument that created Eurojust to ask a Member State or national authority to carry out an investigation or a prosecution or to ask them to abstain from such an investigation or prosecution. One should not underestimate that power although the national authority can of course say no to such a request, sometimes with a duty to motivate. If Eurojust were to use its power to send a formal letter to e.g. the Prosecutor General, requesting for an investigation to be carried out it is clear that such a power, sometimes referred to as the “atomic bomb” option, can be of considerable importance and influence in a case. There might also be consequences for an individual depending on whether a case is being prosecuted or investigated in one country rather than in another country. Therefore the influence that Eurojust can have in a case cannot be underestimated. This is why one needs to examine rather urgently also whether additional safeguards should be created in relation to the exercise of such “powers”.

In my opinion, this issue may become rather difficult to solve for the Council. It involves the question of giving competence in the area to a European court or a criminal chamber of the European Court of Justice or to some other body that has control powers over a body with a quasi-judicial character. In any case it is clear that the issue will have to be addressed rather soon, perhaps in the context of further discussions also concerning the European public prosecutor. It is clear to me that when Eurojust has become fully operational with its total budget operating and co-ordinating capacity on cruising speed, it will exercise an influence in a number of cases and it has the potential of becoming truly important in national investigations.

6. Conclusions

One may therefore conclude that the development and proliferation in the number of actors over the recent years in the Justice and Home Affairs area has been extremely important but that it is also time to set some order into the chaos. The institutions will have to work between themselves and examine the grey areas and come to working terms with one another. For some of them, such as Europol and Eurojust, it is foreseen that agreements should be made between the bodies. For others they need to come up with practicable working relations. That will have to be carried out over the next few years. In the meantime, the road towards the creation of an Area of Freedom, Security and Justice will continue to be long and winding, although it is hoped that the Convention on Europe’s future will straighten some of the bends.

²⁶ Doc 7212/02 EUROPOL 16.

Annex 1. European Drugs Observatory (1993). Council Regulation of 8 February 1993 on the establishment of a European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction ²⁷

Article 1 – Objective

1. This Regulation establishes the European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EDMC), hereinafter referred to as “the Centre”.
2. The Centre's objective is to provide, in the areas referred to in Article 4, the Community and its Member States with objective, reliable and comparable information at European level concerning drugs and drug addiction and their consequences.
3. The statistical, documentary and technical information processed or produced is intended to help provide the Community and the Member States with an overall view of the drug and drug addiction situation when, in their respective areas of competence, they take measures or decide on action.
4. The Centre may not take any measure which in any way goes beyond the sphere of information and the processing thereof.
5. The Centre shall not collect any data making it possible to identify individuals or small groups of individuals. It shall refrain from any transmission of information relating to specific named cases.

Article 2 – Tasks

In order to achieve the objective set out in Article 1, the Centre shall perform the following tasks within its areas of activity :

A. Collection and analysis of existing data

It shall :

1. collect, register and analyse information, including data resulting from research, communicated by Member States as well as that emanating from Community, non-governmental national sources and competent international organizations ;
2. carry out surveys, preparatory studies and feasibility studies, together with any pilot projects necessary to accomplish its tasks ; organize meetings of experts and whenever necessary set up ad hoc working parties for the purpose ; it shall set up and make available open scientific documentation resources and assist in the promotion of information activities ;
3. provide an organizational and technical system capable of supplying information on similar or complementary programmes or action pursued by the Member States ;
4. establish and coordinate, in consultation and in cooperation with the competent authorities and organizations in the Member States, the network referred to in Article 5 ;
5. facilitate exchanges of information between decision-makers, researchers, specialists and those involved in combating drugs in governmental and non-governmental organizations ;

B. Improvement of data-comparison methods

6. ensure improved comparability, objectivity and reliability of data at European level by establishing indicators and common criteria of a non-binding nature, compliance with which may be recommended by the Centre, with a view to greater uniformity of the measurement methods used by the Member States and the Community ;

²⁷ OJEC, n° L 36, 12 February 1993 p. 1-8.

7. facilitate and structure exchange of information, in terms of both quality and quantity (databases);

C. Dissemination of data

8. make the information produced by it available to the Community, the Member States and competent organizations;

9. ensure wide dissemination of work done in each Member State and by the Community itself, and, where appropriate, by non-Community countries or international organizations;

10. ensure wide dissemination of reliable non-confidential data, on the basis of data which it gathers it shall publish a yearly report on the state of the drugs problem;

D. Cooperation with European and international bodies and organizations and with non-Community countries

11. contribute to improving coordination between national and Community action in its areas of activity;

12. without prejudice to Member States' obligations with regard to transmission of information under the provisions of the United Nations Conventions on drugs, promote the incorporation of data on drugs and drug addiction gathered in the Member States or emanating from the Community into international monitoring and drug-control programmes, particularly those established by the United Nations Organization and its specialized agencies;

13. cooperate actively with the bodies referred to in Article 12.

Article 4 - Priority areas of activity

The objectives and tasks of the Centre, as defined in Articles 1 and 2, shall be implemented following the order of priorities indicated in the Annex.

Annex

A. The work of the Centre shall be carried out with due regard to the respective powers of the Community and its Member States in the area of drugs, as those powers are defined by the Treaty.

The information gathered by the Centre shall relate to the following priority areas:

1. demand and reduction of the demand for drugs;
2. national and Community strategies and policies (with special emphasis on international, bilateral and Community policies, action plans, legislation, activities and agreements);
3. international cooperation and geopolitics of supply (with special emphasis on cooperation programmes and information on producer and transit countries);
4. control of trade in narcotic drugs, psychotropic substances and precursors, as provided for in the relevant present or future international conventions and Community acts²⁸;

²⁸ The relevant international conventions currently in force include, in particular, the United Nations Conventions, in so far as the Community is or could become party to them. The relevant Community acts currently in force include in particular Council Regulation (EEC) 3677/90 of 13 December 1990 laying down measures to be taken to discourage the diversion of certain substances to the illicit manufacture of narcotic drugs and psychotropic substances. This involves only information which the Member States are obliged to supply to the Commission on the basis of existing and future Community legislation.

5. Implications of the drugs phenomenon for producer, consumer and transit countries, within areas covered by the Treaty, including money laundering, as laid down by the relevant present or future Community acts ²⁹.

B. The Commission shall make available to the Centre, for dissemination, the information and statistical data which it possesses pursuant to its powers.

C. During the first three-year period special attention will be given to demand and demand reduction.

Annex 2. The Europol Convention (1995). Convention based on Article K 3 of the Treaty on European Union, on the establishment of an European Police Office – 26 July 1995 ³⁰

Article 2 – Objective

1. The objective of Europol shall be, within the framework of cooperation between the Member States pursuant to Article K 1 (9) of the Treaty on European Union, to improve, by means of the measures referred to in this Convention, the effectiveness and cooperation of the competent authorities in the Member States in preventing and combating terrorism, unlawful drug trafficking and other serious forms of international crime where there are factual indications that an organized criminal structure is involved and two or more Member States are affected by the forms of crime in question in such a way as to require a common approach by the Member States owing to the scale, significance and consequences of the offences concerned.

Annex 3. The Racism and Xenophobia Monitoring Centre (1997). Council Regulation (EC) n° 1035/97 of 2 June 1997 establishing a European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia ³¹

Article 2 – Objective and tasks

1. The prime objective of the Centre shall be to provide the Community and its Member States, more especially within the fields referred to in Article 3 (3), with objective, reliable and comparable data at European level on the phenomena of racism, xenophobia and anti-Semitism in order to help them when they take measures or formulate courses of action within their respective spheres of competence.

2. The Centre shall study the extent and development of the phenomena and manifestations of racism, xenophobia and anti-Semitism, analyse their causes, consequences and effects and examine examples of good practice in dealing with them. To these ends, in order to accomplish its tasks, the Centre shall :

(a) collect, record and analyse information and data, including data resulting from scientific research communicated to it by research centres, Member States, Community institutions, international organizations – particularly those referred to in Article 4 (1) – and non-governmental organizations ;

²⁹ Of the relevant Community acts currently in force the one concerning money laundering is the Council Directive of 10 June 1991 on prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering.

This involves only information which the Member States are obliged to supply to the Commission on the basis of existing and future Community legislation.

³⁰ *OJEC*, n° C 316, 27 November 1995, p. 2 - 32.

³¹ *OJEC*, n° L 151, 10 June 1997, p. 1-7.

- (b) build up cooperation between the suppliers of information and develop a policy for concerted use of their databases in order to foster, where appropriate at the request of the European Parliament, the Council or the Commission, the wide distribution of their information;
- (c) carry out scientific research and surveys, preparatory studies and feasibility studies, where appropriate, at the request of the European Parliament, the Council or the Commission. In doing so, the Centre shall take account of already existing studies and other activities (conferences, seminars, ongoing research, publications) especially of those centres and organizations with which it is linked in the European Racism and Xenophobia Information Network (Raxen), in order to avoid duplication and guarantee the best possible use of resources. It shall also organize meetings of experts and, whenever necessary, set up ad hoc working parties;
- (d) set up documentation resources open to the public, encourage the promotion of information activities and stimulate scientific research;
- (e) formulate conclusions and opinions for the Community and its Member States;
- (f) develop methods to improve the comparability, objectivity and reliability of data at Community level by establishing indicators and criteria that will improve the consistency of information;
- (g) publish an annual report on the situation regarding racism and xenophobia in the Community, also highlighting examples of good practice, and on the Centre's own activities;
- (h) set up and coordinate a European Racism and Xenophobia Information Network (Raxen) consisting of the Centre's own central unit, which shall cooperate with national university research centres, non-governmental organizations and specialist centres set up by organizations in the Member States or international organizations referred to in Article 7;
- (i) facilitate and encourage the organization of regular round-table discussions or meetings of other existing, standing advisory bodies within the Member States, with the participation of the social partners, research centres and representatives of competent public authorities and other persons or bodies involved in dealing with racism and xenophobia. The Centre shall take the findings of the national round-table discussions or of other existing, standing advisory bodies into account in its annual report on the situation regarding racism and xenophobia in the Community.

Annex 4. The European Judicial Network (1998). Joint Action of 29 June 1998 adopted by the Council on the basis of Article K 3 of the Treaty on European Union, on the creation of a European Judicial Network – 98/428/JHA ³²

Article 3 – Manner of operation of the network

The European Judicial Network shall operate in particular in the following three ways:

- (a) it shall facilitate the establishment of appropriate contacts between the contact points in the various Member States in order to carry out the functions laid down in Article 4;
- (b) it shall organise periodic meetings of the Member States' representatives in accordance with the procedures laid down in Articles 5, 6 and 7;
- (c) it shall constantly provide a certain amount of up-to-date background information, notably by means of an appropriate telecommunications network, under the procedures laid down in Articles 8, 9 and 10.

³² OJEC, n° L 191, 7 July 1998, p. 4-7.

Article 4 – Functions of contact points

1. The contact points shall be active intermediaries with the task of facilitating judicial cooperation between Member States, particularly in action to combat forms of serious crime. They shall be available to enable local judicial authorities and other competent authorities in their own country, contact points in the other countries and local judicial and other competent authorities in the other countries to establish the most appropriate direct contacts.
2. The contact points shall provide the legal and practical information necessary to the local judicial authorities in their own country, to the contact points in the other countries and to the local judicial authorities in the other countries to enable them to prepare an effective request for judicial cooperation or to improve judicial cooperation in general.
3. They shall improve coordination of judicial cooperation in cases where a series of requests from the local judicial authorities in a Member State necessitates coordinated action in another Member State.

Annex 5. OLAF (1999). Commission Decision of 28 April 1999 establishing the European Anti-fraud Office (OLAF) ³³*Article 2 – Tasks of the Office*

1. The Office shall exercise the Commission's powers to carry out external administrative investigations for the purpose of strengthening the fight against fraud, corruption and any other illegal activity adversely affecting the Community's financial interests, as well as any other act or activity by operators in breach of Community provisions.

The Office shall be responsible for carrying out internal administrative investigations intended:

- (a) to combat fraud, corruption and any other illegal activity adversely affecting the Community's financial interests,
- (b) to investigate serious facts linked to the performance of professional activities which may constitute a breach of obligations by officials and servants of the Communities likely to lead to disciplinary and, in appropriate cases, criminal proceedings or an analogous breach of obligations by Members of the institutions and bodies, heads of the bodies or members of staff of the institutions and bodies not subject to the Staff Regulations of Officials of the European Communities and the Conditions of Employment of Other Servants of the Communities.

The Office shall exercise the Commission's powers as they are defined in the provisions established in the framework of the Treaties, and subject to the limits and conditions laid down therein. The Office may be entrusted with investigations in other areas by the Commission or by the other institutions or bodies.

2. The Office shall be responsible for providing the Commission's support in cooperating with the Member States in the area of the fight against fraud.
3. The Office shall be responsible for the activity of developing a concept for the fight against fraud as referred to in paragraph 1.
4. The Office shall be responsible for the preparation of legislative and regulatory initiatives of the Commission with the objective of fraud prevention as referred to in paragraph 1.

³³ *OJEC*, n° L 136, 31 May 1999, p. 20-22.

5. The Office shall be responsible for any other operational activity of the Commission in relation to the fight against fraud as referred to in paragraph 1, and in particular:

- (a) developing the necessary infrastructure;
- (b) ensuring the collection and analysis of information;
- (c) giving technical support, in particular in the area of training, to the other institutions or bodies as well as to the competent national authorities.

6. The Office shall be in direct contact with the police and judicial authorities.

7. The Office shall represent the Commission, at service level, in the forums concerned, in the fields covered by this Article.

Annex 6. European Chiefs of Police Task Force (EUROPOP) (1999).

Presidency Conclusions, Tampere European Council, 15 and 16 October 1999

44. The European Council calls for the establishment of a European Police Chiefs operational Task Force to exchange, in co-operation with Europol, experience, best practices and information on current trends in cross-border crime and contribute to the planning of operative actions.

Document of the Belgian delegation, 8120/00 CATS 30 ENFOPOL 28

II : Objectives – tasks

The duties of the Task Force should be as follows:

- to play an active role in decision-making procedures in all areas of police activity by submitting to EU working parties opinions taking account of actual possibilities and capabilities. Greater involvement on the part of police forces in the decision-making process will automatically make them more aware of EU structures and decisions and provide them with greater motivation to implement decisions. In addition, the follow-up given to such decisions within the police forces will be strengthened;
- following on from this objective, a joint strategy should be considered for translating EU decisions into operational guidelines for implementation by the police on the ground while nevertheless taking account of the capabilities of the police forces. This will enable European police forces to be brought increasingly closer to each other, which will not only facilitate working together but also contribute to the creation of a real “European police culture”;
- to exchange best practices not only at the operational level, but also in the organisation and management of a large police force and in the area of training. The police chiefs forum should be responsible for directing the discussion on the establishment of a European police academy based on the actual needs of police forces;
- harmonised implementation of police policy measures taken at European level vis-à-vis third parties (e.g. establishment of the network of liaison officers);
- to draw up a joint strategy for strengthening police cooperation, particularly in border areas;
- to establish close cooperation between the special units of EU police forces (e.g. in connection with hostage-taking and disaster situations);
- on the basis of an analysis of events – outside Europol's jurisdiction – to determine in which areas the countries concerned, acting through the Police Cooperation Working Party, will launch an operational pilot project;
- this forum should also focus attention on the best way of assisting the EU applicant countries in their integration processes;

- without interfering with structured dialogues already established in the EU, the police chiefs forum could be a suitable consultative framework for the foreign policy to be pursued in the area of international police cooperation.

Annex 7. The European Police College (CEPOL) (2000). Council Decision of 22 December 2000 establishing a European Police College (CEPOL) (2000/820/JHA) ³⁴

Article 6 – Objectives and tasks

1. The aim of CEPOL shall be to help train the senior police officers of the Member States by optimising cooperation between CEPOL's various component institutes. It shall support and develop a European approach to the main problems facing Member States in the fight against crime, crime prevention, and the maintenance of law and order and public security, in particular the cross-border dimensions of those problems.

2. CEPOL's objectives shall be as follows:

- (a) to increase knowledge of the national police systems and structures of other Member States, of Europol and of cross-border police cooperation within the European Union;
- (b) to strengthen knowledge of international instruments, in particular those which already exist at European Union level in the field of cooperation on combating crime;
- (c) to provide appropriate training with regard to respect for democratic safeguards with particular reference to the rights of defence;
- (d) to encourage cooperation between CEPOL and other police training institutes.

3. CEPOL shall also offer its infrastructure to senior police officers of applicant countries with which the European Union is conducting accession negotiations as well as those of Iceland and Norway.

Annex 8. The European Crime Prevention Network (ECPN) (2001). Council Decision of 28 May 2001 setting up a European Crime Prevention Network – 2001/427/JHA ³⁵

Article 3

1. The Network shall contribute to developing the various aspects of crime prevention at Union level and shall support crime prevention activities at local and national level. Although covering all types of criminality, the Network shall pay particular attention to the fields of juvenile, urban and drug-related crime.

2. In particular, the Network shall:

- (a) facilitate cooperation, contacts and exchanges of information and experience between Member States and between national organisations, as well as between Member States and the Commission, other constituent entities of the Council and other groups of experts and networks specialising in crime prevention matters;
- (b) collect and analyse information on existing crime prevention activities, the evaluation thereof and the analysis of best practices, and collect and analyse existing data on criminality and on its development in the Member States, in order to contribute to consideration of future national and European decisions. The Network shall also assist the Council and the Member States with questionnaires on crime and crime prevention;
- (c) contribute to identifying and developing the main areas for research, training and evaluation in the crime prevention field;

³⁴ *OJEC*, n° L 336, 30 December 2000, p. 1-3.

³⁵ *OJEC*, n° L 153, 8 June 2001, p. 1-3.

- (d) organise conferences, seminars, meetings and other activities designed to promote consideration of these specific matters, and to disseminate the results thereof;
- (e) organise activities that stimulate and improve the exchange of experiences and best practices;
- (f) develop cooperation with applicant countries, third countries and international organisations and bodies;
- (g) provide its expertise to the Council and to the Commission, where necessary and upon request, with a view to assisting them in all matters concerning crime prevention;
- (h) report to the Council on its activities each year, through the competent working bodies, and indicate the areas for priority action in its work programme for the following year. The Council shall take note of and endorse the report and forward it to the European Parliament.

Annex 9. EUROJUST (2002). Council Decision of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime – 2002/187/JHA ³⁶

Article 3 - Objectives

1. In the context of investigations and prosecutions, concerning two or more Member States, of criminal behaviour referred to in Article 4 in relation to serious crime, particularly when it is organised, the objectives of Eurojust shall be :

- (a) to stimulate and improve the coordination, between the competent authorities of the Member States, of investigations and prosecutions in the Member States, taking into account any request emanating from a competent authority of a Member State and any information provided by any body competent by virtue of provisions adopted within the framework of the Treaties;
- (b) to improve cooperation between the competent authorities of the Member States, in particular by facilitating the execution of international mutual legal assistance and the implementation of extradition requests;
- (c) to support otherwise the competent authorities of the Member States in order to render their investigations and prosecutions more effective.

2. In accordance with the rules laid down by this Decision and at the request of a Member State's competent authority, Eurojust may also assist investigations and prosecutions concerning only that Member State and a non-Member State where an agreement establishing cooperation pursuant to Article 27(3) has been concluded with the said State or where in a specific case there is an essential interest in providing such assistance.

3. In accordance with the rules laid down by this Decision and at the request either of a Member State's competent authority or of the Commission, Eurojust may also assist investigations and prosecutions concerning only that Member State and the Community.

Annex 10. The European Judicial Training Network (EJTN) (initiative). Initiative of the French Republic with a view to the adoption of a Council Decision setting up a European Judicial Training Network ³⁷

Article 3 – Mandate and objectives

1. In the areas referred to in Article 31 of the Treaty, the mandate of the Network shall be to foster consistency and efficiency in the training activities carried out by the members of the judiciary of the Member States.

³⁶ OJEC, n° L 63, 6 March 2002, p. 1-13.

³⁷ OJEC, n° C 18 19 January 2001, p. 9-12.

2. To fulfil the mandate referred to in paragraph 1, the Network shall pursue the following objectives in particular:

- (a) further mutual knowledge of the legal and judicial systems of the Member States;
- (b) develop knowledge and improve the use of European and international instruments in force within the European Union;
- (c) analyse and identify training needs;
- (d) exchange experience on judicial training;
- (e) encourage the coordination of judicial training programmes within the European Union;
- (f) provide the European institutions, the judicial authorities of the Member States, members of the European Judicial Network created by Joint Action 98/428/JHA³⁸ and any other entity responsible for judicial cooperation in criminal matters within the European Union with consistent and regularly updated training tools;
- (g) develop training measures for members of the judiciary who are called upon to participate in activities in third countries to restore the rule of law;
- (h) help structure the judicial training arrangements of the States applying for membership of the European Union, open up access to training programmes to members of the judiciary from those States and, where appropriate, to their counterparts from third countries.

Annex 11. European Institute of Police studies (initiative). Initiative of the Kingdom of Spain with a view to the adoption of a Council Decision establishing a European Institute of Police studies³⁹

Article 6 – Objectives and tasks

1. By optimising cooperation between its various national training and research institutes, the Institute shall aim to contribute to the creation of a body of technical and scientific knowledge on the fight against crime and the maintenance of law and order and public security in order to assist the bodies responsible for police training and police cooperation to perform the functions assigned to them.

2. The Institute shall have the following objectives:

- (a) to understand, study and analyse socio-economic and political processes having an impact on security;
- (b) to encourage study and research into criminal phenomena and forms of crime;
- (c) to unify research criteria and tools so that analysis findings can be reflected in police activity;
- (d) to improve common strategies for comparative investigations with a view to increasing the number of operations on the ground and operations carried out by the competent local authorities;
- (e) to cooperate with the institutions of the Union in designing security policies by drawing up the relevant proposals;
- (f) to encourage joint research projects;
- (g) to create online databases, including lists of researchers, accessible to all the players involved in the Institute;
- (h) to foster cooperation between the Institute and other academic institutions at university level.

³⁸ OJEC, n° L 191, 7 July 1998, p. 4.

³⁹ OJEC, n° C 42, 15 February 2002, p. 16-18.

3. The Institute shall offer its cooperation to the institutes of candidate countries for accession to the European Union as well as those of Iceland and Norway.

Annex 12. European Public Prosecutor (initiative). Green Paper on criminal-law protection of the financial interests of the Community and the establishment of a European Prosecutor ⁴⁰

Proposed text

Article 280

1. The Community and the Member States shall counter fraud and any other illegal activities affecting the financial interests of the Community through measures to be taken in accordance with this Article, which shall act as a deterrent and be such as to afford effective protection in the Member States.

2. Member States shall take the same measures to counter fraud affecting the financial interests of the Community as they take to counter fraud affecting their own financial interests.

3. Without prejudice to other provisions of this Treaty, the Member States shall coordinate their action aimed at protecting the financial interests of the Community against fraud. To this end they shall organise, together with the Commission, close and regular cooperation between the competent authorities.

4. The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251, after consulting the Court of Auditors, shall adopt the necessary measures in the fields of the prevention of and fight against fraud affecting the financial interests of the Community with a view to affording effective and equivalent protection in the Member States. Without prejudice to Article 280a, these measures shall not concern the application of national criminal law or the national administration of justice.

5. The Commission, in cooperation with Member States, shall each year submit to the European Parliament and to the Council a report on the measures taken for the implementation of this Article.

Article 280a

1. To contribute to the attainment of the objectives of Article 280(1), the Council, acting on a proposal from the Commission by a qualified majority with the assent of the European Parliament, shall appoint a European Public Prosecutor for a non-renewable term of six years. The European Public Prosecutor shall be responsible for detecting, prosecuting and bringing to judgment the perpetrators of offences prejudicial to the Community's financial interests and their accomplices and for exercising the functions of prosecutor in the national courts of the Member States in relation to such offences in accordance with the rules provided for by paragraph 3.

2. The European Public Prosecutor shall be chosen from persons whose independence is beyond doubt and who possess the qualifications required for appointment to the highest judicial offices in their respective countries. In the performance of his duties, he shall neither seek nor take any instructions. The Court of Justice may, on application by the European Parliament, the Council or the Commission, remove him from office if he no longer fulfils the conditions required

⁴⁰ Doc. 5252/02 JAI 3 CRIMORG 4.

for the performance of his duties or if he is guilty of serious misconduct. The Council, acting in accordance with the procedure laid down by Article 251, shall lay down the regulations applicable to the European Public Prosecutor.

3. The Council, acting in accordance with the procedure laid down by Article 251, shall lay down the general conditions governing the performance of the functions of the European Public Prosecutor and shall adopt, in particular :

(a) rules defining the facts constituting criminal offences relating to fraud and any other illegal activity prejudicial to the Community's financial interests and the penalties incurred for each of them ;

(b) rules of procedure applicable to the activities of the European Public Prosecutor and rules governing the admissibility of evidence ;

(c) rules applicable to the judicial review of procedural measures taken by the European Public Prosecutor in the exercise of his functions.

L'acteur policier entre structures formelles et informelles

Carrol TANGE

1. Introduction

A l'heure où de nouveaux projets émergent sans cesse au plan européen, se traduisant à la fois par la structuration des rapports entre acteurs nationaux et par l'émergence de nouveaux acteurs tels Europol et Eurojust, il nous semblait opportun de prendre le temps de nous pencher brièvement sur l'impact *effectif* dans le champ policier des initiatives déjà concrétisées. Que l'on s'intéresse au respect des libertés individuelles ou à l'efficacité policière, la recherche scientifique portant sur l'implication quotidienne des services de police belges dans le cadre de la coopération policière internationale, en général, et européenne, en particulier, fournit diverses pistes de réflexion qu'il serait sans doute bon de méditer. De ces diverses études, on verra qu'il ressort un manque chronique de prise en compte de – d'intérêt pour? – la perspective des premiers concernés avec les justiciables : les policiers exécutants ou dits «de terrain». Un retour sur les initiatives passées peut permettre à cet égard de se faire dès à présent une idée de la manière dont les projets actuels tendront à être reçus et concrétisés par ce policier. Ce niveau d'analyse nous ramènera à des questions soulevées par ailleurs par la recherche scientifique de nombreux pays : spécialisation et répartition des tâches, collaboration entre services, préoccupation politique centrée de plus en plus sur la sécurité, etc. Ainsi, si des ressources tirées de recherches en matière de coopération policière internationale seront exploitées ici, quelques éléments de réflexion tirés de la situation belge en matière de collaboration entre services et d'exercice de la fonction de police jusqu'au plan local permettront de mieux illustrer notre démarche, que nous pourrions synthétiser comme suit : pour comprendre la réception d'initiatives conçues systématiquement au plan *macro*, il convient d'examiner le *micro*, les principes politiques et normes légales – ayant leur cohérence propre – ne démontrant leur portée véritable qu'à l'aune de leur mise en œuvre quotidienne.

Dans cette perspective, nous commencerons par une brève remise en question de certaines évidences, qu'elles concernent le processus politique du développement de la coopération policière en Europe – déni d'historicité – ou les pratiques policières elles-mêmes – déni d'acteurs.

L'examen des pratiques policières et de leur diversité, fournissant quelques clés de compréhension de la tension entre initiatives européennes (visant globalement à formaliser la coopération entre acteurs nationaux) et initiatives policières (marquées souvent par leur caractère informel), devrait également nous suggérer quelques tendances concernant l'équilibre entre liberté, sécurité et justice se manifestant au sein d'un espace judiciaire pénal européen en construction.

2. Des polices historiquement «actives»

Sans pouvoir approfondir la question ici, on sait que la coopération policière internationale est bien plus ancienne que l'intérêt politique manifesté à l'occasion de la construction européenne. En effet, le monde policier fait preuve depuis longtemps (depuis ses origines, en fait) d'une tendance à développer une dynamique propre, véhiculant et propageant d'ailleurs à l'occasion les priorités politiques de certains Etats avant même que des accords politiques soient conclus (comme ce fut le cas de la question de la lutte contre le trafic de stupéfiants, surdéterminée par les Etats-Unis via Interpol, et comme c'est encore le cas de la lutte contre le terrorisme).

Le processus d'accélération de la coopération policière durant les années soixante a souvent été relaté et révèle un monde policier anticipant le mouvement de construction européenne, notamment autour de l'appréhension des conséquences de l'ouverture des frontières ¹. La police, à l'encontre du mythe de son instrumentalité et quel que soit le niveau d'exécution envisagé, est et a toujours été plus «acteur» qu'on ne le dit en général. Les diverses initiatives politiques viennent dès lors le plus souvent cadrer les innovations et adaptations de l'appareil policier, non sans avoir évidemment des conséquences importantes sur ce qui existait au préalable.

Ceci étant, le rôle «politiquement» actif des services de police ne faisant pas de doute, les résultats convergents d'un certain nombre de recherches (portant tant sur la collaboration entre services de police d'un même pays, à l'exemple de la Belgique, qu'entre polices de pays différents) soulignent que, dans un cadre normatif européen déjà disparate, les initiatives communautaires prises et la dynamique qui en résulte sont souvent *au mieux* une légitimation de pratiques existantes ², *au pire* un facteur qui, par son caractère éloigné et inadapté aux réalités quotidiennes et à leur variété, déstabilise le policier de base sans apporter de réponse aux questions essentielles qui accompagnent inévitablement l'exercice de la fonction policière.

3. Diversité des pratiques policières

Ce qui vient d'être dit et ce qui va suivre paraîtra à certains aller de soi, mais ne franchit souvent pas le voile des évidences entourant le «travail policier» tel qu'il est présenté dans les déclarations politiques et mis en scène au travers des négociations

¹ Pour un historique de ce processus, voy. not. BIGO, D., *Polices en réseaux: l'expérience européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996 et ALAIN, M., «Les heurts et les bonheurs de la coopération policière internationale en Europe, entre la myopie des bureaucrates et la sclérose culturelle policière», *Déviance et Société*, 2000, vol. 24, n° 3, pp. 237-253.

² BRUGGEMAN, W., ZANDERS, P., DE RUYVER, B. (dir. DIERKENS, R.), *Grensoverschrijdende criminaliteit: fenomeenanalyse, internationale politie en justitiële rechtshulp*, Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie, Gent, Universteit Gent, 1991.

sur lesquelles se construit un espace judiciaire pénal européen avançant à un rythme devenu effréné. D'actualité en actualité, de nouveauté en nouveauté, il semblerait parfois qu'à chaque événement « tout a changé ».

L'appareil policier, qui charrie bon nombre de mythes ³ (tel celui de son caractère purement instrumental), s'est pourtant vu constamment réduit à une image univoque, relativement lisse et abstraite. Un préalable pour une meilleure compréhension de ce qui se fait dans le monde « policier » passe ainsi par la prise en compte de la *diversité des métiers* de la police, qu'elle s'opère en fonction de critères de spécialisation fonctionnelle ou que cette diversité se fonde sur la hiérarchie et le niveau de responsabilité du fonctionnaire de police ⁴.

On peut ainsi avoir à l'esprit le policier en uniforme, dont le travail, caractérisé par la routine et la réactivité, peut nécessiter d'avoir recours au contrôle d'identité lors de patrouilles ou de maintiens de l'ordre d'importance variable, mais peut se traduire également par le recueil de renseignements via des contacts privilégiés avec la population d'un quartier ou de certaines populations et problématiques de la zone couverte par son corps de police. Une autre figure sera encore celle du policier enquêteur, ne portant pas l'uniforme et travaillant sur des dossiers relatifs à des phénomènes ne comportant pas forcément une articulation avec ceux gérés par ses collègues en tenue, c'est-à-dire avec une temporalité, des ressources et des besoins en informations spécifiques.

Mais on trouvera tout autant de différence, et une différence aux conséquences lourdes, selon les échelons administratifs existants, entre un haut fonctionnaire (lorsqu'il est lui-même policier) négociant des accords internationaux, un deuxième travaillant à la gestion d'un corps de police ou d'un service (découpé fonctionnellement ou territorialement), pas forcément impliqué dans la pratique de terrain ou de dossier (troisième type d'officier) et, enfin, le fonctionnaire du cadre moyen ou de base ⁵.

En outre, la spécificité des préoccupations de chacun se trouve renforcée selon la situation de son corps de police (urbain, rural, frontalier, etc.), les phénomènes à gérer, les tâches prioritaires, les techniques ou la protection juridique du travail effectué et les ressources dont il dispose, sans même parler des problèmes de collaboration entre services nationaux.

Les préoccupations des acteurs impliqués au plan européen semblent avoir été souvent fort éloignées de celles des acteurs de terrain nationaux ou locaux. Ceux-ci, policiers ou magistrats, ont en général le sentiment de devoir s'inscrire dans des cadres formels (verticaux, généralisant et centralisant) décidés sans qu'ils aient été consultés ⁶.

³ Voy. BRODEUR, J. P., « La police, mythes et réalité », *Criminologie*, 1984, n° 1, p. 9-42.

⁴ Pour une description de cette variété, voy. not., pour les polices des démocraties occidentales : MONJARDET, D., *Ce que fait la police. Sociologie de la force publique*, Paris, Editions La Découverte, 1996 ; pour la Belgique : ELIAERTS, Chr., ENHUS, E., *Politie en bevolking*, Brussel, Politeia – Vanden Broele, 1992 et TANGE, C., *La police de proximité*, CRISP, « Courrier hebdomadaire du CRISP », 2000, n° 1691-1692.

⁵ ALAIN, M., *op. cit.*

⁶ Constat récurrent apparaissant notamment dans BRAMMERTZ, S., DE VREESE, S., THYS, J., *La collaboration policière transfrontalière. Etude des modalités de la participation belge à des projets internationaux de collaboration policière de portée régionale*, Bruxelles, Politeia, 1993.

Si nous n'examinerons pas spécifiquement le cas des nouveaux acteurs policiers européens (sur lesquels on tend souvent à se focaliser) on peut mentionner en passant qu'il conviendrait sans doute de questionner leur *nouveauté* à la lumière d'un quotidien et de conditions d'exercice de leurs missions qui tendent elles-mêmes en définitive à reproduire les questions qui se posent à l'égard de tout service de police. Au chapitre de la concurrence entre services de police, par exemple, le développement du caractère opérationnel d'Europol le loge à la même enseigne que tout service national ayant à justifier son existence et cherchant les valorisations dans un contexte institutionnel où il n'est tout bonnement pas seul.

En définitive, tant au plan national que, *a fortiori*, communautaire, un autre mythe, celui du caractère « huilé » et totalement intégré (totalitaire) de la machine policière ne tient pas longtemps. Ceci étant, s'il est peu raisonnable de décrire la coopération policière européenne comme étant à la hauteur des principes d'organisation que l'on souhaite lui voir appliquer (ce qui est, dans une certaine mesure, rassurant), le développement effréné d'un espace de coopération policière (échange et analyse d'informations, observations transfrontalières, collaboration d'équipes d'enquête de divers pays, etc.) n'est pas non plus en totale adéquation avec d'autres principes, ceux de protection des droits et libertés individuels (ce qui est cette fois moins rassurant). C'est que ce développement est loin de s'accompagner d'une plus grande clarté et légalité des pratiques policières quotidiennes et manifeste aujourd'hui un déséquilibre entre les trois pôles annoncés comme devant caractériser l'espace européen : liberté, sécurité et justice.

4. Un espace de liberté, de sécurité et de justice en construction

A. Une construction à géométries variables

En matière de collaboration policière internationale tout comme pour la collaboration policière en Belgique, les recherches menées pointent à la fois : le *manque d'un cadre légal clair*, les normes étant d'ailleurs souvent méconnues des policiers eux-mêmes ; une *insécurité juridique* pour le policier, renforçant la tendance à exploiter les failles du système pour se couvrir ⁷ ; ainsi que le *manque de complémentarités entre le niveau politique et les divers niveaux du terrain policier* dans l'élaboration de nouvelles structures, emportant diverses conséquences. Et ce

⁷ Le policier de base, s'il souhaite disposer d'un cadre clair (pas trop contraignant toutefois), ne manque par ailleurs pas d'exploiter le flou découlant du fouillis légal, riche en opportunités d'élargissement de sa marge de manœuvre. Sur la base de constats formulés de manière répétée, la question de la précision du cadre normatif dans lequel les policiers ont à évoluer suscitera un déploiement notable de la recherche dans le sens d'une clarification du cadre normatif ainsi que de l'élaboration de modèles de collaboration explicites pour les services de police belges, en particulier concernant la tenue et l'échange de données à caractère personnel (voy. not. VAN DER WEL, J. E., BRUGGEMAN, W., *Europese politie samenwerking : internationale gremia*, Brussel, Politeia, 1993 ; DERRICKS, E., RENAULT, G., *La collaboration policière transfrontalière : les obstacles législatifs*, Bruxelles, Politeia, 1994 ; VANDERBORGHT, J., *Over de grens. Internationale politie samenwerking getoetst aan de praktijk*, Brussel, Politeia, 1997 et CHEVALIER-GOVERS, C., *De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1999).

sont sans doute ces conséquences qui sont les plus lourdes au moment d'examiner la résultante des initiatives européennes.

On observe en effet la poursuite et même le développement du dédoublement des structures internationales formelles et informelles ⁸. Les structures formelles, critiquées pour leur lourdeur centralisatrice, ont renforcé en fin de compte les échanges informels préexistants; échanges qui n'impliquent plus seulement des officiers supérieurs, mais des personnes de terrain. Les structures informelles plus simplement structurées et orientées vers un objectif, sur un dossier, sont parfois estimées plus sûres et, en tout état de cause, plus praticables. De manière générale, au plan *micro* et individuel, les policiers privilégient le plus souvent, pour un cas, des contacts non structurés ou organisés autour de la gestion d'un dossier. Les relations personnelles revêtent une importance particulière dans ce cadre, surtout lorsqu'il s'agit de transmettre discrètement des informations délicates ⁹. L'étude de la collaboration nationale converge notablement avec celle de la coopération internationale sur le point de savoir ce qui, en particulier dans le cadre des enquêtes judiciaires, préoccupe le plus les policiers, constituant pour eux la condition essentielle au développement des relations professionnelles satisfaisantes: les modalités d'échange, d'usage et de retour d'informations ¹⁰. Flexibilité et contacts personnels, les deux maîtres mots de la coopération policière, sont ainsi mis en tension avec la nécessité déclarée d'une gestion centrale de la coopération policière, à la fois comme fondation et comme recours ¹¹.

En guise de bilan provisoire, nous retiendrons donc la tension permanente, relevée à de nombreuses reprises, entre formel et informel: le formel se traduisant par la verticalisation des rapports, la généralisation et la centralisation des tâches autour d'agences européennes émergentes qui cherchent leur place parmi des polices, réseaux et institutions de coopération préexistantes se caractérisant quant à eux par des liens plus informels, à savoir horizontaux, entre acteurs spécialisés dans un cadre délégalisé. Ces constats ramènent indirectement mais de manière cruciale à celui d'un contrôle des activités policières que l'on découvre gravement déficitaire, en particulier à l'heure du développement exponentiel de l'échange d'informations, notamment via Europol et Interpol.

⁸ DE RUYVER, B., VERMEULEN, G., VANDER BEKEN, T., ZANDERS, P., ANNÉ, I., *Internationale samenwerking in strafzaken en rechtsbescherming*, RUG, Onderzoeksgroep Drugbeleid, Strafrechtelijk Beleid en Internationale Criminaliteit, Onderzoek in opdracht van de Federale diensten voor wetenschappelijke, technische en culturele aangelegenheden, Programma « Burger en rechtsbescherming », 1995; FLAVEAU, A., ZANDERS, P., VERMEULEN, G., VANDER BEKEN, T., BRUGGEMAN, W. (dir. DE RUYVER, B.), *Internationale politiesamenwerking*, RUG, Onderzoeksgroep drugbeleid, strafrechtelijke beleid en internationale criminaliteit, Onderzoek in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken, 1997.

⁹ BRAMMERTZ, S., *e.a.*, *op. cit.*

¹⁰ Outre les études déjà citées à propos de la coopération internationale, on mentionnera pour la collaboration nationale principalement DERRICKS E., RENAULT, G., *La collaboration entre les trois services de police réguliers. Etude des éléments qui peuvent constituer des obstacles à ou favoriser et améliorer*, Bruxelles, Politeia, 1996 et PASMANN, V., STUYTS, S., *Coördinatie tussen politiediensten*, Bruxelles, Politeia, 1996.

¹¹ DE RUYVER, B., *e.a.*, *op. cit.*

Dans une optique pragmatique, certains vont donc plaider pour une complémentarité des réseaux horizontaux avec les structures formalisées. En effet, sauf à se contenter d'énoncés d'intentions et face au manque d'un fondement juridique solide, le fait d'uniformiser, de généraliser et de formaliser ne devrait pas se faire au détriment ou dans l'ignorance des conditions de travail spécifiques des opérateurs de cette coopération¹², conditions préalables à toute régulation efficace d'abus éventuels dans l'exercice des compétences de police.

En résumé, les services de police européens se trouvent pris dans un débat récurrent, opposant la légitimité de l'action et de l'emploi des moyens à l'efficacité évaluée à l'aune de fins toujours plus vagues; débat s'amplifiant à mesure de l'importance politique que le thème de la sécurité prend en Europe. La tendance ayant été jusqu'ici à l'uniformisation du travail policier, le décalage avec la diversité réelle et irréductible de celui-ci nous amène à interroger le développement d'une coopération internationale autour de figures criminelles portées aujourd'hui par celle du terroriste et de son réseau. La question est d'autant plus cruciale que ce développement s'accompagne, toujours sur fond d'une préoccupation sécuritaire multiforme, d'un intérêt de l'ensemble des pays de l'Union pour le local, source potentielle d'informations sur des populations dont les caractéristiques sont susceptibles de les faire figurer dans des bases de données dont l'usage et le contrôle au plan européen sont à ce jour à tout le moins problématiques. Sans constituer un cas isolé, le Parlement européen manifeste dans ce domaine la déficience, généralisée en Europe, du contrôle du pouvoir législatif sur les initiatives d'un pouvoir exécutif lui-même pas toujours au fait de « ce qui se fait ».

A cet égard, le vieux réflexe consistant à produire de nouvelles normes contraignantes sans les accompagner de moyens *ad hoc* permettant d'en assurer l'application reconduira les constats précédents, amplifiant même le processus de plongée et d'invisibilisation des pratiques quotidiennes dans l'informel.

B. Un espace de liberté sous surveillance ?

Si l'on peut relever le dédoublement des structures de coopération policière pour un ensemble de raisons pratiques à rattacher aux conditions quotidiennes de l'exercice de la fonction de police dans ce cadre international, celui-ci « a fort probablement nuit à l'efficacité contre les menaces concrètes à la sécurité des citoyens européens, tout en permettant d'accentuer un peu plus les possibilités matérielles de la surveillance de tous et de chacun, pas nécessairement impliqués dans quelque activité criminelle que ce soit »¹³.

Des polices avec des moyens de plus en plus importants, notamment en matière de gestion et d'emploi d'une information dont la nature et la finalité demeurent questionnables (que l'information soit définie à un moment par son caractère préventif, répressif, réactif, proactif, administratif, judiciaire, doux, dur¹⁴...).

¹² DE HERT, P., VANDERBORGHT, J., *Informatieve samenwerking over de grenzen heen*, 2 vol., Bruxelles, Politeia, 1996; VANDERBORGHT, J., *op. cit.*

¹³ ALAIN, M., *op. cit.*, p. 250-251.

¹⁴ On entend par information dure celle qui a fait l'objet d'un procès-verbal, ce qui a pour conséquence le respect d'un certain nombre de garanties quant à l'usage de cette information.

Paradoxalement, alors qu'elles sont supposées préciser les conditions de leur usage, ces distinctions entre types d'informations ne favorisent pas la protection à l'égard de manipulations de données à caractère personnel, tant dans le cadre plus défini d'une procédure judiciaire qu'*a fortiori* dans tout autre pan de l'action policière. Le changement de finalité entre la récolte d'une information et son usage postérieur demeurant problématique ¹⁵.

Comment et par qui souhaite-t-on exercer un contrôle (interne, externe)? A l'heure actuelle l'harmonisation des interventions policières et judiciaires faisant encore concrètement défaut, la coopération judiciaire est la plupart du temps perçue comme à la traîne par les services de police. On pointerait sans doute plus vigoureusement encore l'absence des autorités politiques, locales en particulier ¹⁶.

Si l'on souhaite, par exemple, que le contrôle ne soit pas contourné, celui-ci ne devrait déjà pas être perçu comme contre-productif par les policiers. Cette question reprise par divers auteurs reporte l'enjeu de la protection des droits individuels non seulement sur des structures plus adaptées aux pratiques existantes, mais peut-être surtout sur un travail sur les priorités policières tant au plan de leur définition sociétale qu'au plan de leur intégration par les policiers eux-mêmes. Cette question demeure préoccupante dès lors que la recherche continue à relever en Belgique comme ailleurs la prégnance du modèle de police de « lutte contre le crime » (*crime fighting*) ¹⁷. Il faut souligner à cet égard le danger du mythe auquel on souhaite astreindre de plus en plus la police aujourd'hui : celui de la performance.

Combiné avec l'accent mis de plus en plus sur l'orientation préventive et proactive du travail policier ainsi que sur le local, on pousse ce faisant au renforcement d'une logique d'identification précoce de certaines populations, comportements et caractéristiques « à risque », fût-ce de manière quotidienne et invisible, au travers de la sélectivité de tout policier sur le terrain.

Le lien et les glissements divers entre des phénomènes pour lesquels des régimes exceptionnels sont prévus et la police du quotidien doivent être explicités et questionnés. L'extension de la notion de proactivité policière hors du champ plus ou moins strict de l'enquête judiciaire, se combinant alors avec les ressources d'une police du quotidien, pose aussi la question du développement d'une police gestionnaire des flux de population ¹⁸, s'autonomisant et pouvant faire usage de ses ressources en fonction de ses priorités du moment, tout contrôle intervenant par

¹⁵ On ne peut manquer de noter à cet égard le problème posé par le développement d'une complémentarité entre acteurs publics et privés (s'accompagnant de réseaux, si pas de structures plus ou moins officielles manipulant de l'information) : voy. not. BAS, R., DECORTE, T., VAN LAETHEM, W. (dir. VAN OUTRIVE, L.), *Private politiezorg en grondrechten : de methoden van private bewaking en opsporing en de grondrechten van de mens*, Leuven, Universitaire Pers, Samenleving, criminaliteit en strafrechtspleging 7, 1995.

¹⁶ BRAMMERTZ, S., *e.a.*, *op. cit.*

¹⁷ Pour la Belgique, voy. not. SMEETS, S., STREBELLE, C., *La police de proximité en Belgique. Vers un nouveau modèle de gestion de l'ordre ?*, Bruxelles, Bruylant, 2000 et TANGE, C., *op. cit.*

¹⁸ Voy. BIGO, D., *op. cit.*

définition *a posteriori*, c'est-à-dire trop tard, sous la forme d'une mise en conformité par l'autorité compétente selon l'évolution de la situation retenue par le fonctionnaire de police.

Ainsi, la question se pose de savoir jusqu'où laisser se développer des moyens rattachés à la poursuite de l'objectif toujours vague du maintien de l'ordre ou même de la paix publique, qui permettrait de manière quotidienne et sans avoir besoin de la formalisation d'un dossier judiciaire, de constituer un savoir systématique sur des zones ou des populations. Ce savoir, qui touche à la question des données à caractère personnel, reste jusqu'ici dans la marge constituée principalement par les activités des services dits de proximité, mais menace d'en être extrait sous la forme d'une information dite douce.

5. Conclusion

A. *Des raisons de rester vigilant...*

S'il convient de rester vigilant, la culture d'entreprise idéalisée – où tous travailleraient à la réalisation des mêmes objectifs – est loin d'avoir fait son chemin dans les mentalités policières. Qu'il s'agisse des services de police d'un Etat ou de plusieurs Etats, les disparités, concurrences et tensions persistent et sont assez importantes pour permettre de relativiser fortement les hypothèses d'un contrôle extensif et intensif, à la *Big Brother*. La machine ne tourne pas toute seule, elle est faite de personnes qui l'alimentent et qui conserveront toujours une part de leur capital d'informations valorisables afin d'atteindre leurs objectifs professionnels.

De même, l'explosion des moyens, notamment techniques, n'est pas forcément un gage d'efficacité (voir l'explosion de la masse d'informations à gérer), même si elle peut déboucher sur des usages dangereux (importance de l'interprétation des données).

Si les fins du travail policier en général doivent être discutées et débattues, elles doivent l'être aussi à la lumière des moyens qu'elles emportent et qui rétroagissent sur elles. D'où la nécessité d'une plus grande connaissance des moyens à la disposition de la police et de l'usage qui en est fait, permettant dans un second temps de développer des processus de contrôle adaptés et non plus limités à l'énoncé de principes (encore faut-il bien entendu s'en donner les moyens).

B. *... et des questions à se poser*

Parmi les questions essentielles à se poser, il y a non seulement « de quels moyens dispose la police ? » et « comment fait la police ? », mais aussi « de quels moyens disposent les autorités de police, tant judiciaires qu'administratives, afin de s'assurer de l'emploi des moyens dont disposent les services de police ? » et « cela suffit-il ? » si l'on souhaite gérer de manière crédible cette part croissante d'autonomie dont disposent ces services.

La configuration des rapports entre les services de police et leurs diverses autorités est ainsi à apprécier à l'aune de la transparence ou de la mise en débat des activités policières qu'elle permet. Et à cet égard, le rôle de l'autorité judiciaire est en réalité très limité, ne recouvrant qu'une petite part des activités policières, ne fût-ce que parce que les acteurs policiers le déterminent ainsi ; et ce, alors même que le modèle de l'enquête judiciaire demeure prédominant dans la culture policière, influençant non

seulement la vision d'un «vrai» travail policier, mais aussi celle d'un «bon» travail policier qui se caractérise d'abord par son autonomie et sa souplesse et souvent dans un second temps seulement par le respect de formes légales, elles-mêmes disparates et envisagées comme un problème technique conditionnant l'admissibilité des éléments de preuve.

Si on ne peut compter sur la seule autorégulation ou s'appuyer seulement sur un contrôle interne, il faut pourtant bien admettre qu'à l'heure actuelle, tant au plan national qu'au plan européen, les perspectives de mise en œuvre d'un espace de liberté européen dépendent pour l'essentiel de la seule intégrité des fonctionnaires de police. Transparence ou mise en débat, la légalité des fins affichées n'y suffit pas, les moyens doivent suivre et permettre la confrontation des impératifs des parties en présence : autorités, polices et citoyens.

De ce point de vue, être proche non seulement du citoyen mais aussi de l'exercice de l'action policière sont des facteurs déterminant la capacité de contrôle de cette action. Acteurs souvent éloignés de l'action, les magistrats et même les hauts fonctionnaires de police perdent plus qu'une certaine légitimité professionnelle : condamnés la plupart du temps à intervenir *a posteriori*, ils sont coupés *de facto* de toute possibilité d'exercer de manière effective un contrôle sur les modalités de l'action policière et les processus de sélection qui la constituent.

Dans un contexte de développement annoncé d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice manifestant la prépondérance de la sécurité, une question demeure dès lors : jusqu'où laisser l'Ordre prendre le pas sur la Loi, étant entendu que la Loi ne suffit pas ?

PARTIE II

La reconnaissance mutuelle

The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security

Guy STESENS *

1. The Link between Mutual Recognition and Enforcement and the Requirement of Mutual Confidence

Mutual recognition of judgments and of pre-trial orders, which has been labelled a cornerstone of the area of freedom, justice and security, is said to be based on, or to require mutual confidence between judicial authorities. Thus recital 10 of the Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between the Member States enunciates that “the mechanism of the European arrest warrant is based on a high level of confidence between Member States”. In the same vein, recital 4 to the draft Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence states that “co-operation between Member States, based on the principle of mutual recognition and immediate execution of judicial decisions, presupposes confidence that the decisions to be recognised and enforced will always be taken in subsidiarity and proportionality”.

This required confidence is two-fold. First, the recognition and enforcement in one jurisdiction of judgments and, maybe even more of pre-trial court orders, made in another jurisdiction requires confidence in the legal system of the latter jurisdiction. It thus definitely requires that the legal system from which these judgments or orders originate, is considered by the state that is asked to recognise and enforce these judgments and orders as a trustworthy system, whose criminal justice system is a qualitatively good one ¹ and which is somehow compatible with the basic tenets of the own legal system ².

* The opinions expressed in this article are personal to the author and not necessarily coincide with those of the institution he works for.

¹ FLORE, D., “Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité”, in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 75.

² The question of compatibility of the legal systems of the issuing and the executing state is probably more related to the link between mutual recognition and enforcement and harmonisation of legislation than to the requirement of mutual confidence.

Second, the concept of mutual recognition and enforcement also requires confidence between judicial authorities, as it are the judicial authorities of the enforcing state that are called upon to recognise and enforce the judgments or pre-trial decisions issued by judicial authorities of the issuing state.

This requirement of mutual confidence between judicial authorities is even greater in the context of criminal matters than in the civil sphere. Several factors account for this. One of these factors is that mutual recognition and enforcement in criminal matters requires direct contact between judicial authorities³, whereas in civil matters it is normally for the individual (or the corporation, as the case may be) to seek recognition and enforcement before the courts of one state of the judgment it has obtained in another state. A second factor is that the Tampere Council Conclusions as well as the Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters⁴ have extended the principle of mutual recognition and enforcement of judgments in criminal matters to the sphere of pre-trial orders. The recognition and enforcement of the latter type of measures, however, requires an even greater degree of mutual confidence between judicial authorities than the mutual recognition and enforcement of final judgments as these pre-trial orders are by definition *ex parte* measures, issued in a proceedings in which the affected party did not have the opportunity to raise its arguments. Another factor is that, in criminal matters in general, the impact of judgments is potentially much more important than in civil matters. In this respect it is not surprising to find that both in the context of the Framework Decision on freezing of property and evidence and of the Framework Decision on the European arrest warrant the principle of mutual recognition and enforcement of foreign decisions is restricted to decisions from judicial authorities, with the exclusion of decisions of police or administrative authorities. In the draft Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, reference is made to judicial authorities “as defined in the national law of the issuing State”, which in principle leaves the Member States the leeway to design any authority they want as a judicial authority. Under Article 24 of the 1959 Mutual Assistance Convention of the Council of Europe, states parties have the freedom to define what authorities they will deem judicial authorities⁵.

2. Criticism on the Presumption of Mutual Confidence

In some quarters, the extension of the principle of mutual recognition and enforcement, which had long been applied with regard to civil matters, as well as in the context of the internal market, to criminal judgments and pre-trial orders, has been

³ See Article 10 of the Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between European Member States and Article 4 of the Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence.

⁴ *OJEC*, n° C 12, 15 January 2001, p. 14-16.

⁵ See also Article 24 of the EU Convention of 29 May 2000 on mutual assistance in criminal matters between the Member States of the European Union, which allows states parties to designate authorities under the various provisions of this convention.

criticised on the very ground that the required confidence between judicial authorities is lacking⁶. The situation between the Member States in this respect at the end of the 1990s, it is argued, does not significantly differ from the situation as it existed in the 1950s and 1960s when many of the co-operation treaties in criminal matters, which still form the bedrock of mutual co-operation in criminal matters, were drafted. Hence there is no reason, it is said, to depart from the classical scheme of international co-operation in criminal matters that is based on requests for co-operation made by a judicial authority in the requesting state, which can be refused and at any rate will have to be followed by a judicial decision in the requested state.

It is submitted that this criticism, even if founded, is not relevant. Although mutual confidence between judicial authorities from various judicial systems can obviously only benefit from mutual confidence and may to a certain extent even be dependant on it, it is not required that there is a heightened level of mutual confidence between judges throughout the European Union before steps can be taken to implement a system of mutual recognition and enforcement of judgments in criminal matters. From a purely technical point of view, the implementation of the principle of mutual recognition and enforcement amounts to the extension of the *res judicata* of criminal judgments in criminal matters beyond the territory of the state from which it originates. The validation or *exequatur* procedure is therefore to be reduced to an absolute minimum. Even within the borders of single state judges may not trust each other but they will nevertheless be bound to accept the *res judicata* of judgments made by another judge if the law requires them to do so. From a legal point of view, there is therefore no need for mutual confidence between judicial authorities in order to extend the *res judicata* of a national criminal judgment beyond the territory of the state from which it originates. Of course it is true that there is, generally speaking, probably less trust between judges from different national systems than between judges from the same jurisdiction. The lesser degree of confidence that there may be between judges coming from various jurisdictions, can, to a substantial extent, probably be attributed to their differing legal background, however. In this respect, it may be remarked that mutual recognition and enforcement of judgments is not necessarily an alternative to, but rather may go hand in hand with harmonisation of legislation⁷, which may put in place the necessary common framework. At the same time it has to be admitted that the first mutual recognition and enforcement instruments in the context of criminal matters on which agreement has been reached in the Council, do not contain provisions aiming at the harmonisation of national criminal law or criminal procedure.

⁶ See in this sense VERMEULEN, G., “Van Tampere tot Laken. Meer veiligheid ten koste van vrijheid en rechtvaardigheid?”, *Panopticon* (2002), p. 1 ff.

⁷ Although it has to be admitted that some of the countries that advocated the idea of mutual recognition and enforcement of judgments in criminal matters, may have looked upon it as an alternative to harmonisation of legislation: DE KERCHOVE, G., « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (éd.), *op. cit.*, p. 116 ff.

More important than the question to what extent judges coming from various Member States put trust in each other and each others' legal system, is the issue of sovereignty, which begs the question to what extent Member states are prepared to recognise the *res judicata* of foreign criminal judgments and to allow their judicial machinery to be used for the enforcement of these foreign criminal judgments. This is in the first place a political question, although a positive answer to it of course requires the elaboration of a legal framework. On a political level, it is undeniable that in the post-world-war II period the Member States of the European Union have known an evolution in which the model of the modern state founded on the principle of territorial sovereignty has gradually been broken down and has been replaced by the model of so-called post-modern state. In the post-modern state it is increasingly accepted that international organisations or even foreign states empowered by international agreements (in whatever form) interfere with matters that hitherto would have been considered as squarely within the domestic jurisdiction of a state. In that perspective, the inception of the principle of mutual recognition and enforcement of judgments in the field of criminal matters, is justified by a "historical" evolution that has taken place over the last forty to fifty years. In the same perspective, it could be argued that mutual confidence is also, if not primarily, a political question. If the Member States have decided – and this is essentially a political decision – that they want to refashion their mode of traditional co-operation in criminal matters to the model of mutual recognition and enforcement of judgments, then there is at least an implicit acceptance that there is sufficient mutual confidence between the Member States to support this new mode of co-operation. The mutual confidence that is required between states to put in place a system of mutual recognition and enforcement of judgments is therefore primarily of a political and not so much of a judicial nature. The crux of the matter is whether states trust each other's criminal justice system in a sufficient manner to enforce each other's judgments in the same manner as they do with respect to judgments issued by their own courts. The answer to this question does not – and certainly not primarily – depend on the degree of confidence that there is *hic et nunc* between judicial authorities from various jurisdictions within the European Union. The day-to-day co-operation of judicial authorities from various Member States in the enforcement of criminal judgments and pre-trial court orders will, however, undoubtedly foster this mutual confidence. Mutual confidence between judges from various jurisdictions is therefore probably as much a consequence of the implementation of the principle of mutual recognition and enforcement of judicial decisions in criminal matters as a prerequisite to it.

3. The Practical Implications of the Principle of Mutual Confidence

Much more important than the question whether there is sufficient confidence to sustain the implementation of the principle of mutual recognition and enforcement in criminal matters, is the question as to the practical implications of the presumption of mutual confidence that flow from it. As is demonstrated by the explicit reference to it in the preamble of the first two instruments on mutual recognition and enforcement of judgments in criminal matters, the legal implementation of the principle of mutual confidence is indeed very important, also from a legal point of view. Its importance

lies in the fact that as a logic consequence from the presumption of mutual confidence between the Member States implementing the principle of mutual recognition and enforcement of judgments, a number of traditional conditions as well as exceptions to international co-operation in criminal matters are abolished. It is material to gauge the exact impact of this change brought about by this new model of co-operation in criminal matters.

A. Mutual Confidence in Interstate Co-operation in Criminal Matters v. the Recognition and Execution of Freezing Orders

Insofar as it is related to the presumption of mutual confidence between Member states, it is important to see how much this actually differs from the existing situation of international co-operation in criminal matters. Indeed, mutual confidence between states is not an entirely new paradigm in the context of international co-operation in criminal matters. Obviously, some degree of mutual confidence between states and between their respective judicial authorities is also required in the context of mutual legal assistance and other modes of international co-operation in criminal matters.

Thus, it is often asserted that by concluding a co-operation treaty with another state, a state gives a legal expression to its confidence in the judicial system of another state. This assertion of course does not hold true – or at least much more difficult – in the context of multilateral treaties. Some states even exclude certain types of international co-operation in the absence of a treaty with the requesting/requested state. Thus, Belgium excludes the enforcement of foreign freezing orders as well as confiscation orders in the absence of treaty⁸. The same goes for extradition^{8bis}. In some countries this treaty requirement has even been elevated into a constitutional requirement. This requirement had also been subjected to fierce criticism in the sense that it unduly restrains international co-operation and may offer unjustifiable protection to ill-gotten fruits of crime⁹ or may deprive prisoners in foreign prisons from the possibility to serve their sentence in their home country¹⁰. It is of course beyond discussion that within the European Union there is a sufficient degree of mutual confidence in order to abandon the treaty requirement.

In the introduction the fact that the Tampere Council and subsequently the Council and Commission in their Programme of measures on mutual recognition in criminal matters have extended this principle to pre-trial decisions, was advanced as one of the reasons why mutual recognition required more mutual confidence in criminal matters than in civil matters. It seems, however, that in the context of interstate co-operation in criminal matters, a higher degree of trust is required in the

⁸ See Article 2 of the Belgian Act of 20 May 1997, *MB*, 3 July 1987.

^{8bis} See Article 1 of the Belgian Extradition Act of 15 March 1874.

⁹ See STESSENS, G., “De Wet van 20 mei 1997 betreffende de internationale samenwerking inzake tenuitvoerlegging van inbeslagnemingen en verbeurdverklaringen: een kritisch onderzoek”, *Rechtskundig Weekblad*, 1997-1998,

¹⁰ See VAN DER WILT, H., “De WOTS jubileert; maar valt er eigenlijk wel wat te vieren?”, *Delikt & Delinkwent* (1998), p. 234-247.

post-trial phase, that is with respect to the enforcement of final judgments in criminal matters, than in the pre-trial phase, where the requested state is asked to lend its cooperation in the context of an investigation either by carrying out certain investigative acts or by seizing property or by handing over a suspect. In the pre-trial phase, the requested state will, after having checked the conditions and exceptions laid down in treaty law as well as in its own municipal law, carry out the requested measure (and communicate the result of it to the requesting state). This type of assistance is called secondary assistance as the assistance of the requested state is limited to a well-defined intervention and the requesting state firmly remains in charge of the proceedings. Given the limited character of the requested state's intervention, there is no need for a high degree of confidence in the quality of the proceedings in the requesting state, for which the requested state does not bear any kind of responsibility. Certainly in the classic mode of thinking about international co-operation in criminal matters, it would be far-fetched to attribute any kind of human rights or other responsibility to the requested state for the (human rights) quality of the proceedings in the requesting state because he carried out an investigative act at the request of that state. The only kind of confidence that is required on behalf of the requested state with respect to the requesting state, is that the requesting state will use the evidence for the purpose for which it is handed over. The speciality principle is, however, not generally applied in mutual legal assistance ¹¹, but where it is applied the courts of the requested state often seem to presume that the authorities of the requesting state will respect the speciality principle ¹².

If mutual confidence is required in the context of mutual legal assistance, it rather seems to operate the other way around. Thus it is often presumed that evidence that was gathered abroad by the authorities of a requested state has been gathered lawfully, a presumption that flows from the principle of mutual confidence. It should be noted, however, that this presumption, where it exists, is not irrefutable, but may be rebutted by the *ordre public* exception. This exception may be used to exclude foreign evidence, both in criminal ¹³ and in civil ¹⁴ proceedings, when it is established that this evidence was gathered in a way which is irreconcilable with the *ordre public* or the fundamental legal principles of the requested state.

¹¹ See on this point STESSENS, G., *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, Cambridge University Press, 2000, p. 341-347.

¹² See with respect to Swiss law: AUBERT, M., BEGUIN, P.-A., BERNASCONI, P., GRAZIANO-VON BURG, J., SCHWOB, R. and TREUILLAUD, R., *Le secret bancaire suisse. Droit privé, pénal, administratif, fiscal, procédure, entraide et conventions internationales*, Bern, Staempfli, 1995, p. 479 and BERNASCONI, P., "Droits et devoirs de la banque et de ses clients dans la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale", in VON GRAFENFRIED, R. (ed.), *Beiträge zum Schweizerischen Bankenrecht*, Bern, Stämpfli, 1989, p. 3.

¹³ This is, for example, done in the case law of the Belgian Supreme Court: see e.g. the judgments of 19 February 1985, *Arr. Cass.*, 1984-1985, n° 370; of 26 January 1993, *RDPC*, 1993, 768; of 12 October 1993, *Arr. Cass.*, 1993, n° 404 and 30 May 1995, *R. Cass.*, 1996, 151.

¹⁴ See Dalloz, *Répertoire de droit international*, T. II, v° *Preuve*, n° 28, 57-59 and 61.

Under the Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, the executing state is asked to take the necessary measures for the execution of a measure, which in the case of freezing in view of the confiscation of property may last several months or even years. In that case the executing state is effectively asked to take over part of the procedure in the issuing state. Under the rules of interstate co-operation in criminal matters, this would amount to primary assistance. Under the framework decision the executing state, this becomes an automatism as the executing state has few possibilities to refuse the execution of the measure taken by the issuing state. Indeed the number of grounds for non-recognition or non-execution is reduced to four. As for the owner of the frozen property – be it the defendant or a third party – he is faced with a foreign measure that is automatically recognised and executed by the executing state. Under Article 11 of the Framework Decision, any interested party may institute legal remedies against a freezing order executed pursuant to the Framework Decision, in order to preserve its legitimate interests. Article 11 further provides that the action may be brought before a court either in the issuing State or in the executing State in accordance with the national law of each. In this sense the principle of mutual confidence and the quasi-automatic recognition and execution of foreign freezing orders that goes with it, do not prejudice the rights of interested parties. For the interested party, the situation is indeed not very different from the one that exists under the interstate co-operation mechanisms for taking provisional measures: he will be confronted with a freezing order that has been issued in an *ex parte* procedure, in which he has not been able to present his arguments. Whether this is a foreign measure that has been issued in the issuing state and is subsequently executed in the executing state or whether this is a measure taken by the requested state at the behest of the requesting state, makes little difference for the person concerned.

The only change to the position of the interested party is brought about by Article 11 (2) of the Framework Decision, which stipulates that the substantial reasons for issuing the freezing order can be challenged only in an action brought before a court in the issuing state. This rule, which is inspired by a similar provision in the Brussels Convention (or now the Brussels I Regulation ¹⁵) on the enforcement of final judgments, is aimed at giving the court that issued the freezing order in the first place, exclusive jurisdiction to hear arguments on the merits of the case. The disadvantage of this system, however, is that the owner of property that has been subjected to a freezing order in, for example, Greece, may have to lodge legal remedies before, for example, a court in Germany if that is where the freezing order was originally made. This disadvantage does not flow, however, from the principle of mutual confidence as such, but rather from the option to apply the model of mutual recognition and enforcement of judgments to pre-trial orders as well. As the author of this contribution has set out

¹⁵ Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJEC*, n° L 12, 16 January 2000.

elsewhere¹⁶, the option to extend the model of mutual recognition and enforcement of judgments to pre-trial orders is as such not a logic one and does not follow from the private law scheme of mutual recognition and enforcement of judgments. On the contrary, *ex parte* provisional measures have been excluded from the application field of the principle of mutual recognition in civil and commercial matters. Article 24 of the Brussels Convention (or Article 31 of Regulation 44/2001) therefore gives jurisdiction to the state where the assets are located, to take *ex parte* provisional measures. For the party whose assets are frozen (whether it be the defendant or a third party), this has the distinct advantage that he is able to apply to a court of the state where the assets are located and hence frozen for variation of this freezing order¹⁷. Under the Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, this is also possible, but the legal remedies that the interested party will be allowed to invoke before a court in the executing state will be limited to formal aspects related to the execution of the freezing order.

B. Mutual Confidence under Extradition Schemes v. the European Arrest Warrant

The principle of mutual confidence also found its expression in another way in the law of mutual legal assistance in criminal matters, namely in the presumption that requests for co-operation by another party are made in good faith. Thus a request for co-operation (mutual legal assistance, extradition) is normally presumed to have been made in good faith for licit purposes. In the same vein, it is also presumed that the facts set out in the request correspond to reality. Again, this presumption of mutual confidence can in some circumstances, however, be rebutted by invoking a ground of refusal. This is especially the case in the context of extradition and much less in the context of mutual legal assistance. Although both are forms of secondary assistance, to extradite a person admittedly requires more confidence on the part of the requested state than the execution of a mutual legal assistance request, as the former requires the definite handing over of a person to the requesting state. Thus, the requested state can put aside the presumption that a request for extradition has been made in good faith by availing itself of the type of clause that figures in most extradition treaties, according to which a state party shall not grant extradition for political offences or if the requested party has “substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that person’s position may be prejudiced for any of those reasons” (Article 3 (2) of the 1957 European Convention on extradition). The importance of this mandatory ground for refusal is underlined by the fact that up till now it had remained unaffected whenever European states were striving to streamline the extradition process amongst themselves (see Article 5 of the 1977 European Convention on the suppression of

¹⁶ STESSENS, G., “The Joint Initiative of France, Sweden and Belgium for the Adoption of a Council Framework Decision on the Execution in the European Union of Orders Freezing Assets or Evidence”, in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (éd.), *op. cit.*, p. 96-98.

¹⁷ STESSENS, G., *op. cit.*, p. 370.

terrorism and Article 5 (3) of the 1996 Convention relating to extradition between the Member States of the European Union).

The Framework Decision on the European arrest warrant has, however, done away with this classic ground of refusal, but at the same time recital 12 to the Framework Decision on the European arrest warrant states that “nothing in this Framework Decision may be interpreted as prohibiting refusal to surrender a person for whom a European arrest warrant has been issued when objective elements exist for believing that the European arrest warrant is issued for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his or her sex, race, religion, ethnic origin, nationality, political opinion, or sexual orientation, or that that person’s position may be prejudiced for any of those reasons”. It is unclear what the status of this recital is. It is not a ground of refusal, as it is not listed among the mandatory and optional grounds of refusal in the Framework Decision itself. It seems that the European Member States, when taking the quantum leap from an extradition system based on an elaborate set of conditions and exceptions to a system based on a duty to surrender and subject only to a limited number, well-defined grounds of refusal, were intimidated by their own bold move and sought to underline their attachment to the values underlying the discrimination clause¹⁸. The position of the Member States is, however, clearly half-hearted because the commitment to these values did not lead to the inclusion of the discrimination clause in the list of grounds of non-execution in the Framework Decision. That would indeed have been contrary to the core principle of mutual confidence on which the European arrest warrant is based, according to recital 10 of the Framework Decision. To allow Member States to refuse to execute a European arrest warrant on the ground that the warrant is issued in another Member State for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his or her sex, race, religion, ethnic origin, nationality, political opinion, or sexual orientation, can hardly be reconciled with the credo of mutual trust between the Member States. It seems therefore that, notwithstanding the text of recital 12 of the Framework Decision, the presumption of mutual confidence has become irrefutable.

This conclusion of course in turn leads to the question whether the Member State, in making the presumption of mutual confidence irrefutable, have lowered the level of protection of the defendant/convicted person. From one perspective, that of the person sought after, they obviously have: he can no longer avail himself of the discrimination clause in order to fend off his extradition. It is submitted that the matter should also be approached from another perspective: mutual recognition and enforcement of judgments in criminal matters is based on the presumption – an irrefutable one in the context of the European arrest warrant – that the judicial proceedings in the issuing state have taken place or will take place in accordance with due process and all other human rights requirements. From the latter perspective there is obviously no need for a discrimination clause. In this light, the crucial question is not so much whether there is sufficient confidence between judicial authorities of various Member States, but

¹⁸ On the importance of the discrimination clause in extradition law, see VAN DEN WIJNGAERT, C., *The political offence exception to extradition*, Deventer, Kluwer, 1980, p. 80-89.

whether the human rights protection in all Member States is up to an adequate level. As was already underlined in the programme of measures to implement the principle of mutual recognition in criminal matters, this mutual trust “is grounded in shared commitment to the principles of freedom, democracy and respect for human rights, fundamental freedoms and the rule of law”¹⁹.

If one takes a purely legal view, there is no denying this is indeed the case: all Member States are party to the European Convention on Human Rights and in Article 6 of the Treaty on the European Union, it is recalled that the Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law²⁰. Of course, it might be argued in some quarters that the practice in some Member States does not correspond to this formal adherence to the basic human rights principles and that a textual reference to these human rights principles does not suffice, certainly not with enlargement looming²¹. Even though law enforcement practices may indeed vary considerably from Member State to Member State, it is submitted that this argument should not be allowed to stand as an argument against a system of mutual recognition and enforcement within the area of freedom, justice and security. The fact that there is a common basis of human rights and fundamental freedoms, which is applicable in all Member States and for which there is a European (i.e. Council of Europe) monitoring system, should be a sufficient basis to do away with the discrimination clause in this area of freedom, justice and security.

It should moreover be emphasized that the discrimination clause protects only against some forms of human rights violations, and that there are other possible human rights violations in the requesting/issuing state that may trigger the human rights responsibility of the requested/executing state, as was highlighted by the European Court of Human Rights in the *Soering* case. In that case the United Kingdom was found to have violated Article 3 of the European Convention on Human Rights because it had extradited Mr. Soering to the United States of America, where he was likely to be sentenced to death and face the death row, which constituted a cruel and inhuman treatment in the eyes of the Court. In *Soering v. the United Kingdom* the European Court of Human Rights also accepted, as a matter of principle, that a requested state should refuse extradition in order to avoid a flagrant violation of Article 6 in the requesting state²².

As this human rights exception does not flow from extradition law itself, but directly from the European Convention on Human Rights, the question arises,

¹⁹ *OJEC*, n° C 12, 15 January 2001, p. 10.

²⁰ See also DE KERCHOVE, G., “La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général” in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (éd.), *op. cit.*, 2001, p. 120.

²¹ See FLORE, D., *op. cit.*, p. 75, footnote 22.

²² European Court of Human Rights, judgment of 7 July 1989, *Publications of the European Court of Human Rights*, Series A, n° 161. For comment, see VAN DEN WYNGAERT, C., “Applying the European Convention on Human Rights to extradition: opening Pandora’s box”, *ICLQ*, 1990, p. 757-779.

whether a Member State will be able to invoke it in the future under the Framework Decision on the European arrest warrant. The question is probably a theoretical one as all Member States have abolished the death penalty and it is difficult to imagine a situation within the European Union, where a situation would arise that could give rise to flagrant violation of Article 6 in the issuing state. This is all the more true now that the Framework Decision on the European arrest warrant provides that the executing state may subject the execution of a European arrest warrant to specific guarantees to be provided by the issuing state, for example in case of the execution of a sentence or detention order rendered in absentia or in case of life sentences²³. It is moreover questionable whether the European Court on Human Rights would be willing to find a human rights violation on the part of the executing Member State that would nevertheless surrender a person to the issuing Member State on the basis of a European arrest warrant, as that the former Member State would be merely implementing secondary European Union legislation. In *Matthews v. UK*²⁴ the European Court on Human Rights held that a EU Member State could not be held responsible for a human rights violation by the mere fact of implementing secondary Community acts, which can be challenged before the ECJ. The European Court on Human Rights found that in those cases there was an “equivalent protection”, which rendered its monitoring function superfluous.

4. Conclusion : a First Evaluation of the Principle of Mutual Confidence

The new model of mutual recognition and enforcement of judicial decisions in criminal matters requires mutual confidence between the Member States in each other’s criminal justice systems. The degree of confidence required in the context of mutual recognition and enforcement is substantially higher than in the context of classic international co-operation in criminal matters as the grounds of refusal/non-execution have been strongly reduced. This confidence should in the first place exist on a political level, with respect to the quality of the criminal justice systems within the European Union, and notably with regard to the level of human rights protection. Under the model of mutual recognition and enforcement of decisions in criminal matters, the human rights protection is incumbent upon the judicial authorities of the issuing state. In an area of freedom, justice and security, this required of mutual confidence should not be problematic and is sustained by a common ground of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law as enshrined in Article 6 TEU. Respect for human rights is monitored by the European Court of Human Rights and, in the future, maybe even more by the Court of Justice.

²³ Article 5 of the Framework Decision on the European arrest.

²⁴ European Court of Human Rights, judgment of 18 February 1999.

Mutual Recognition from a Practical Point of View: Cosmetic or Radical Change?

Lorna HARRIS

This paper has an emphasis on a practical approach, and suggests that traditional mutual legal assistance can remain an effective means of co-operation.

It will suggest that in fact mutual recognition and mutual legal assistance are both part of a continuous spectrum of developing assistance in criminal investigations internationally and that although mutual recognition is, in principle, a radically different concept to mutual legal assistance, in practice there is significant overlap between the two, and mutual recognition can be seen as a natural development from mutual legal assistance.

The aim of both is clear, as may be seen by reference to the introduction of the 1959 European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters. This states that adoption of common rules in the field of mutual assistance in criminal matters will contribute to the attainment of the aim of greater unity. Likewise, one of the key aims of mutual recognition is to further progress towards an area of freedom, security and justice.

Mutual recognition and mutual legal assistance might best be described as the expression of similar desires, but put into practice differently, at different times according to different international situations and different degrees of trust. The 1959 Convention was agreed between members of the Council of Europe during the Cold War, while the concept of mutual recognition has been developed between Member States of the European Union at a time of ever closer co-operation.

During the second half of the twentieth century, practitioners were increasingly faced with an international dimension in crime. Despite the realisation that some aspects of law were susceptible to internationalisation, most jurisdictions guarded jealously their internal criminal law. However, as criminals were quick to exploit this investigative loophole, so experts attached to the Council of Europe realised that something would have to be done to address the problem.

First, there was the negotiation of the 1957 Council of Europe Convention on extradition, and then the same experts recommended the promulgation of a Convention dealing with mutual legal assistance. This developed into the 1959

Convention which has become the authoritative Convention in the area, on which all subsequent instruments have been based.

Because of the perception of the exclusivity of each state's criminal jurisdiction, the concept of mutual legal assistance was based on one state asking another state to do something according to the latter's law and practice, to assist it in its investigation. On the contrary, the concept of mutual recognition is based on a radically different approach, that of the requesting state making an order in its investigation which could itself be directly enforced or implemented in the second state.

The problem facing us today is that while we have the experience of almost half a century of dealing with mutual legal assistance, the same is not the case with mutual recognition. However, while it would be easy to think that we have no experience at all of dealing with mutual recognition, since (although many are under negotiation or consideration) there is as yet no implemented instrument on the subject, that may not be the case.

Let us examine the two approaches in their simplest forms.

Mutual legal assistance involves a request from state A to state B, asking state B to do something to assist state A in the investigation of a crime in state A. The assistance that is sought is a measure to be taken by the authorities in state B, according to state B's laws.

Mutual recognition involves the transmission of an order from state A (in the context of its investigation into a criminal offence) to state B so that state B can directly execute that order itself, and transmit the product to state A.

However, the approaches may not be as different this analysis would suggest.

Article 3(1) of the 1959 Convention clearly envisages the law of the requested state to be dominant as to procedures. "The requested party shall execute in the manner provided for by its law any letters rogatory relating to a criminal matter and addressed to it by the judicial authorities of the requesting party...". This was the basis for the development of mutual legal assistance for at least thirty-five years. A request would be executed according to the law of the requested state. Increasingly, however, a more flexible and supple approach was being experimented with. What after all was the use in state A of evidence collected according to the law of state B, if the format of the evidence was inadmissible in state B. Put simply, if country A requires evidence on blue paper, and country B can only provide it on red paper, and red paper is not admissible in country A, then the whole process of mutual legal assistance is a waste of time.

This much was becoming apparent, perhaps to a common lawyer working in a predominantly civil law Europe, as much as to anyone. From a practitioner's standpoint in the early 1990s there was an awareness of a move towards a system where as a requested state we would try to match the requirements of the *requesting* state to the extent that we could, although we had not yet come to grace such a procedure by the term mutual recognition.

I particularly remember executing a French request in about 1996, where France had asked for the evidence to be produced in the format of a *procès-verbal*, a procedure totally unknown to the common lawyer. We asked the French authorities exactly what procedure this would entail us following, and, since the procedure that

was explained to us was not contrary to any fundamental principle of UK law, we produced a product, with their assistance, which entirely met their requirements. We did this, while apparently implementing Article 3 of the 1959 Convention.

At the same time as this more progressive approach to mutual legal assistance was developing, so too was what was regarded as the completely novel and separate concept of mutual recognition. It was raised at the Cardiff European Council in the summer of 1998. Following on from that, point 45(f) of the Action Plan of the Council and the Commission on how best to implement the provisions of the Treaty of Amsterdam establishing an area of freedom, security and justice, adopted on 3 December 1998, provided that within two years of the entry into force of the Treaty, a process should be initiated with a view to facilitating mutual recognition of decisions and enforcement of judgements in criminal matters.

The subject was developed at the Tampere European Council in October 1999, which concluded, in words which are repeated everywhere in connection with this subject, that mutual recognition should become the cornerstone of judicial co-operation in both civil and criminal matters within the European Union. The programme of measures adopted by the Council is a direct response to this conclusion at Tampere.

Traditionally the two approaches have been regarded as distinct in concept, philosophically and also practically, since one appeared to require the application of domestic law, the other the application of foreign law. But are the two approaches so very different, or are they in fact, as I have suggested above, a natural development as trust and confidence in other systems grows?

My starting point for mutual legal assistance was Article 3(1) of the 1959 Convention, which is authority for the notion of the supremacy of the requested state's law in executing requests. However, just reading on from Article 3(1) to Article 3(2) we see something a little different. That Article is as follows: "If the requesting party desires witnesses or experts to give evidence on oath, it shall expressly so request, and the requested party shall comply with the request if the law of its country does not prohibit it". This is therefore saying that state A might well have to accept the procedure of state B, so long as not prohibited by state A, in order to comply with the request. This was not recognised at the time as mutual recognition, but I would suggest that is exactly what it is, albeit in its early form.

It is also interesting that a number of countries have entered reservations to the 1959 Convention based on the concept of *non bis in idem*, although the Convention itself does not deal with this. The very concept of *non bis in idem* is one which recognises the validity of a final judgement in a foreign state. It is in effect saying that we are not going to go through the investigation and prosecution process again, because we recognise a judgement which has already been entered.

However, traditional mutual legal assistance has undoubtedly developed since the negotiation of the 1959 Convention. Particularly within the last four or five years, the will to co-operate has increased hugely, not least as a result of the events of September 11 2001. Mutual legal assistance in particular developed and came of age, with the agreement in May 2000 of the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union (the 2000 Convention).

This had been some four years under negotiation, and is currently undergoing the process of ratification in the various Member States.

In the recitals of the 2000 Convention we see the following: “Expressing their confidence in the structure and functioning of their legal systems and in the ability of all Member States to guarantee a fair trial...”. These words are remarkably similar to the introductory words from the European Union’s Programme of Measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters. “Implementation of the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters presupposes that Member States have trust in each others criminal justice systems. That trust is grounded, in particular on their shared commitment to the principles of freedom, democracy and respect for human rights, fundamental freedoms and the rule of law”.

Let us look at some individual Articles of Convention, and see if this similarity of approach is borne out in practice.

First I shall consider Article 4 of the 2000 Convention, and, by comparison, Article 3(1) of the 1959 Convention. The 1959 provision makes it plain that the law of the requested state should govern the execution of the request: the second takes the opposite stand, providing that, unless the request involves something contrary to the fundamental principles of the requested state, the request should be executed according to the procedures requested by the requesting state. Therefore, in the example I gave above, if France requested a hearing by way of *procès-verbal*, then as long as that was not contrary to a fundamental principle of our law, we should execute it in that way, not as a voluntary extension of co-operation, but as an obligation. This can be seen as a type of mutual recognition, but also as an extension of Article 3(2) of the 1959 Convention.

This article is key to the approach to mutual legal assistance in the future. It presupposes a high level of mutual recognition of the law and procedures of the requesting state by the requested state. All sorts of considerations may be called into play here: there may be procedures, there may be standards of protection for witnesses, there may be issues of admissibility and so on, all of which have to be dealt with as they would in the requesting state.

Another aspect of the Convention that especially brings in aspects of mutual recognition is Article 10, dealing with video conferencing. It is fundamental to the very idea of video transmission of evidence that the requesting state must have confidence in the requested state’s procedures. From the other perspective, the requested state providing the evidence must be confident that the court into which evidence is being transmitted will deal with it in an appropriate manner. Taking as an example a request from the UK to hear by video, evidence physically situated in Belgium, the Belgian authorities are accepting that UK procedures can be used in the hearing. For example, there may be an oath given to the witness which is not recognised in Belgium, or the witness may be subject to cross-examination on evidence which would not be admissible if the hearing were part of a Belgian domestic proceeding.

Article 10(8) is also a clear example of the recognition by one state of the law and procedures of another state. This Article provides for situations where the witness in one country, giving evidence by video into a court in another, commits perjury according to the law of the country where the evidence is being heard. In

such circumstances, the country where the witness is physically present has to ensure that it has the capacity to deal appropriately with any instance of perjury brought to its attention by the requesting state, involving mutual recognition by both states concerned.

In Article 13 on joint investigation teams, aspects of mutual recognition are also apparent. Foreign police officers seconded to another country are in many respects to be recognised as officers of the country in which they are operating, thus recognising the authority on which they were originally appointed.

Given these developments, where did the movement towards mutual recognition come from?

I have mentioned the Cardiff summit in June 1998, and I have also looked back at a document from 1999, prepared by the UK, and presented to the then K 4 committee in March 1999. The document was Crimorg 35, 1999. It is less than three years ago, but it makes interesting reading now. The paper was regarded as fairly revolutionary at the time, but we have developed a great deal since then.

The paper considered some of the then current obstacles to mutual legal assistance, including dual criminality, delays in execution, and systemic differences. It reiterated that the remit from Cardiff reflected the recognition that further updating of traditional methods of judicial co-operation would be needed in order to deliver the substantial improvement in effectiveness required by the area of freedom, security and justice envisaged in the Amsterdam treaty. It outlined a number of ways in which those improvements could be ensured, including the improvement of traditional mutual legal assistance, the establishment of new practical and administrative arrangements, both domestically and internationally (such as the European Judicial Network and Eurojust) and the development of mutual recognition.

The aim of mutual recognition was clearly set out, and an incremental approach recommended, suggesting first the development of arrangements for the endorsement of particular judgements, with limited grounds for refusal, and later, the direct enforcement of foreign judgements in another jurisdiction.

The difficulties of ensuring public acceptability of this approach were recognised. I am sure that I am not alone in being able to cite newspaper headlines over recent months in which the European arrest warrant is stigmatised as allowing foreign (and therefore by definition deeply untrustworthy) arrest warrants to be executed on country A's soil, particularly where the object of such a warrant could be a subject of country A.

The need to establish minimum rules and safeguards is clearly accepted. Looking back at the 1959 Convention, the minimum safeguard was "if the law of the country does not prohibit it". This is a higher safeguard than we would regard as acceptable now in a mutual recognition field, but it is the beginning of the concept of the minimum safeguard.

Dual criminality remains a thorny issue and one which we cannot duck forever. It is essential that we do tackle it if we are to make real progress in the area of mutual recognition.

Crimorg 35 is still useful from another perspective, in that it makes clear that the concept of mutual recognition should not be developed to the exclusion of other

methods of judicial co-operation. Rather, it should be developed in parallel with other approaches. It was recognised even then that direct enforceability of judgements was a long term objective, and might not even be practicable or desirable in all cases. Mutual recognition will not replace mutual legal assistance completely.

Three years on from this paper, it is useful to see where we have got to in relation to mutual recognition, and I take as a reference point the Council's programme of measures on mutual recognition which I have already referred to.

The major achievements have been :

- securing provisional agreement at the December 2001 Justice and Home Affairs Council to a Framework Decision on the European Arrest Warrant (this deals with measures 8, 13, 14 and part of 15) ;
- securing agreement at the February 2002 JHA Council on the general approach to a Framework Decision on freezing assets or evidence (measures 6 and 7) ;
- work is also continuing on a Framework Decision on financial penalties (measure 18). It is hoped to put it to the June 2002 JHA Council for agreement.

These are the success stories, or at least they are the beginnings of the success stories, and history may prove that negotiation of these instruments was in fact the easy part of the story – implementation may prove a tougher problem still !

Other measures, identified as high priority within the programme of measures are still awaiting either an appropriate instrument, or an appropriate opportunity to be introduced. That does not mean that they are of less importance. One of the important aspects of this whole issue is that the concept of pure mutual recognition is itself so radical, at least at first blush, that it is important that the initial instruments actually work in practice, to give the process of negotiation momentum and credibility.

An attempt was made to implement measure 5 (not invoking reservations and declarations under Article 5 of the 1959 Convention) in the Protocol to the 2000 Convention. However, agreement was difficult, and rather than hold up the negotiation of the Protocol, it was agreed that the measure be deferred until the Protocol has been in force for two years. This may not be until 2005. It is interesting that this mutual recognition measure was negotiated in the context of a mutual legal assistance instrument, although in fact the Protocol did not start out life as a Protocol to a mutual legal assistance instrument, but was more properly a mutual recognition instrument in its early form. This underlines my point that the two approaches are very closely linked.

Has there been a sea change or a shift of emphasis? Do the approaches have to be either/or, or are they complementary? And does the traditionalist mutual legal assistance practitioner like myself have to learn a new language to deal with the new phenomenon, or does he merely have to accent his current language a little differently?

I would suggest that mutual recognition is a natural and non-threatening development of mutual legal assistance. It does not herald the death of mutual legal assistance as we know it, and does not require the acquisition of completely new skills. It is rather something that most of us have been doing, perhaps without realising it, for many years already.

I am reminded in conclusion of Monsieur Jourdain, in Moliere's *Le Bourgeois Gentilhomme*. Monsieur Jourdain, ever aspiring to be the perfect gentleman, was assiduous in his attempt to acquire new skills and graces. He found poetry a little difficult, and heard that there was something called prose which might be within his grasp. He commented thus :

“What? When I say, Nicole, bring me my slippers and give me my night cap, is that prose? Good heavens, for more than forty years I have been speaking prose without knowing it”!

“Quoi – quand je dis – Nicole, apportez moi mes pantoufles et me donnez mon bonnet de nuit, c'est de la prose? Par ma foi – il y a plus de quarante ans que je dis de la prose sans que j'en susse rien”!

Perhaps the same can be said about mutual recognition!

Le mandat d'arrêt européen : en tirera-t-on toutes les conséquences ?

Emmanuel BARBE*

L'adoption politique du mandat d'arrêt européen, en décembre 2001¹, constitue une avancée tout à fait remarquable pour l'Union européenne et la mise sur pied d'un espace de liberté, de sécurité et de justice : il constitue la première mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle apparu au Conseil européen de Tampere, faisant passer la coopération judiciaire d'un système d'interopérabilité d'espaces nationaux vers l'idée d'un espace européen. Cette mutation a emporté avec elle des progrès fondamentaux (délais, extradition des nationaux, double incrimination, «judiciarisation» du processus). Or, ce texte décisif a été adopté en un temps record : il a été présenté au Conseil le 20 septembre 2001 par le commissaire Vitorino, pour un premier examen au fond par le comité de l'article 36 le 1^{er} octobre ! Record pour le Conseil de l'Union européenne comme certainement vis-à-vis des autres instances internationales.

Tirera-t-on toutes les conséquences de la manière dont ce texte a été adopté comme de son contenu ? Trois au moins peuvent d'ores et déjà être discernées : sur les méthodes de travail (1), sur l'architecture du droit européen (2) et sur son contenu (en raison des avancées opérées par le mandat d'arrêt européen en matière de double incrimination) (3).

1. Les méthodes de travail

C'est peu de dire que la présidence belge a violé toutes les règles de travail du Conseil : réunions convoquées en urgence, ordres du jour communiqués tardivement,

* Le contenu de cet article n'engage que son auteur.

¹ Précisons qu'à la date du 1^{er} juin 2002, le mandat d'arrêt européen n'a toujours pas été adopté formellement, en raison de réserves parlementaires de certains Etats membres. De fait, la période de négociation aura été plus réduite que la période de levée des réserves parlementaires. Plus généralement, le temps s'écoulant entre l'adoption politique et l'adoption formelle va en s'allongeant, ce qui annihile parfois les efforts déployés par le Conseil pour parvenir rapidement à un accord.

documents non traduits, absence d'interprétation etc. Et pourtant, cela a fonctionné au-delà de toute espérance.

Quelles conclusions en tirer ?

Peut-être serait-il temps de cesser d'imputer aux méthodes de travail les succès ou les échecs de la Justice et des Affaires intérieures. Si la volonté politique est présente, on constate en effet que l'ensemble des institutions fonctionne vite et bien, surtout entre les mains d'une Présidence expérimentée assistée d'un Secrétariat général particulièrement performant. Que la volonté politique fasse défaut et l'impact des méthodes de travail ou de la Présidence sera finalement marginal. Comme dit le proverbe, « on ne fait pas boire un âne qui n'a pas soif en lui donnant des coups de bâton ».

Peut-être au contraire convient-il de réfléchir de manière radicalement différente aux méthodes de travail. Ce n'est finalement pas *en dépit* mais *en raison* de la violation des règles que le texte a pu être adopté. De fait, on peut s'interroger sur le point de savoir si, dans une Europe aujourd'hui à quinze, demain à trente, travaillant à l'unanimité, la vitesse (voire la surprise) ne sera pas la seule solution pour parvenir à des accords. On constate par exemple que le traité de Nice comporte certaines avancées importantes qui n'ont pas été discutées pendant la conférence intergouvernementale mais ont été introduites dans le débat au dernier moment. Il n'est pas certain qu'elles auraient été adoptées si elles avaient fait l'objet d'un débat lors de la conférence.

Puisqu'il semble néanmoins difficile d'échapper à des débats sur les méthodes de travail, le mandat d'arrêt européen pourrait être l'occasion d'y réfléchir de manière paradoxale. Les négociations au sein de l'Union européenne sont un *continuum* dans lequel l'on dispose d'un crédit apparemment infini de réunions et de temps de fonctionnaires. Est-ce une méthode pertinente ? Dans quel état serait le texte du mandat d'arrêt européen si la négociation s'était poursuivie ? Il compterait déjà une dizaine d'articles supplémentaires, moins d'infractions sur la liste de l'article 2², des déclarations par tombereaux, des dispositions sur la protection des données et finalement une perspective d'adoption inversement proportionnelle au nombre d'articles supplémentaires. Finalement, l'adoption du mandat d'arrêt européen dans sa forme actuelle constitue l'affirmation de la primauté du politique sur la technocratie. Elle a été atteinte par la conjonction d'une pression constante du Conseil européen et par la fixation d'une date butoir. La méthode retenue pour l'élection du pape Grégoire X, au XIII^e siècle³, reste donc d'actualité.

² Il s'agit des infractions pour lesquelles la double incrimination est abolie.

³ On sait que les cardinaux furent emmurés jusqu'à qu'ils prennent une décision. On sait moins que le toit du palais où ils étaient réunis fut démonté ! La méthode serait plus cruelle à Bruxelles qu'à Rome !

2. L'architecture du droit européen

Au 1^{er} janvier 2004, l'Union européenne disposera d'un texte unique régissant le droit de l'extradition ⁴. En effet, le mandat d'arrêt européen remplacera la convention du Conseil de l'Europe du 13 décembre 1957 et ses deux protocoles des 15 octobre 1975 et 17 mars 1978 (y compris les réserves et déclarations qui y ont été faites), ainsi que les dispositions pertinentes de la convention de Schengen et surtout les deux conventions de l'Union européenne en matière d'extradition des 10 mars 1995 et 27 septembre 1996 ⁵. Finalement, la méthode choisie au moment de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht – un droit européen d'appoint et non un droit européen autonome – a été abandonnée au profit d'un droit unifié. Ce pas est essentiel : il rend le droit européen lisible, ce qui est un facteur d'efficacité mais aussi de transparence.

Quelles conclusions en tirer ?

D'abord qu'il est possible de réaliser cette consolidation du droit, contrairement aux pronostics des « professionnels de la profession » ⁶.

Partant, il est urgent d'y procéder également en matière de coopération judiciaire, dont l'architecture en « millefeuille » est au moins aussi complexe. Cela est d'autant plus crucial en matière d'entraide judiciaire qu'elle vise *a priori* un public de praticiens plus large. Or, on ne peut que constater que notre patrimoine juridique, en raison de sa complexité, est mal connu et partant peu utilisé. Une initiative de la Commission ou d'un groupe d'Etats membres dans ce domaine serait particulièrement importante. Elle permettrait en outre de clarifier l'intervention de la Cour de justice sur les textes issus du Conseil de l'Europe.

3. Le contenu du droit européen après les progrès en matière de double incrimination

Pour mémoire, le mandat d'arrêt européen a pour effet, à propos d'une liste importante de comportements criminels, d'abolir sous certaines conditions ⁷, la double incrimination. Pour les infractions ne figurant pas sur la liste, la double incrimination demeure, mais la méthode pour l'apprécier est objectivée, et partant sujette à interprétation par la Cour de justice. Cette avancée est considérable. Qu'on en juge ! En mai 2001, à l'occasion de l'adoption du protocole à la convention de l'Union européenne en matière de coopération judiciaire en matière pénale, le Conseil avait constaté sa profonde division sur la question de l'abandon de la double incrimination. Plus encore, certains Etats membres obtenaient, en compensation des concessions importantes par ailleurs consenties en matière bancaire, que la question de la double incrimination ne soit plus examinée par le Conseil pendant un délai de deux ans

⁴ Le terme n'est plus approprié mais est plus lapidaire. Durant la négociation, les négociateurs s'amusaient à parler de « l'*e-word* ».

⁵ Lesquelles risquent bien de ne jamais entrer en vigueur (si l'on met à part les entrées en vigueur anticipées souscrites par certains Etats membres à l'égard des autres Etats membres les ayant déjà ratifiées).

⁶ L'expression a été employée par Jean-Luc Godard au festival de Cannes.

⁷ La peine encourue doit être supérieure à un seuil déterminé.

suisant l'entrée en vigueur de l'instrument. Le protocole étant soumis à ratification des États membres, le sujet était donc renvoyé à une date incertaine. Or, cette déclaration a été souscrite à propos d'entraide judiciaire secondaire mineure. Le pas franchi à l'occasion du mandat d'arrêt européen est donc d'autant plus considérable qu'il porte, au-delà de toute typologie juridique, sur la liberté des personnes.

Deux conséquences devraient se dégager.

A. L'extension de la double incrimination aux autres secteurs de la coopération judiciaire pénale

Il semble difficile de ne pas étendre à la coopération judiciaire pénale les progrès réalisés en matière de double incrimination à l'occasion du mandat d'arrêt européen. Peut-on par exemple imaginer qu'il soit possible d'obtenir la remise d'une personne en raison d'une infraction qui, sans le mandat d'arrêt européen, aurait donné lieu à refus d'extradition faute de double incrimination, mais impossible d'obtenir les preuves pour son procès ou l'exécution d'une décision de confiscation? Dans cette hypothèse, ainsi que l'a fait valoir une délégation durant la négociation, une personne serait plus facile à obtenir que la photographie la représentant!

Au moment d'adopter politiquement la décision-cadre relative au gel des avoirs, la France a de manière obstinée fait valoir ce point de vue. Le Conseil a finalement décidé de suivre sa logique, mais pour les seules décisions de gel destinées à la collecte des preuves, à l'exclusion des mesures destinées à exécuter une décision de confiscation. Ce pas est insuffisant. Il se limite à la seule mesure de gel des avoirs, alors qu'existent de nombreuses autres mesures coercitives en matière de coopération judiciaire en matière pénale. Par ailleurs, il ne couvre pas la confiscation. La cause de cette limitation repose sur la distinction entre coopération judiciaire primaire (un État exécute la décision d'une autorité étrangère) et la coopération judiciaire secondaire (un État prend une décision à la demande d'une autorité étrangère). Or, la reconnaissance mutuelle abolit cette distinction. La coopération judiciaire est désormais exclusivement primaire. Un exemple tiré du mandat d'arrêt européen le démontre avec force. Soit un ressortissant français condamné pour des faits entrant dans la liste de l'article 2, mais non incriminés en droit français. Cette personne, en fuite, est arrêtée en France sur la base d'un mandat d'arrêt européen délivré par un juge des Pays-Bas. Conformément au mandat d'arrêt européen, la France choisit de faire purger sa peine prononcée par le juge néerlandais dans une prison française. Un Français purgera donc dans une prison française une peine d'emprisonnement relative à des faits non commis et non incriminés en France. L'extradition pouvait bien constituer une forme d'autorité judiciaire secondaire: ce n'est plus le cas du mandat d'arrêt européen.

Cet exemple démontre à l'envi que les notions d'entraide judiciaire primaire et secondaire sont obsolètes. Dans ces conditions, le refus d'étendre la suppression de la double incrimination (dans les conditions prévues pour le mandat d'arrêt européen) à la confiscation n'avait pas véritablement de fondement pour le gel des avoirs. Son extension à l'ensemble de l'entraide judiciaire s'impose.

B. Le sort du travail d'harmonisation

L'un des premiers objectifs du rapprochement des législations pénales des Etats membres est de réduire, voire de supprimer, les risques de double incrimination dans le cadre de la coopération judiciaire. Or, la discussion sur le mandat d'arrêt européen a mis en évidence que cet objectif n'est que partiellement atteint, parce que les décisions-cadres constituent bel et bien une harmonisation minimale. Ainsi, même après l'adoption et la transposition par les Etats membres de la décision-cadre sur le terrorisme, peut-on imaginer que les lois espagnole et suédoise sur le terrorisme seront identiques? En fait, les discussions au Conseil lors d'un exercice de rapprochement portent bien plus sur les comportements ne devant pas être incriminés que sur ceux devant l'être.

Or, aujourd'hui pour le mandat d'arrêt européen, demain pour le reste de la coopération judiciaire, cette disparité résiduelle des législations, parfois forte, n'aura plus guère d'importance, puisque la double incrimination ne pourra plus être imposée. Certes, à la demande d'un ministre qui d'une certaine façon partage cette vision des choses, le Conseil a adopté une déclaration indiquant que l'adoption du mandat d'arrêt européen ne devrait pas entraver le travail d'harmonisation. Une telle déclaration évoque cependant un mode de dire romain : *«me le ha date, pero 'sapessi quel che gli ho detto»* («Il m'a beaucoup frappé, mais si tu savais ce que je lui ai dit» (pendant qu'il le faisait)). En réalité, la question est moins de savoir si le travail d'harmonisation continuera, mais plus quel impact aura sur lui le mandat d'arrêt européen. Un début de réponse peut être esquissé : d'une part, le fait qu'une harmonisation soit minimale aura désormais moins d'importance. D'autre part, l'utilité de l'harmonisation des sanctions pourrait en sortir renforcée.

En guise de conclusion, mentionnons une dernière petite conséquence technique du mandat d'arrêt européen. Dans la plupart de nos instruments d'harmonisation des législations, il est indiqué que les faits devant être incriminés pénalement doivent «pouvoir donner lieu à extradition». La compréhension commune en est la suivante : les faits doivent être punis d'une peine maximale non inférieure à six mois. Ce seuil correspond en effet au seuil d'extradabilité de l'article 2 de la convention du 27 septembre 1996. Or, au jour de l'entrée en vigueur du mandat d'arrêt européen, d'une part la notion d'extradition aura disparu (et les instruments qui l'organisent aussi), d'autre part n'existera plus aucune notion de seuil dans l'Etat d'émission.

The Search for Criteria

Determining the Competent Jurisdiction to Carry out Investigations and Prosecutions in the European Union (in the Context of Mutual Recognition of Decisions in Criminal Matters)

Jürgen FRIEBERGER ¹

In its Communication on “Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters” ², the European Commission had undertaken a brief analysis of the advantages a system of rules laying down exclusive jurisdiction for each criminal case for one Member State would have. It had mainly identified the following advantages ³:

- Member States should find the “loss of sovereignty” commonly associated with mutual recognition of foreign decisions more acceptable if these foreign decisions are based on a competence established by commonly agreed rules. Thus, insofar as such a system could be set up, the mutual recognition regime could be a very automatic and direct one, calling only for an extremely limited validation procedure in the recognising Member State, if any;
- “Forum shopping” by either the prosecution or the defence could be prevented;
- every judge and prosecutor could him- or herself find out whether his or her country is competent or not. There would be no need to involve a European instance, at least not where the case is clear. In case of difficult questions of interpretation and/or differences of view between Member States, a European instance (such as the Court of Justice) could be asked to decide the matter;
- where EU rules foresee that only one procedure can be held with regard to a certain act, there would be less of a risk of *bis-in-idem* situations arising.

The Commission then set out to further explore this matter, notably drafting a discussion paper that was subject to an exchange of view with external experts – both

¹ The author works for the European Commission. The views expressed in this article are entirely his own and do not necessarily correspond with those of his employer.

² Communication of 26 July 2000, document COM (2000) 495 final.

³ See chapter 13, notably sub-chapter 13.3 of the Communication.

independent ones and experts coming from Member States' administrations – on 3 December 2001. The discussion paper was also published on the Internet ⁴, and comments from interested parties were asked for. Among the main points analysed in the discussion paper were the following.

Public international law seems to leave states to a large extent free to establish their jurisdiction as widely as they may wish ⁵.

EU practice so far has been that legal texts only aim at obliging Member States to establish jurisdiction, but do not lay down any rules to deal with the consequences this could have as to the establishment of two or more Member States' jurisdiction for the same case. It seemed to the discussion paper's authors that the first priority for the EU legislator has so far been to see to it that jurisdiction would be established at all.

Those EU instruments that do address the situation where more than one Member State would have jurisdiction foresee a consultation/cooperation approach, and do not list any criteria as to which of the Member States involved jurisdiction should fall to ⁶. The discussion paper argued that it would thus seem that they could not be used as examples for drafting rules laying down exclusive jurisdiction.

The discussion paper also looked into the question of the relationship between jurisdiction rules and the *non bis in idem*-principle. Ideally, the *non bis in idem*-principle would ensure that once there has been a final decision concerning a certain offence, no second procedure for the same offence could be launched ⁷. In case such a second procedure has already been launched, it would have to be terminated. As a consequence, one could expect that two or more decisions on the same offence could be avoided. However, the discussion paper identified a number of questions that would remain :

⁴ At http://europa.eu.int/comm/justice_home/unit/penal/discussion_paper_en.doc. The discussion paper may no longer be available online by the time this article appears.

⁵ See the "Lotus"-case decided by the Permanent Court of International Justice: the officer of the watch of a French ship that had been involved in a collision with a Turkish vessel that had caused the deaths of several of the Turkish crew had been charged for his actions before a Turkish court when he came to Istanbul after the accident. The court held that the principles of international law do not prevent a state from bringing such charges (judgment 9 of 27 September 1927).

⁶ Article 6/2 of the EU Convention on the protection of the European Communities' financial interests, Article 9/2 of the EU Convention on the fight against corruption, Article 4 of the Joint Action on making it a criminal offence to participate in a criminal organisation in the EU MS, Article 7/3 of the Framework Decision on increasing protection by criminal penalties and other sanctions against counterfeiting in connection with the introduction of the euro.

⁷ On the *non bis in idem*-principle, see VAN DEN WYNGAERT, C., STESSENS, G., "The International *non bis in idem* Principle: Resolving some of the Unanswered Questions", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, October 1999, p. 779; and SCHOMBURG, "Die Europäisierung des Verbots doppelter Strafverfolgung – Ein Zwischenbericht", *NJW*, 2000, Heft 25, p. 1833.

1. existing international *non bis in idem*-instruments⁸ only cover final decisions. Accordingly, where a procedure has already been launched, but not finally terminated, this would not be a hindrance to another one. On top of the *non bis in idem*-effect for final decisions, one would have to envisage giving *lis pendens* effect to pending procedures;
2. the existing international legal instruments covering *non bis in idem* often contain extensive possibilities for exceptions, allowing a second procedure, after all⁹;
3. the question what exactly constitutes an “*idem*” is often very difficult to answer. E.g., could somebody who has been acquitted of failing to control his vehicle be charged with negligently causing physical injury in respect of a road-traffic accident¹⁰;
4. “Forum shopping” might be encouraged, rather than prevented: since *non bis in idem* prevents a second procedure, it becomes all the more important to have the first procedure in a forum one favours;
5. *non bis in idem* would only be applicable in situations where a state’s authorities have taken a decision. Where the authorities of a Member State that might have had both jurisdiction and substantive criminal law to deal with a certain case have chosen not to bring charges, the implementation of the mutual recognition principle in the European Union would require that Member State to nevertheless recognise and enforce the decision of another Member State’s authorities on this case.

Coming to the conclusion that *non bis in idem* could not be relied on to resolve all difficulties caused by multiple jurisdictions, and thus searching international legal instruments for principles on jurisdiction that might be used as criteria for establishing

⁸ 1957 European Convention on Extradition – European Treaty Series (ETS) n° 24, Article 9.

1970 European Convention on the International Validity of Criminal Judgements, ETS n° 70, Part III, Section 1 (Articles 53-55).

1972 European Convention on Transfer of Proceedings in Criminal Matters, ETS n° 73, Article 35.

1984 Protocol 7 to the ECHR, Article 4, is limited to the jurisdiction of the *same* state, and thus not relevant in this context.

1987 European Political Cooperation (EPC) Convention on Double Jeopardy, Article 1.

1995 EU PIF-Convention, Article 7 (*OJEC*, n° C 316, 27 November 1995).

1997 EU Corruption Convention, Article 10 (*OJEC*, n° C 195, 25 June 1997).

1990 Schengen Implementation Convention, Articles 54 to 58 (*OJEC*, n° C 239, 22 September 2000).

2000 EU Fundamental Rights Charter, Article 50 (*OJEC*, n° C 364, 18 December 2000). The Charter is, however, not legally binding.

⁹ See e.g. Article 2 of the 1987 EPC Convention on Double Jeopardy.

¹⁰ See ECHR 30 July 1998, *Oliveira v. Switzerland*, where the court found no violation of Article 4 of the seventh Protocol to the ECHR, seeing the single act constituting various offences.

exclusive jurisdiction, the discussion paper found that one concept is very widely used: when a criminal offence has been committed within a state's territory, that state shall establish its jurisdiction. This might be called the "territoriality principle".

Another principle, while not found everywhere, is widely established: jurisdiction shall be established by states when the offender is one of their nationals, or another person associated with them. This could be called the "active personality principle"¹¹. The "passive personality principle" is also sometimes established: states are to establish their jurisdiction for acts that were committed against their nationals.

The discussion paper argued that a simultaneous application of both the territoriality and personality principles would often lead to more than one Member State having jurisdiction: e.g., if an offence is committed in the territory of Member State A, and the offender is a national of Member State B, both these Member States would be competent to conduct a trial. The discussion paper expressed a preference for territoriality, given that in a number of existing EU legal instruments, it is foreseen as an obligatory ground for establishing jurisdiction, which is not the case for the personality principle.

Thus focussing on territoriality, the discussion paper pointed out that two elements of a (criminal) act must be distinguished: the action (or omission) a person undertakes, such as shooting a gun, or failing to pull a drowning child from a swimming pool, and the effects this action or omission has, such as a person being shot through the head, or a child drowning. Though relatively rare, there will be cases in which the action/omission takes place in a Member State different from the one where its consequences are being felt. To stick with the examples given above, one could imagine a murderer shooting across the border, or a person passively watching across the border as a child drowns. The discussion paper expected that in practice, such trans-border cases would be numerous in areas such as computer crime, fraud, corruption, counterfeiting of currency, environmental crime, and money laundering.

The discussion paper then presented two options: either one could attribute jurisdiction according to the place of the action (or omission)¹². If this were done, one could expect that:

- in the vast majority of cases, the action/omission would only take place in one Member State. Only very rarely would a natural person be physically present in more than one Member State – literally straddling the border;
- there could, however, be cases where it would be very difficult to determine where the person acting was physically present (e.g. a threatening call from a mobile telephone in the border region);
- such a system could not assign jurisdiction where the action/omission did not take place in any Member State.

¹¹ Sometimes, when applied to (own) nationals only, also called "nationality principle". See, e.g., STESSENS, G., *Money Laundering – A New International Law Enforcement Model*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 232ff.

¹² This concept appears to often be called "ubiquity theory", see, e.g., *Ibid.*, p. 218ff.

The second option the discussion paper listed was to attribute jurisdiction according to the place where the effects of the action (or omission) were felt¹³. The following consequences were expected:

- such a system would be very capable of dealing with cases in which the underlying action/omission did not take place in any Member State;
- it would also avoid the difficulties some Member States might have to accept that they would not have jurisdiction for an act/omission that had effects on their territory;
- in some cases, it could be very difficult to determine where an action/omission has had an effect. E.g., offences against the public reputation of a person could be argued to have had an effect in all states where this person is known, or only in those where the reputation has actually suffered, or – at least potentially – world-wide;
- there would furthermore seem to be certain limits¹⁴ as to how much jurisdiction could be based upon the location of the effects of an action/omission insofar as it would have to be foreseeable to the (potential) perpetrator that he or she risks criminal liability in another state by acting/failing to act in a certain way;
- in many cases, the effect would only be felt in one Member State, but the number of cases where effects would be felt in two or several Member States could be expected to be significantly higher than the number of cases where the action itself took place in more than one Member State. E.g., spreading a computer virus via e-mail would often lead to consequences in several Member States. The same goes for large-scale fraud.

The discussion paper then presented possible overall approaches based on territoriality, which would combine the two options in the following way.

If one were to establish the action (or omission) as the basic rule, one might say that

- (a) the Member State on whose territory an action/omission took place shall have exclusive jurisdiction over it;
- (b) where the action/omission took place on the territory of several Member States, or on the territory of no Member State, or where the territory on which the action/omission took place cannot be identified, the Member State on whose territory the effect of said action/omission was felt shall have exclusive jurisdiction;
- (c) where, according to the above, several Member States would have jurisdiction, each of these Member States shall have exclusive jurisdiction for the action linked to those effects that were felt on its territory.

If, on the other hand, one were to establish the effect as the basic rule, the overall system could be set up as follows:

¹³ This concept appears to often be called “effects theory”, see, e.g., *Ibid.*, p. 221ff.

¹⁴ See e.g. Article 7 ECHR.

- (a) the Member State on whose territory the effect of an action/omission was felt shall have exclusive jurisdiction over it;
- (b) where the effects of an action/omission were felt in several Member States, each of these Member States shall have exclusive jurisdiction for the action linked to those effects that were felt on its territory.

The discussion paper also addressed the issue of resolving conflicts that might arise among Member States in the context of jurisdiction. It identified two possible kinds of conflicts: those where there is a binding set of rules assigning exclusive jurisdiction for a given case to a certain Member State, and those where for a given case, there are no such binding rules.

In the absence of rules assigning exclusive jurisdiction, it would be possible and legally justified for two or more Member States to claim jurisdiction over a given case. In such cases, a different mechanism for resolving these conflicts than the one described below would have to be envisaged. The choice of jurisdiction would be less based on legal criteria, but on criteria of practicality or opportunity, possibly also of a political nature.

Where rules on assigning exclusive jurisdiction exist, there might still be conflicts as to the interpretation of these rules. Notably, two or more Member States might claim jurisdiction for a certain case, each arguing that its interpretation of the rules is the correct one. The discussion paper argued that ways to resolve such positive conflicts of competence should be designed into the system, and came to the conclusion that the provisions of the EU Treaty, notably on preliminary rulings by the Court of Justice (ECJ) ¹⁵ and on ECJ rulings on any dispute between Member States regarding the interpretation or application of Third-Pillar legal instruments ¹⁶ would allow to very adequately deal with such situations. Unfortunately, the case overload of the ECJ could prove to be the source of considerable – and thus in the field of criminal law particularly unacceptable – delays.

Finally, the discussion paper considered that if a national authority had incorrectly assumed the jurisdiction of its Member State, the appropriate remedy for the person thus incorrectly drawn into a penal procedure would appear to be the one foreseen nationally for cases of lack of jurisdiction of the ruling authority. Only where such rules do not exist or are insufficient, would changes have to be made to the national criminal procedural law in this respect.

Having received a wide range of comments on the discussion paper, the Commission intends to issue a non-legislative Communication on questions of jurisdiction in the context of mutual recognition.

¹⁵ Article 35 §§ 1-4 TEU.

¹⁶ Article 35 § 7 TEU.

PARTIE III

Le rapprochement des législations

Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences

Anne WEYEMBERGH *

1. Introduction

Les travaux de rapprochement des législations pénales qui sont menés entre les Etats membres de l'Union européenne frappent par leur caractère complexe et désordonné.

Plutôt que de passer en revue tous les instruments qui ont été adoptés en la matière et ceux qui sont sur le point de l'être, cette contribution sera axée sur les difficultés auxquelles est confronté le rapprochement des droits nationaux en matière pénale. Il s'agira, tout d'abord, de se pencher sur les difficultés qu'il rencontre pour trouver sa place entre les travaux réalisés dans les enceintes internationales plus larges, d'une part, et les différents droits pénaux nationaux, d'autre part (2); seront ensuite examinées celles qu'il éprouve pour trouver sa place au sein même du droit de l'Union européenne (3).

2. Les difficultés à se situer entre les travaux réalisés dans les enceintes internationales plus larges et les différents droits pénaux nationaux

A. *Les difficultés liées aux travaux menés dans les enceintes internationales plus larges*

Certains des travaux réalisés dans des cadres internationaux plus vastes que l'Union européenne sont consacrés au rapprochement des législations pénales. Il suffit à cet égard de songer au cadre mondial des Nations Unies ou au cadre régional du Conseil de l'Europe et aux divers instruments qui y ont été adoptés, relatifs par exemple à la criminalité organisée, aux contrefaçons, à la traite ou au trafic d'êtres humains, aux stupéfiants, au blanchiment de l'argent sale, au terrorisme, etc.

* Cet article a été réalisé avec le soutien du programme Pôles d'attraction interuniversitaire P4/04-Etat belge, Service du Premier ministre – Services fédéraux des affaires scientifiques, techniques et culturelles, du ministère de l'Education, de la Recherche et de la Formation de la Communauté française de Belgique. L'auteur tient à remercier pour leurs précieuses observations Monsieur Daniel Flore, Monsieur Gilles de Kerchove et Monsieur Serge de Biolley. Toutes erreurs ou insuffisances ne sont bien entendu imputables qu'à l'auteur.

Sous peine d'être privé de toute utilité ou de toute spécificité, le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne se doit logiquement soit de couvrir des pans du droit pénal non encore couverts par les autres enceintes soit d'aborder les mêmes domaines mais alors d'approfondir l'harmonisation préexistante.

C'est de cette seconde logique que relève la plupart des instruments visant à rapprocher les législations pénales au sein de l'Union. Certains ont pour objectif d'approfondir le rapprochement réalisé par un texte déterminé adopté dans une enceinte plus large. C'est, par exemple, le cas de la décision-cadre du 29 mai 2000 concernant le renforcement de la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro ¹ : elle cherche à compléter les dispositions de la convention internationale du 20 avril 1929 pour la répression du faux-monnayage et de son protocole et à en faciliter l'application par les Etats membres ². Certains projets actuellement sur la table des négociations des Quinze peuvent également être mentionnés, comme la proposition de décision-cadre relative aux crimes contre l'environnement ³, qui cherche surtout à développer les dispositions de la convention de Strasbourg du 4 novembre 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal ⁴. D'autres instruments de l'Union sont présentés comme l'approfondissement, non pas d'un texte déterminé, mais bien de l'arsenal international généralement applicable en la matière. Parmi eux, figurent notamment la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme ⁵ qui tend à compléter l'« arsenal

¹ Décision-cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, *JOCE*, n° L 140, 14 juin 2000, p. 1 et s.

² Voy. l'article 2 de cette décision-cadre. Sur son apport par rapport à la convention des Nations Unies du 20 avril 1929, voy. entre autres MEJBORN, B., «The Protection of the Euro against Counterfeiting», in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 275 et s. et WEYEMBERGH, A., «La protection de l'euro contre les contrefaçons», in REMACLE, E. et VANDAMME, J. (éd.), *L'Union européenne après l'euro. Enjeux institutionnels et socio-économiques*, *Studia Diplomatica*, vol. LII, 1999, n° 3, p. 143 et s.

³ Cette proposition est ancienne : elle a été déposée par le Danemark avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Il s'agissait donc à l'origine d'une proposition d'action commune (voy. doc. 5579/99, Justpen 5, 1^{er} février 1999). Devenue entre-temps une proposition de décision-cadre, elle rencontre des difficultés particulières liées à la répartition des compétences entre le premier et le troisième pilier (sur ces difficultés, voy. *infra*. Voy. aussi la contribution de JACQUÉ, J. P.).

⁴ STE n° 172.

⁵ Voy. la décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme dont le projet initial a été présenté par la Commission européenne le 19 septembre 2001 (proposition de décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, COM (2001) 521 final, *JOCE*, n° C 332 E, 27 novembre 2001, p. 300 et s.). Elle a fait l'objet d'un accord politique lors du Conseil JAI des 6 et 7 décembre 2001 (voy. doc. 14845/1/01 REV 1 DROIPEN 103 CATS 49, 7 décembre 2001) mais vient seulement d'être adoptée formellement par le Conseil JAI du 13 juin 2002. Elle a été publiée au *JOCE*, n° L 164, 22 juin 2002, p. 3 et s. Sur cette décision-cadre, voy. notamment BARBE, E., «Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne : mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust», *Revue du Marché commun et de l'Union*

anti-terroriste» tant international qu'europpéen ⁶ et certains projets, comme la proposition de décision-cadre présentée par la Commission européenne concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue ⁷, qui elle aussi tend à compléter les dispositions internationales préexistantes en la matière ⁸.

Le défi par rapport aux réalisations des autres cadres est d'autant plus délicat à relever qu'elles ne sont évidemment pas fixées une fois pour toutes mais évoluent considérablement au fil du temps. Maintenir la plus-value que représente le rapprochement des législations entre Etats membres de l'Union implique donc une constante actualisation de l'effort. A ce propos, on peut rappeler le cas de l'action commune de 1998 relative à l'incrimination de participation à une organisation criminelle ⁹. Si elle est apparue fort novatrice à l'époque de son adoption, elle l'est beaucoup moins depuis la signature à Palerme, en décembre 2000, de la convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée qui vise également l'incrimination susdite ¹⁰. Cet exemple est intéressant dans la mesure où il illustre également l'influence que peuvent exercer les travaux de l'Union européenne sur ceux menés dans des enceintes plus larges. L'action commune de 1998 a ainsi clairement servi de source d'inspiration aux négociations ayant débouché sur la convention de Palerme précitée. Il a également été fait référence à la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le terrorisme dans les discussions aux Nations Unies concernant l'adoption d'une convention générale sur le terrorisme international.

européenne, n° 454, janvier 2002, p. 8 ; WEYEMBERGH, A., « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in BRIBOSIA, E. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, collection Droit et justice, 2002, à paraître et WEYEMBERGH, A., « La coopération pénale européenne face au terrorisme : rupture ou continuité ? », in BANNELIER, K., CHRISTAKIS, Th., CORTEN, O. et DELCOURT, B. (sous la dir. de), *Le droit international face au terrorisme*, Paris, Pedone, 2002, à paraître.

⁶ Cet arsenal est entre autres constitué, pour les Nations Unies, par les diverses conventions sectorielles adoptées en la matière dont fait partie la convention pour la répression des attentats terroristes à l'explosif du 15 décembre 1997 et, pour le Conseil de l'Europe, par la convention du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme (sur cet arsenal, voy. WEYEMBERGH, A., « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », *op. cit.*).

⁷ COM(2001) 259 final, 23 mai 2001.

⁸ Et notamment les conventions des Nations Unies telles que la convention unique sur les stupéfiants de 1961 telle que modifiée par le protocole de 1972, la convention de Vienne sur les substances psychotropes de 1971 et la convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988.

⁹ Action commune du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne (*JOCE*, n° L 351, 29 décembre 1998, p. 1 et s.).

¹⁰ Voy. l'article 5 de cette convention concernant l'incrimination de la participation à un groupe criminel organisé.

¹¹ Article 34, § 2, a) du TUE.

L'évolution constante des travaux au sein de ces diverses enceintes exige également de la part de l'Union européenne une grande vigilance afin de maintenir la cohérence entre les divers engagements pris. A cet égard, il convient de souligner l'utilité du recours aux positions communes ¹¹, qui permettent au Conseil de présenter l'approche de l'Union sur une question déterminée lors des négociations dans les organisations internationales et lors des conférences internationales. Comme le montre Gilles de Kerchove dans sa contribution au présent ouvrage, le nombre de positions communes adoptées depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht est relativement modéré puisque on ne peut en dénombrer que sept. Les Etats membres ont notamment eu recours à cet instrument en 1999 aux fins des négociations de la convention précitée des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée ¹².

B. Les difficultés liées aux législations pénales nationales des Etats membres

Cherchant à atténuer, voire à supprimer, les divergences, parfois profondes, qui les caractérisent, le rapprochement des législations implique une révision des dispositions nationales préexistantes. Or les Etats membres manifestent une résistance naturelle à revoir leur droit interne et cette résistance est logiquement d'autant plus grande que les changements à introduire sont importants. C'est donc dans les domaines les moins traités par les droits nationaux que les travaux seront les plus aisés. D'où l'intérêt d'adopter des instruments dans le cadre de l'Union européenne lors de l'apparition de nouveaux types de criminalité, avant même que les législateurs nationaux n'aient eu le temps de les aborder.

Les Etats membres manifestent, outre une résistance naturelle à revoir leur droit interne, une volonté très nette d'imposer leur législation nationale en tant que modèle à suivre.

La réticence au changement et la volonté d'étendre le «règne» de son droit interne existent quel que soit le domaine couvert par les travaux de rapprochement. Elles sont ainsi notamment très clairement présentes dans les champs couverts par le premier pilier du traité, tels que la protection des consommateurs par exemple. Mais elles atteignent un degré particulièrement élevé dans le domaine pénal, celui-ci étant au cœur même de la souveraineté des Etats.

¹² Voy. la position commune du 29 mars 1999 concernant la proposition de convention des Nations Unies contre la criminalité organisée, *JOCE*, n° L 87, 31 mars 1999, p. 1 et s. et, en particulier, son article 1^{er}, § 2, aux termes duquel «Les Etats membres veillent à ce que les dispositions du projet de convention relatives à l'obligation de criminaliser des activités déterminées soient compatibles notamment avec les articles 1^{er} et 2 de l'action commune [du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne]». D'autres positions communes ont été adoptées : voy. notamment les positions communes du 6 octobre 1997 (*JOCE*, n° L 279, 13 novembre 1997, p. 1 et s.) et du 13 novembre 1997 (*JOCE*, n° L 320, 21 novembre 1997, p. 1 et s.) concernant les négociations au sein du Conseil de l'Europe et de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption cherchant à préserver la cohérence avec les instruments préexistants au sein de l'Union européenne (sur les autres positions communes adoptées, voy. la contribution de DE KERCHOVE, G.).

¹³ Article K 3, § 2 du TUE.

Elles ont, par ailleurs, un impact plus important dans ce secteur vu les caractéristiques du cadre décisionnel et institutionnel du troisième pilier du traité sur l'Union.

Cet impact était très fort sous Maastricht puisque les Etats membres détenaient l'exclusivité du droit d'initiative ¹³. Il s'est quelque peu adouci avec le traité d'Amsterdam: la Commission européenne partage, en effet, désormais ce droit d'initiative avec les Etats membres ¹⁴ et elle en fait grand usage ¹⁵. Il ne s'agit pas de dire ici que la Commission européenne devrait détenir l'exclusivité du droit d'initiative dans le domaine pénal mais simplement de constater que, et c'est logique, les propositions issues des Etats membres sont intimement liées à leur réalité nationale respective. C'est positif dans le sens que cela leur permet de présenter des propositions qui s'inspirent des meilleures réalisations de leur droit mais, dans la mesure où ces propositions constituent le reflet d'une législation en particulier – songeons entre autres à la définition des infractions visées dans les projets français sur les passeurs ¹⁶ – cela risque d'être problématique sur le plan de la conciliation des intérêts nationaux en présence.

Indépendamment de l'origine de la proposition, l'impact de l'attachement de chaque Etat membre à son propre système et la résistance au changement qui en découle sont évidemment aussi et surtout renforcés par le maintien de l'unanimité ¹⁷. Le droit de veto que confère le principe de l'unanimité à chaque Etat membre

¹⁴ Article 34, § 2 du TUE.

¹⁵ Voy. la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme qui est issue d'une proposition de la Commission européenne (voy. *supra*, note 5); voy. également la décision-cadre relative à la lutte contre la traite des êtres humains qui est elle aussi issue d'une proposition de la Commission (proposition de décision-cadre relative à la lutte contre la traite des êtres humains, COM (2000) 854 final/2, 22 janvier 2001, elle a fait l'objet d'un accord politique lors du Conseil JAI des 27 et 28 septembre 2001 mais n'a pas encore été adoptée officiellement; le Conseil européen de Séville appelle à une adoption officielle lors du prochain Conseil JAI (doc. SN 200/02)). Parmi les nombreuses propositions de décisions-cadres qui sont encore sur la table des négociations, plusieurs proviennent de la Commission: c'est le cas de la proposition de décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (COM (2000) 854 final/2, 22 janvier 2001), de la proposition de décision-cadre concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue (COM(2001) 259 final, 23 mai 2001), de la proposition de décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie (COM(2001), 664 final, 28 novembre 2001, *JOCE*, n° C 75 E, 26 mars 2002, p. 26 et s.) et de la proposition de décision-cadre relative aux attaques visant les systèmes d'information (COM(2002), 173 final, 19 avril 2002).

¹⁶ Voy. les initiatives de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers et de la décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, *JOCE*, n° C 253, 4 septembre 2000, p. 1 et s. Comparer l'article 1^{er} de la proposition française de directive avec l'article 21, § 1^{er} de l'ordonnance 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration.

—¹⁷ Article 34, § 2 du TUE.

¹⁸ Sur ce point, voy. la contribution de DE BIOLLEY, S. et celle de FLORE, D.

aboutit le plus souvent à restreindre fortement les ambitions. Qu'il s'agisse des incriminations ou des sanctions, on ne peut d'ailleurs pas parler jusqu'ici de véritable harmonisation.

1. *En ce qui concerne les incriminations*

Les textes adoptés se bornent à fixer les minima des incriminations et préservent la liberté des Etats membres d'aller au-delà de ce qu'ils prévoient¹⁸. Mais même en ce qui concerne les minima, l'harmonisation n'est pas réelle : les instruments contiennent en effet des possibilités de dérogation à l'obligation d'incrimination ou des options en matière d'incrimination et ne réalisent ainsi, pour reprendre la belle expression de Daniel Flore, qu'une harmonisation en « trompe-l'œil »¹⁹. Nous renvoyons à cet égard aux exemples cités par l'auteur²⁰. A ceux-ci, il convient d'en ajouter d'autres ; parmi eux, les instruments sur les passeurs introduits à l'initiative de la France et plus précisément la définition qu'ils donnent de l'« aide à l'entrée irrégulière »²¹. La Belgique, dont le droit distingue entre l'aide à l'entrée irrégulière apportée dans un but lucratif et celle apportée à titre humanitaire²², a beaucoup insisté pour que cette distinction soit maintenue au niveau de l'Union. D'autres Etats membres étant opposés à ce que cette distinction soit établie dans une clause obligatoire, une clause facultative a finalement été introduite, aux termes de laquelle chaque Etat membre peut décider de ne pas sanctionner un comportement correspondant à la définition de l'aide à l'entrée irrégulière lorsque l'objectif poursuivi est humanitaire²³. Une telle clause vide évidemment considérablement de son sens l'exercice de rapprochement entrepris, puisqu'elle revient en quelque sorte à institutionnaliser les divergences existantes²⁴. On peut trouver un autre exemple d'« harmonisation en trompe-l'œil »

¹⁹ FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, p. 122 et s.

²⁰ Il cite des exemples d'harmonisation en trompe-l'œil comme l'action commune précitée du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle ou la convention de 1997 relative à la lutte contre la corruption (*ibid.*).

²¹ La directive et la décision-cadre sur l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers ont fait l'objet d'un accord politique lors du Conseil JAI de mai 2001. Elles n'ont toutefois pas encore été adoptées officiellement. Les conclusions du Conseil européen de Séville de juin 2002 appellent à une adoption formelle lors du prochain Conseil JAI (voy. doc. SN200/02).

²² Voy. l'article 77, § 1^{er} de la loi belge sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers qui vise à sanctionner quiconque aide sciemment ou tente d'aider un étranger à entrer ou à séjourner illégalement dans le royaume ou dans un Etat partie à une convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures liant la Belgique. Conformément à l'article 77, § 2, tel que modifié par une loi du 29 avril 1999, la règle précitée ne s'applique pas si l'aide est offerte à l'étranger pour des raisons principalement humanitaires.

²³ Article 1^{er}, § 2 de la directive visant à définir l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers.

²⁴ Sur ce point, voy. entre autres FLORE, D., « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 68 et s.

²⁵ Article 1^{er} de la décision-cadre sur le terrorisme.

dans la décision-cadre du 13 juin 2002 concernant le terrorisme : pour définir les « infractions terroristes », celle-ci recourt, en effet, à un élément intentionnel qu'elle circonscrit mais aussi à un élément matériel constitué par une liste d'infractions qu'elle énumère tout en renvoyant au droit interne des Etats membres en ce qui concerne leur définition ²⁵.

Les deux exemples qui précèdent nous inspirent des sentiments partagés : d'un côté, on déplorera la latitude laissée aux Etats membres puisqu'elle limite fortement la portée de l'exercice de rapprochement entrepris mais, d'un autre côté, l'on ne peut s'empêcher de s'en réjouir dans la mesure où tant les instruments sur les passeurs que celui sur le terrorisme relèvent d'une tendance de plus en plus marquée au sein de l'Union à donner des définitions extensives de certaines infractions et participent ainsi directement de l'orientation de plus en plus répressive prise par l'espace pénal européen ²⁶.

2. *Quant aux sanctions*

Plus encore que pour la recherche de définitions communes des infractions, les résistances des Etats membres sont fortes en ce qui concerne le rapprochement du niveau des sanctions pénales.

Dans ce domaine, les textes adoptés avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam sont fort modestes : certains, dont l'action commune de 1996 relative au racisme et à la xénophobie ²⁷, quoique touchant au rapprochement des législations, ne précisent rien quant au niveau de peine sanctionnant les infractions qu'ils couvrent ; d'autres instruments, comme l'action commune de 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle ²⁸, se contentent d'exiger que les infractions visées fassent l'objet de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » ; d'autres encore exigent, en outre, du moins pour les infractions les plus graves, des peines privatives de liberté pouvant donner lieu à extradition : c'est notamment le cas de la convention de 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes ²⁹, de son premier protocole ³⁰, de la

²⁶ La suppression de la distinction entre aide à l'entrée irrégulière apportée à des fins lucratives et celle apportée pour des raisons humanitaires est critiquable (voy. notamment à ce propos, WEYEMBERGH, A., « De certaines propositions visant à renforcer la lutte contre l'immigration irrégulière au sein de l'Union européenne », *RDE*, 2000, p. 704 et s.). La décision-cadre du 13 juin 2002 sur le terrorisme, quant à elle, est très vague dans les définitions qu'elle donne des infractions visées (à ce propos, voy. entre autres WEYEMBERGH, A., « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », *op. cit.*).

²⁷ Action commune du 15 juillet 1996 concernant l'action contre le racisme et la xénophobie, *JOCE*, n° L 185, 24 juillet 1996, p. 5 et s.

²⁸ Voy. article 2, § 1^{er} de l'action commune du 21 décembre 1998, *JOCE*, n° L 351, 29 décembre 1998, p. 1 et s.

²⁹ Article 2, § 1^{er} de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JOCE*, n° C 316, 27 novembre 1995, p. 48 et s.

³⁰ Article 5, § 1^{er} du protocole du 27 septembre 1996 à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JOCE*, n° C 313, 23 octobre 1996, p. 1 et s.

convention de 1997 sur la corruption ³¹ et de l'action commune de 1998 concernant la corruption dans le secteur privé ³².

Parmi les instruments adoptés depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, certains se contentent encore d'exiger des Etats membres qu'ils prennent les mesures nécessaires pour que les infractions visées soient assorties de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives comprenant au moins dans les cas graves des peines privatives de liberté pour justifier une extradition. C'est notamment le cas de la décision-cadre du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces ³³. Sous Amsterdam, la plupart des textes sont toutefois plus ambitieux : ils stipulent non seulement que les infractions visées doivent être passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives susceptibles de donner lieu à extradition, mais consacrent, en outre, une obligation pour certaines infractions – en tant que telles ou lorsqu'il y a des circonstances aggravantes – de prévoir des peines privatives de liberté dont le minimum de la peine maximale ne peut être inférieur à un nombre d'années d'emprisonnement déterminé. C'est le fameux système du « socle minimal de la peine maximale ». Il a été retenu pour la première fois dans la décision-cadre sur la protection de l'euro contre le faux-monnayage ³⁴. Bien qu'il ait été déclaré que cette solution ne constituait pas un précédent, on la retrouve dans d'autres décisions-cadres, comme dans celles sur le blanchiment ³⁵, sur les passeurs ³⁶, sur la traite des êtres humains ³⁷ et sur le terrorisme ³⁸. Si elle n'avait pas eu trop de mal à s'imposer en ce qui concerne la protection de l'euro, elle a, par contre, constitué un des points les plus difficiles à négocier des autres décisions-cadres citées. La solution finalement retenue pour la traite des êtres humains et le terrorisme apparaît d'ailleurs nettement moins ambitieuse que ne l'étaient sur ce point les propositions initiales de la Commission ³⁹.

³¹ Article 5, § 1^{er} de la convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° C 195, 25 juin 1997, p. 1 et s.

³² Article 4, § 1^{er} de l'action commune du 22 décembre 1998 relative à la corruption dans le secteur privé, *JOCE*, n° L 358, 31 décembre 1998, p. 2 et s.

³³ Voy. son article 6 (*JOCE*, n° L 149, 2 juin 2001, p. 1 et s.). Le projet de décision-cadre de la RFA relative à la poursuite pénale des pratiques trompeuses ou autres pratiques déloyales faussant la concurrence dans la passation des marchés publics au sein du marché intérieur est tout aussi modeste (voy. son article 3, *JOCE*, n° C 253, 4 septembre 2000, p. 3 et s.).

³⁴ Article 6 de la décision-cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, *JOCE*, n° L 140, 14 juin 2000, p. 1 et s.

³⁵ Article 2 de la décision-cadre du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *JOCE*, n° L 182, 5 juillet 2001, p. 1 et s.

³⁶ Article 1^{er} de la décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers.

³⁷ Article 3 de la décision-cadre relative à la lutte contre la traite des êtres humains.

³⁸ Article 4 de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme.

³⁹ Il ne s'agit pas ici du caractère plus ou moins élevé du montant de la peine sur laquelle on a pu se mettre d'accord mais bien du nombre de comportements pour lesquels on a pu

Ces difficultés sont principalement dues à la réticence de certains Etats, qui craignent de voir la cohérence interne de leur système national de sanctions mise en péril. Elles ont mis en lumière la nécessité de mener une réflexion sur l'approche à suivre en matière de rapprochement des peines.

Une telle réflexion a été lancée sous la présidence belge. Grâce à un questionnaire qu'elle a rédigé ⁴⁰ et à la synthèse des réponses qu'elle en a dégagée ⁴¹, la présidence belge a ainsi réalisé une première identification des éléments et paramètres à prendre en compte en vue d'une approche globale et cohérente des sanctions dans l'Union européenne ⁴². Elle a également présenté diverses options techniques concrètes permettant un rapprochement du niveau des peines ⁴³. Le travail s'est poursuivi sous présidence espagnole et a débouché sur l'adoption d'orientations générales lors du Conseil JAI des 25 et 26 avril 2002 ⁴⁴. Celles-ci font preuve d'une grande souplesse mais aussi d'une grande prudence afin que les Etats membres puissent sauvegarder la cohérence interne de leur système interne de sanctions. Dans certains cas, il pourra suffire de prévoir que les Etats membres assureront un niveau de répression « effectif, proportionné et dissuasif » en laissant à chacun d'eux le soin de fixer le niveau des peines. Dans d'autres cas, il pourra être nécessaire d'aller plus loin et de recourir à une échelle commune de sanctions pénales. Lors de leur réunion des 25 et 26 avril 2002, les ministres se sont mis d'accord sur une telle échelle. Elle comprend quatre niveaux de sanctions définis par une fourchette de temps fixe d'emprisonnement dans lequel leur maximum doit s'inscrire : le premier niveau couvre des peines dont le maximum est d'au moins un à trois ans, le deuxième couvre des peines dont le maximum est d'au moins deux à cinq ans, le troisième couvre des peines dont le maximum est d'au moins cinq à dix ans, et le quatrième des peines dont le maximum est d'au moins dix ans.

Les propositions actuellement sur la table, comme le projet de décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, celui sur le racisme et la xénophobie ou celui concernant le trafic de drogues, ont été adaptées en conséquence ou sont en voie d'adaptation. Il convient aussi de relever que les dispositions de certains projets qui sont relatives aux sanctions,

fixer un montant. En ce qui concerne la décision-cadre relative à la traite des êtres humains, comparer l'article 4 de la proposition de la Commission avec l'article 3 de la décision-cadre et en ce qui concerne la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme, comparer l'article 5 de la proposition de la Commission européenne avec l'article 5 de la décision-cadre.

⁴⁰ Doc. 9402/1/01, Droipen 50, 19 juillet 2001.

⁴¹ La synthèse des réponses à ce questionnaire figure dans le doc. 12531/01, Droipen 84, 5 octobre 2001.

⁴² Parmi ces éléments et paramètres figurent les peines prévues pour la tentative, pour la participation à la commission d'une infraction, les circonstances aggravantes, la récidive, les possibilités pour le juge de diminuer la peine prévue par la loi, la libération conditionnelle, etc. (voy. la table des matières de la synthèse des réponses, doc. 12531/01, Droipen 84, 5 octobre 2001).

⁴³ Voy. entre autres les doc. 12998/01, Droipen 87, 25 octobre 2001 et doc. 13789/01, Droipen 95, 9 novembre 2001 et doc. 13957/01, Droipen 96, 14 novembre 2001.

⁴⁴ 7991/02 (Presse 104), p. 14 et s.

comme celles de la proposition de décision-cadre relative aux attaques visant les systèmes d'information ⁴⁵ tiennent compte du changement majeur introduit par la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres ⁴⁶, qui supprime les procédures d'extradition et se substitue aux conventions applicables en matière d'extradition dans les relations entre Etats membres. Les dispositions préexistantes qui exigent des Etats membres qu'ils punissent les infractions concernées de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives «susceptibles de donner lieu à extradition» ne sont toutefois pas privées de toute utilité, d'une part, parce que l'entrée en vigueur de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen n'est prévue que pour le 1^{er} janvier 2004, que donc d'ici là, les conventions relatives à l'extradition restent en principe applicables dans les relations entre Etats membres ⁴⁷ et, d'autre part, parce que la décision-cadre précitée est sans préjudice des relations entre Etats membres et Etats tiers ; en ce qui concerne celles-ci, les conventions du Conseil de l'Europe resteront donc d'application après le 1^{er} janvier 2004.

Les orientations générales dégagées en ce qui concerne le rapprochement des sanctions par le Conseil JAI des 25 et 26 avril 2002 ne constituent qu'une première étape vers l'harmonisation des sanctions. Outre le fait que, par définition, le système du «socle minimal de la peine maximale» n'intervient pas sur le «socle minimal de la peine minimale», les différents niveaux de peines prévus sont des minima ; comme le constate d'ailleurs expressément le Conseil, rien n'empêche donc les Etats membres de fixer des niveaux supérieurs dans le cadre de leur législation nationale. Nombreuses sont, en outre, les questions qui demeurent encore sans réponse. Parmi elles, il y a notamment toute la problématique du rapport entre les peines prévues par les législations nationales et leur application effective à l'issue du procès pénal : même si les montants des peines étaient harmonisés dans les codes pénaux nationaux, ce ne serait qu'une harmonisation de façade ou «de surface» selon l'autre belle expression de Daniel Flore ⁴⁸, étant donné le décalage qu'il peut y avoir entre la peine prévue

⁴⁵ Voy. l'article 6, § 1^{er} de cette proposition (COM(2002) 173 final) et les explications données à son sujet dans l'exposé des motifs présentés par la Commission (p. 15).

⁴⁶ Le projet initial a été présenté par la Commission européenne en même temps que sa proposition de décision-cadre sur le terrorisme, c'est-à-dire le 19 septembre 2001 (proposition de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM (2001) 522 final/2, *JOCE*, n° C 332 E, 27 novembre 2001, p. 305 et s.). Le Conseil JAI a marqué son accord politique sur le texte au cours du mois de décembre 2001 (voy. doc. 14867/1/01 REV 1 ADD 1, COPEN 79 CATS 50, 12 décembre 2001) et celui-ci a fait l'objet d'une adoption formelle par le Conseil JAI du 13 juin 2002. Il devrait être publié prochainement au *JOCE*. Sur cette décision-cadre, voy. notamment FLORE, D., «Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne», *JT*, 2002, p. 273 et s. ; BARBE, E., «Une triple étape pour le troisième pilier de l'Union européenne : mandat d'arrêt européen, terrorisme et Eurojust», *op. cit.*, p. 8 ; WEYEMBERGH, A., «L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen», *op. cit.*

⁴⁷ Articles 25 et 26 de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen.

⁴⁸ FLORE, D., «Une justice pénale européenne après Amsterdam», *op. cit.*, p. 123.

dans la loi et l'application qui en est faite. En effet, bien des éléments et paramètres – comme la libération conditionnelle par exemple ⁴⁹ – sont susceptibles d'intervenir et d'agir sur l'application des sanctions.

3. Les difficultés de se situer au sein même du droit de l'Union européenne

Il convient de distinguer les difficultés liées à la pillarisation du traité sur l'Union et aux relations malaisées du droit pénal et du droit communautaire (A) de celles que rencontre le rapprochement des législations pénales pour trouver ses marques au sein même du troisième pilier du traité (B).

A. Les difficultés liées à la pillarisation du traité sur l'Union et aux relations malaisées du droit pénal et du droit communautaire ⁵⁰

Même si, comme conséquence de sa primauté sur le droit interne des Etats membres, le droit communautaire a exercé une influence incontestable sur le droit pénal et la procédure pénale des Etats membres ⁵¹, il est traditionnellement admis que le pénal est exclu des compétences communautaires et demeure du ressort des seuls Etats membres ⁵².

C'est ce qui a conduit, pour certaines infractions, telles que la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, à un double système de répression, l'un «de nature administrative» développé dans le cadre du premier pilier et l'autre «de nature pénale» développé dans le troisième pilier ⁵³. Ce double système est de nature à semer la confusion. La distinction entre l'«administratif» et le «pénal» n'est

⁴⁹ Voy. les paramètres et éléments identifiés par la présidence belge, note 42.

⁵⁰ Sur ce sujet, voy. la contribution de JACQUÉ, J. P.

⁵¹ A ce sujet, voy. notamment VAN DEN WYNGAERT, C., «Droit pénal et Communautés européennes», *RDPC*, 1982, p. 837 et s.; BOULOC, B., «L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne», in *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal droit européen*, Paris, Gazette du palais, Litec, 1992, p. 103 et s. Comme illustrations des effets du droit communautaire sur le droit pénal et la procédure pénale des Etats membres, voy. entre autres CJCE, 14 juillet 1976, *Watson et Belman, Rec.*, p. 1185; CJCE, 14 juillet 1977, *Concetta Seguls, Rec.*, p. 1495; CJCE, 3 juillet 1980, *Regina, Rec.*, p. 2171 et voy. aussi CJCE, 11 juillet 1985, *Mutsch, Rec.*, p. 1681 et CJCE, 2 février 1989, *Cowan, Rec.*, p. 196.

⁵² Voy. entre autres à ce sujet, VERVAELE, J., «La Communauté économique européenne face à la fraude communautaire. Vers un «espace pénal communautaire»?», *Revue de Sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1990, p. 36.

⁵³ Parmi les outils principaux mis en place dans le cadre du premier pilier, on trouve le règlement 2988/95 du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*JOCE*, n° L 312, 23 décembre 1995, p. 1 et s.), le règlement 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif aux contrôles et aux vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités (*JOCE*, n° L 292, 15 novembre 1996, p. 1 et s.) et la décision de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte anti-fraude (*JOCE*, n° L 136 du 31 mai 1999, p. 20 et s.). Parmi les principaux outils adoptés dans le cadre du troisième pilier, on peut entre autres citer la convention précitée du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*JOCE*, n° C 316, 27 novembre 1995, p. 48 et s.) et ses protocoles (*JOCE*, n° C 313,

pas évidente du tout ⁵⁴. Elle a pourtant des conséquences pratiques importantes ⁵⁵ puisque, selon qu'elle est administrative ou pénale, la répression opère dans un contexte normatif tout à fait différent. Le rôle des institutions communautaires – et en particulier l'étendue du contrôle par la Cour de justice des Communautés européennes – de même que les effets juridiques des instruments adoptés ne sont pas identiques dans les premier et troisième piliers ; les notions introduites dans ceux-ci ne sont pas nécessairement les mêmes. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la protection des intérêts financiers communautaires, il est question d'« irrégularité » dans le premier pilier et de « fraude » dans le troisième sans que les définitions de ces deux concepts correspondent vraiment l'une à l'autre ⁵⁶. Deux textes ont été introduits dans ce domaine par la Commission européenne, à savoir un projet de directive relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté présenté le 23 mai 2001 ⁵⁷ et un livre vert portant sur le même sujet ainsi que sur le procureur européen ⁵⁸. Certes ils ont le mérite de rationaliser dans une certaine mesure le traitement de la matière puisqu'ils tendent tous deux à établir au niveau communautaire des incriminations et des peines ⁵⁹. Ils ne règlent cependant pas tous les problèmes qui se posent ⁶⁰ et sont

23 octobre 1996, p. 1 et s. ; *JOCE*, n° C 151, 20 mai 1997, p. 1 et s. et *JOCE*, n° C 195, 25 juin 1997, p. 1 et s.). Il est à noter que la lutte contre la fraude aux intérêts financiers des Communautés profite aussi d'instruments plus transversaux du troisième pilier comme le mandat d'arrêt européen par exemple et qu'elle figure parmi les infractions pour lesquelles Europol et Eurojust sont compétents. Sur le système de lutte contre les fraudes aux intérêts financiers des Communautés européennes en général, voy. notamment DE ANGELIS, F., « La lutte contre la fraude : premier et troisième piliers de Maastricht », in PAULY, A. (sous la dir. de), *De Schengen à Maastricht : voie royale et course d'obstacles*, Maastricht, Institut européen d'administration publique, 1996, p. 97 et s.

⁵⁴ Beaucoup d'auteurs se sont interrogés sur ce qui distingue véritablement ces deux notions. Pour certains, le qualificatif « administratif » relève de l'hypocrisie ou de la dissimulation. Il servirait à masquer le caractère pénal de la sanction. A propos des sanctions dans le domaine de la concurrence, VAN BINSBERGEN, W. a écrit qu'il s'agissait d'« une sauce pour faire passer le poisson » (« Le droit pénal des Communautés européennes », in *Droit pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1970, p. 204). DELMAS-MARTY, M. parle à cet égard de sanctions ayant le caractère de punition et étant situées à la périphérie du droit pénal, de vrai faux pénal (*Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 29).

⁵⁵ Voy. tableau qui met en exergue les différences principales entre les deux systèmes de répressions, VAN DEN WYNGAERT, C., « Etude espace judiciaire européen, Groupe thématique n° 2 : Règles de compétence et extra-territorialité », 1^{er} rapport, Bilan et perspectives, avril 1996, p. 9.

⁵⁶ Voy. article 1^{er}, § 2 du règlement 2988/95 du 18 décembre 1995 et article 1^{er}, § 1^{er} de la convention du 26 juillet 1995.

⁵⁷ *JOCE*, n° C 240 E, 28 août 2001, p. 125 et s.

⁵⁸ COM(2001)715, 11 décembre 2001.

⁵⁹ Voy. notamment les articles 7 et 10 du projet de directive et le point 5 du livre vert, p. 34 et s.

⁶⁰ Dans leur version actuelle, ils ne paraissent en effet par exemple pas offrir de solution à la problématique d'un recours cumulé aux deux systèmes de répression, administratif et pénal. Le risque existe en effet qu'une double poursuite, administrative et pénale, soit exercée pour les mêmes faits et, à cet égard, la question se pose de savoir si ce ne serait pas contraire au

extrêmement délicats puisqu'ils impliquent la reconnaissance de compétences pénales à la Communauté ⁶¹. Sans aller jusqu'à une telle reconnaissance, la solution retenue en ce qui concerne la lutte contre les passeurs, à savoir, d'une part, la définition du comportement visé dans une directive relevant du premier pilier et, d'autre part, l'exigence d'incrimination du comportement ainsi défini et les sanctions dans une décision-cadre du troisième pilier, permet d'éviter certaines incohérences puisqu'elle permet de dégager une seule notion et une seule définition communes aux premier et troisième piliers. Cette solution présente cependant également d'indéniables désavantages, dont celui de découper artificiellement une même matière en deux instruments distincts régis par des règles différentes ⁶². Par ailleurs, sans qu'il s'agisse ici de se prononcer sur l'opportunité d'une généralisation de cette solution, il n'est pas du tout sûr que celle-ci puisse être appliquée à d'autres secteurs : elle s'est en effet imposée dans une matière, la lutte contre les passeurs, qui entretient avec le premier pilier une relation tout à fait particulière qui provient de la communautarisation des questions d'asile et d'immigration combinée à l'intégration de l'acquis Schengen.

B. Les difficultés à se situer au sein même du troisième pilier du traité

Vu son caractère délicat et sensible, les Etats membres, ou du moins certains d'entre eux, ont du mal à reconnaître le rapprochement des législations comme troisième pan de l'espace pénal européen en construction et d'admettre qu'il convient de le développer aux côtés de la mise sur pied des organes et du processus de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales.

Dans le cadre du traité de Maastricht, les travaux de rapprochement réalisés en matière pénale n'osaient pas trop dire leur nom. Le développement de la coopération judiciaire pénale leur a, en quelque sorte, servi de « couverture » puisqu'ils étaient le plus souvent présentés comme le moyen nécessaire au service du développement de la coopération judiciaire pénale entre Etats membres, comme un outil devant permettre l'atténuation des obstacles traditionnels à celle-ci ⁶³. A l'époque, cette présentation pouvait se justifier par le silence du troisième pilier de Maastricht à

principe *non bis in idem* consacré tant par la convention européenne des droits de l'homme, par le pacte international des droits civils et politiques que par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁶¹ Mais alors que le projet de directive a été présenté dans le cadre juridique existant du premier pilier, sur la base de l'article 280, § 4, le livre vert reconnaît expressément quant à lui qu'une modification préalable du traité est nécessaire pour que les propositions qu'il contient (le procureur européen) puissent trouver à s'appliquer (voy. point 2.4., p. 20).

⁶² C'est d'ailleurs une des critiques qui a été adressée par le Parlement européen sur les projets français relatifs aux passeurs (voy. ses résolutions sur l'initiative de la République française en vue de l'adoption de la directive du Conseil visant à définir l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers (10675/2000 C5-0427/2000-2000/0821 (CNS)) et sur l'initiative de la République française en vue de l'adoption de la décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers (10676/2000-C5-0426/2000-2000/820 (CNS)).

⁶³ Dans ce sens voy. tant les quelques textes programmatiques de l'époque que les instruments concrets adoptés.

propos du rapprochement. En effet, comme celui-ci ne figurait pas dans la liste des questions d'intérêt commun énumérées par l'article K 1, on pouvait faire valoir la nécessité de faire le lien avec l'une de ces questions, en l'occurrence la coopération judiciaire pénale. La volonté d'éviter des contestations liées à la compétence ne permet toutefois pas d'expliquer, à elle seule, le fait que le rapprochement des législations était présenté comme mis au service de la coopération. On retrouvait, en effet, plus ou moins nettement la même présentation lorsque ces travaux étaient liés à d'autres questions d'intérêt commun que la coopération judiciaire pénale, comme la toxicomanie ou la fraude de dimension internationale. Cette présentation constitue donc le symptôme d'une difficulté bien plus profonde que la simple recherche d'une base juridique de compétence.

Le troisième pilier tel qu'il a été rénové par le traité d'Amsterdam reconnaît un statut à part entière au rapprochement des législations. Celui-ci y est désormais expressément mentionné à plusieurs reprises et notamment présenté, par l'article 29, § 2, comme un des moyens de prévenir et de lutter contre la criminalité, aux côtés du renforcement de la coopération policière et de la coopération judiciaire pénale. L'article 34 intensifie, par ailleurs, cette « autonomisation » en mettant à disposition un instrument spécifiquement consacré au rapprochement, à savoir la décision-cadre. Si on les compare à ceux réalisés sous Maastricht, les travaux de mise en œuvre des dispositions introduites à Amsterdam témoignent d'un « détachement » manifeste du rapprochement des législations par rapport à la coopération. Ainsi, alors que, sous Maastricht, les instruments adoptés étaient « mixtes », dans la mesure où ils comportaient tant des dispositions cherchant à harmoniser les législations que d'autres relatives aux divers mécanismes de coopération, la plupart des instruments adoptés depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, ceux en voie d'adoption ou les projets sur la table sont beaucoup plus spécifiquement consacrés au rapprochement. Il reste toutefois certaines exceptions, comme la proposition de décision-cadre concernant la lutte contre le racisme et la xénophobie qui est présentée par la Commission européenne comme poursuivant deux objectifs simultanés : le rapprochement et la coopération. Il subsiste par ailleurs une résistance, dans le chef de certains Etats membres, à parachever le « détachement » précité et à reconnaître au rapprochement le statut de troisième pan de l'espace pénal européen.

Cette attitude est fâcheuse parce qu'elle tend à nier l'importance des travaux de rapprochement, certes extrêmement difficiles mais néanmoins indispensables. Ils ont différentes fonctions à remplir, des fonctions « auxiliaires » mais aussi « autonomes ».

Ils sont nécessaires à la réalisation des deux autres pans de l'espace pénal européen. Ni la mise sur pied d'organes européens, ni la reconnaissance mutuelle ne sont réalisables sans un approfondissement des travaux de rapprochement. Il est vrai que, puisque l'objectif de la reconnaissance mutuelle est de permettre une simplification de la coopération en dépit des divergences séparant les droits internes des Etats membres, on a pu craindre un moment que ce processus n'entraîne un arrêt des efforts de rapprochement. Il n'en a heureusement rien été. Ceux-ci ont même connu un développement sans précédent depuis le lancement du processus de la reconnaissance mutuelle et il est très rapidement apparu que, quel qu'ait été l'objectif de départ poursuivi par ses initiateurs, la reconnaissance mutuelle n'est pas une

alternative au rapprochement ⁶⁴. Si, à première vue, il peut sembler que la suppression de la double incrimination pour trente-deux infractions dans la décision-cadre relative au mandat d'arrêt ⁶⁵ et dans celle relative au gel des avoirs et des preuves ⁶⁶ repose la question de la complémentarité entre reconnaissance mutuelle et rapprochement, cette complémentarité est néanmoins toujours bel et bien à l'ordre du jour. Les Etats membres n'ont en effet manifestement accepté la suppression de la double incrimination que dans la perspective d'un approfondissement des travaux de rapprochement, – au point même que l'on peut se demander dans quelle mesure les trente-deux infractions citées ne sont pas une ébauche de programme de l'harmonisation à entreprendre. Il nous semble, par ailleurs, irréaliste de croire que les autorités de terrain mettront en œuvre le principe de la reconnaissance mutuelle s'il n'y a pas parallèlement une réduction des divergences entre législations pénales. Une chose est bien sûr d'adopter les textes, une autre de les appliquer dans la pratique. A cet égard, la confiance mutuelle ne se décrète pas. Outre le fait que la reconnaissance mutuelle n'est pas réalisable si elle n'est pas accompagnée d'un approfondissement du rapprochement des législations, elle n'est pas non plus souhaitable sans celui-ci, et ce pour des raisons que nous avons développées ailleurs ⁶⁷.

Le rapprochement a aussi des fonctions « autonomes » à remplir. Il faut citer, tout d'abord, le rôle de « signal », essentiel pour la mise sur pied d'une politique criminelle européenne. Il permet ensuite d'éviter que certains Etats membres, parce qu'ils apparaissent moins sévères, ne constituent des sanctuaires pour les criminels ou certains d'entre eux. Enfin, le rapprochement est aussi primordial « pour donner aux citoyens un sentiment commun de justice », une des conditions – expressément mentionnée dans le plan de Vienne ⁶⁸ – de la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Le rapprochement des législations pénales souffre cruellement de l'absence d'une approche commune concernant son statut et ses fonctions. C'est pourtant de ceux-ci que dépendra le contenu à lui donner : ce n'est en effet bien sûr qu'une fois que les Quinze auront pu se mettre d'accord sur les objectifs à poursuivre qu'ils pourront définir rationnellement non seulement les matières à rapprocher mais aussi, en ce qui les concerne, le degré de rapprochement à rechercher. Ainsi, le fait que les travaux ne réalisent qu'une harmonisation en trompe-l'œil ou de façade est moins préjudiciable

⁶⁴ Sur cette question, voy. entre autres WEYEMBERGH, A., « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales au sein de l'Union européenne : mise en perspective », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, p. 54 et s.

⁶⁵ Article 2, § 2 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen.

⁶⁶ Article 3, § 2 de cette décision-cadre (doc. 6980/02, COPEN 20, 13 mars 2002), qui a fait l'objet d'un accord politique lors du Conseil JAI du 28 février 2002 (6533/02 (Presse 43 – G, p. 7) mais n'a toutefois pas encore été adoptée officiellement (à propos de cette décision-cadre, voy. notamment la contribution de BARBE, E.)

⁶⁷ WEYEMBERGH, A., « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales au sein de l'Union européenne : mise en perspective », *op. cit.*, p. 54 et s.

⁶⁸ JOCE, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1 et s.

à la fonction de signal du rapprochement des législations qu'à son rôle d'obstacle à l'existence de refuges pour les criminels et d'élément constitutif d'un sentiment commun de justice dans le chef des citoyens.

Depuis Amsterdam, on dispose de quelques repères en ce qui concerne le contenu des travaux de rapprochement. L'article 31 e) du traité stipule ainsi qu'il faut « adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et du trafic de drogue ». Divers textes de nature programmatique, adoptés pour mettre en œuvre le traité, sont venus compléter ces indications, comme le plan de Vienne ⁶⁹, les conclusions de Tampere ⁷⁰ ou le tableau de bord de la Commission ⁷¹. Mais ces précisions restent fort limitées : on est bien loin d'un programme du type de celui adopté en matière de reconnaissance mutuelle ⁷². Elles n'apparaissent en outre manifestement pas comme le fruit d'une réflexion mûrie. Lorsqu'on les examine et que l'on se penche également sur les instruments concrets visant à les mettre en œuvre, bien des questions viennent à l'esprit : on peut ainsi notamment s'interroger sur les critères qui ont motivé le choix des infractions identifiées comme devant faire l'objet d'un rapprochement : est-ce leur gravité, leur caractère transnational, les drames de l'actualité ? On peut également se demander pourquoi c'est la voie du « socle minimal de la peine maximale » qui a été retenue en matière de sanctions ou pourquoi on a si longtemps négligé le rapprochement des procédures alors qu'il est tout aussi – voire même plus – indispensable que le rapprochement des législations matérielles ⁷³. En ce qui concerne cette dernière question, il convient de se réjouir de ce que la Commission européenne paraît s'être engagée dans la voie d'un rapprochement des procédures puisque, après avoir dégagé quelques pistes dans sa communication au Conseil et au Parlement européen portant sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale ⁷⁴, elle a entamé une consultation et a annoncé la présentation d'une communication sur le sujet ⁷⁵.

⁶⁹ JOCE, n° C 19, 23 janvier 1999, p. 1 et s.

⁷⁰ Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, SN 200/99, § 48.

⁷¹ Voy. sa dernière version : communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen « Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne » (1^{er} semestre 2002), COM(2002) 261 final, 30 mai 2002, point 4.3., p. 59 et s.

⁷² Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, JOCE, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 10 et s.

⁷³ Sur ce point, voy. notamment WEYEMBERGH, A., « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales au sein de l'Union européenne : mise en perspective », *op. cit.*, p. 54 et s.

⁷⁴ Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen *Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale*, COM (2000) 495 final, 26 juillet 2000, p. 18.

⁷⁵ *Consultation Paper* intitulé « Procedural Safeguards for Suspects and Defendants Criminal Proceedings », http://www.europa.eu.int/comm/justice___home/unit/penal/consult_paper_proc_safeguards_en.htm.

4. Conclusion

On le voit, les difficultés auxquelles le rapprochement des législations doit faire face sont nombreuses. Il constitue d'ailleurs sans doute le pan de l'espace pénal européen en construction le plus ardu à mettre en œuvre. C'est en tout cas certainement dans ce secteur que l'absence d'une réflexion approfondie se fait le plus cruellement ressentir.

C'est la raison pour laquelle nous pensons que l'apport essentiel de la présidence belge en matière de rapprochement réside, non pas dans le fait qu'elle est parvenue à recueillir l'accord des Quinze sur des instruments déterminés, parmi lesquels figure la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme – qui n'est par ailleurs pas sans dangers – mais bien plutôt dans le lancement d'une réflexion substantielle en matière de rapprochement. Celle-ci n'a porté, il est vrai, que sur un aspect des travaux d'harmonisation, à savoir les sanctions. Mais il n'empêche qu'un mouvement tout à fait primordial a ainsi été lancé qui devrait s'élargir pour donner lieu à un débat plus ambitieux sur les objectifs du rapprochement des législations, sur les pans du droit qu'il est nécessaire de rapprocher et sur la manière de le faire qui concilierait au mieux les exigences d'efficacité et la sauvegarde des garanties individuelles.

La Convention constitue bien sûr l'occasion de mener une telle réflexion. Espérons qu'elle soit saisie.

La Convention crée également l'opportunité de rendre les structures décisionnelles dans le cadre du troisième pilier plus démocratiques. La réalisation d'une telle démocratisation est essentielle. A défaut, c'est en effet toute la légitimité de l'espace pénal européen, et en particulier des travaux de rapprochement des législations, qui est sujette à caution.

Quelle utilité pour l'harmonisation des sanctions au niveau européen ?

Georges KELLENS

« Voici venir le quatrième empire : à la fois dur et fragile, plus proche de Rome et du monde antique que de la chrétienté, il naît sur les décombres de l'idéologie, et de cet empire soviétique qui prétendit un moment être la troisième Rome »¹.

L'espace européen est une sorte de terre promise, brillant de mille feux pour tant de pays pauvres, attirant la convoitise de l'extérieur et de l'intérieur. Le pénal est arme de citadelle par rapport à l'extérieur, et arme de garde civique à l'intérieur du périmètre.

Le pénal ne va cependant pas de soi. Il n'est plus, comme il pouvait l'être à l'époque de Kant, un impératif catégorique. Il doit se justifier. De la même façon, ajuster les normes pénales d'un ensemble d'Etats relevant d'un certain espace doit répondre de façon adéquate à des objectifs qu'on aimerait explicites.

1. Travaux d'approche

L'harmonisation des sanctions pénales était à l'ordre du jour de la réunion du conseil des ministres de la justice, des affaires intérieures et de la protection civile qui s'est tenue à Luxembourg les 25 et 26 avril 2002.

Le document provisoire relatant cette réunion rappelle qu'un certain nombre d'instruments impliquant une harmonisation des sanctions pénales ont été adoptés par le Conseil sur la base du traité de l'Union européenne. Les instruments adoptés avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam avaient pour premier objectif d'établir un minimum d'éléments constitutifs de certaines infractions et d'assurer une base adéquate de coopération des Etats membres par rapport à ces infractions. Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil a, sur la base des articles 31 et 34 du TUE, adopté un certain nombre d'instruments qui posent en outre des exigences en matière de maximum requis pour la punition de certaines infractions dans les législations nationales.

¹ GUÉHENNO, J.-M., *La fin de la démocratie*, Paris, Flammarion, 1993.

Le besoin d'une approche générale en matière d'harmonisation des sanctions pénales a été affirmé aux réunions du conseil Justice et affaires intérieures des 28 et 29 mai 2001 et des 27 et 28 septembre 2001. La présidence belge a, dans cette ligne, proposé en novembre 2001 un document basé sur les suggestions de plusieurs Etats membres et fournissant un certain nombre de suggestions techniques. A la lumière des observations faites sur ce document et d'idées présentées par la présidence espagnole, la question a de nouveau été traitée à la réunion informelle du conseil JAI de Santiago de Compostela, les 14 et 15 février 2002.

A Luxembourg, les 25 et 26 avril 2002, la volonté a été exprimée d'avancer dans le domaine de la coopération contre le crime, et de poursuivre les efforts demandés au Conseil européen de Tampere en octobre 1999, de convenir de définitions, d'incriminations et de sanctions communes pour un certain nombre d'infractions de particulière importance.

Le conseil a cependant entendu garder à l'esprit que les traditions juridiques diffèrent d'un Etat membre à l'autre, et que, pour préserver la cohérence des systèmes de pénalités des différents Etats, il fallait ménager dans l'harmonisation une certaine flexibilité.

Ainsi, dans certains cas, il pourra être suffisant de prévoir que les Etats membres assureront un niveau de répression « effectif, proportionné et dissuasif » en laissant cependant chaque Etat membre libre de déterminer le niveau des sanctions pénales.

Dans d'autres cas, l'esprit de Tampere devra se traduire par une échelle de sanctions pénales commune. Les ministres se sont mis d'accord sur quatre niveaux de sanctions exprimés en durées d'emprisonnement : un premier niveau de maximum d'au moins un à trois ans ; un deuxième niveau d'au moins deux à cinq ans ; une troisième, d'au moins cinq à dix ans ; un quatrième (où des peines graves sont considérées comme nécessaires), d'au moins dix ans.

Le document de Luxembourg précise que chacun des quatre niveaux de pénalités ne doit pas nécessairement se retrouver dans chaque instrument juridique, ni que chaque infraction dans un instrument particulier doit être objet d'harmonisation. Il précise en outre que rien n'empêche les Etats d'aller au delà de ces niveaux dans leur droit national.

En revanche, dans les secteurs considérés comme prioritaires, les minimums de maximums, et peut-être davantage encore, seront exigibles.

Dans son commentaire à la presse, le commissaire européen à la Justice et aux affaires intérieures, Antonio Vitorino, a précisé que, dans l'immédiat, cette décision allait permettre de débloquent les discussions sur la définition d'un cadre commun sur la répression du trafic de stupéfiants et sur celle de la cybercriminalité. Il a considéré également que les efforts devaient se poursuivre dans l'harmonisation des « conditions d'application des peines ».

Même prudence affichée, momentanément, du côté de la Commission européenne, dans ses efforts qui portent plutôt sur le premier pilier que sur le troisième : dans son livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen, la Commission propose de ne pas fixer le niveau des sanctions pénales au-dessous de ce que prévoit déjà la proposition de directive du 23 mai 2001 et les dispositions conventionnelles qu'elle reprend. Ces textes stipulent

que les comportements de fraude, de corruption et de blanchiment de capitaux qu'ils visent doivent être passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives, incluant, au moins dans les cas graves, des peines privatives de liberté pouvant entraîner l'extradition. Ils prévoient la confiscation des instruments et du produit correspondant ².

La Commission se réfère dans ce livre vert au respect des principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines rappelés dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et exprime l'idée que l'effort d'harmonisation, «s'il devrait être plus élevé eu égard à la nature commune des incriminations concernées, doit cependant rester cohérent avec le débat plus général, en cours au sein de l'Union européenne, sur l'harmonisation des peines».

Selon la Commission, «le niveau maximal des sanctions – des peines privatives de liberté aussi bien que des amendes – devrait être déterminé par le législateur communautaire, le juge national ayant la liberté dans cette limite d'apprécier le niveau de la sanction qu'il prononce. La possibilité de recourir à des peines alternatives ou complémentaires devrait également être envisagée. En particulier, un type communautaire de peines complémentaires pourrait être établi, ouvrant par exemple la possibilité de prononcer une exclusion de la fonction publique européenne, de l'accès aux subventions ou encore de l'accès aux marchés publics dès lors que des financements communautaires sont sollicités» ³.

Si l'on quitte le discours officiel pour écouter les voix de la doctrine, on observera d'abord que le conseil Justice et affaires intérieures peut, spécialement dans le domaine de l'harmonisation jugée nécessaire pour combattre la criminalité organisée, prendre des décisions qui échappent largement aux procédures démocratiques et transparentes ⁴.

Des auteurs comme Gert Vermeulen observent par ailleurs de larges débordements de compétences par rapport au mandat limité que le TUE a donné tant au conseil JAI qu'à la Commission : ainsi, les zones d'intervention dépassent la tâche d'harmonisation dans les domaines strictement déterminés du crime organisé, du terrorisme et du trafic de drogues illicites.

Une critique fondamentale porte sur l'absence d'une réflexion explicite sur les besoins et les objectifs de l'harmonisation. Sans doute, la finalité originaires de l'harmonisation était de représenter une étape vers la confiance et la reconnaissance mutuelle, voire une transition vers l'unification à laquelle tendent les cercles de *Corpus*

² BIHAIN, L., *et al.*, «European Prosecutor», *Agon* (bulletin trimestriel de l'Association des juristes européens pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes), 9/34 (janvier-mars 2002), p. 2-38.

³ COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, COM (201) 715 final, décembre 2001.

⁴ WEYEMBERGH, A., «L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen», in BRIBOSIA, E. et WEYEMBERGH, A. (dir.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2002, à paraître.

*juris*⁵. Mais actuellement, dans une série de domaines, les efforts de rapprochement des législations peuvent être perçus comme un « objectif en soi » résultant d'un choix idéologique, plutôt que comme mus par le besoin démontré de résoudre des problèmes clairement identifiés⁶.

Enfin, l'établissement de minima pour les sanctions maximales qu'une infraction peut entraîner, porte en soi un potentiel d'aggravation des sanctions, de ralliement au plus haut commun dénominateur. La question se pose de savoir si les efforts ne devraient pas tendre à réduire la diversité des niveaux de pénalité (notamment en prévoyant aussi des maxima pour les pénalités maximales) pour garantir une égalité au moins formelle des citoyens européens, et donc pour représenter un élément essentiel de développement de liberté et de justice, et pas seulement de sécurité⁷.

Le problème se pose donc de savoir pour qui l'harmonisation des sanctions pénales présente une utilité, et on peut se demander si, selon la vieille logique d'Ivan Illich, l'utilité n'est pas celle avant tout de l'institution européenne, dans laquelle le citoyen risque d'être dilué.

2. Embryon d'Etat

L'Union européenne, comme Etat en formation – Etat de type « impérial » dans le sens adopté par Guéhenno⁸ : espace relativement abstrait, fondamentalement complexe, empire sans empereur –, découvre le pénal.

Le pénal, historiquement, est d'abord fiscal : il naît d'un besoin de protéger des ressources.

Le procureur est « fiscal » (mot substantif) dans les pays ibériques, à l'égal de l'employé du fisc (adjectif il est vrai).

Le parquet qui naîtrait du *Corpus juris* dans le premier pilier des traités, le pilier étatique, sera d'abord le défenseur du roi, de ses territoires, avant de défendre la veuve et l'orphelin.

Cela a été l'évolution étatique, en France par exemple : le ministère public a été le représentant, le délégué, l'avoué, l'« attorné » en langage normand, traduit depuis outre-Manche et outre-Atlantique par « *attorney* », du pouvoir, avant de prendre en charge des causes généreuses, affirmées celles de tous.

D'aucuns ont dit que l'Etat était une « parenthèse de l'histoire » : il serait né avec les pharaons. « Si les sociétés humaines avaient un an, l'Etat serait apparu au début de la dernière semaine de l'année, vers le 25 décembre, et n'aurait conquis l'ensemble de la planète que le 31 décembre à 23 h 30 »⁹.

⁵ DELMAS-MARTY, M., « Union européenne et droit pénal », *Cahiers de droit européen*, 1997, 5-6, p. 607-653.

⁶ VERMEULEN, G., *Where do we currently stand with harmonization in Europe?*, IRCP (Institute for international research on criminal policy), Ghent University, 2002.

⁷ *Ibid.*

⁸ GUÉHENNO, J.-M., *op. cit.*

⁹ DE BODINAT, H., *L'Etat, parenthèse de l'histoire?*, Paris, PAU, 1995.

Il s'est d'emblée lié au pénal qui, au départ, se confondait avec la remise en état, en son pristin état : la *Restorative Justice* qu'on redécouvre, dessinant avec le « vindicatoire » des origines (ou de la justice musulmane dans sa strate pré-islamique, où les crimes de sang créent un « obligé » qui doit trouver arrangement avec celui qu'il s'est créé comme créancier) la recherche de la paix, qui est la façon la plus actuelle de penser le pénal ¹⁰.

La nation européenne – les fiançailles, l'élan, l'esprit européen –, c'est le Conseil de l'Europe qui l'a dessinée : Strasbourg a donné le ton d'un certain état de conscience et de civilisation (oserait-on le mot ?) européenne. La vision d'un certain type de dignité humaine, qui ne supporte pas que les valeurs et les gens deviennent des choses monnayables. Le Conseil de l'Europe a secrété certaines harmonisations de règles, d'ordres divers, par exemple de la pharmacopée, mais il a surtout communiqué des modèles de règles respectueuses des droits humains. Pourtant, dans cet espace culturel de plus en plus vaste, les lexiques publiés par le bureau de la terminologie du Conseil de l'Europe ne font pas plus de place au mot « harmonisation » qu'à son homologue anglais évoquant davantage le rapprochement, voire l'à peu près, « approximation » ¹¹.

L'Etat européen en formation reprend, pour sa part, les bonnes recettes de tout Etat : l'ennemi extérieur, la sanction – qui doit être dissuasive, autant que pour les crimes contre les Etats en déliquescence, mais équilibrée, et respectueuse des valeurs démocratiques. En vérité, pour l'Europe, le sens de l'harmonisation des sanctions, ce n'est pas l'efficacité. Le pénal ne sert pas à grand'chose en termes de menace. Les organisations criminelles, mieux informées que le délinquant ordinaire, tiendront compte pour déterminer leurs terrains d'action, de l'effectivité de la norme, pas de son affichage, qui vise les « honnêtes gens » (ceux dont il n'est pas démontré qu'ils sont malhonnêtes).

L'harmonisation n'esquissera assurément pas encore un Zeus capable de lancer de Bruxelles des foudres qui ne seront pas météorologiquement différentes d'est en ouest, de méridien en septentrion. Mais elle tendra à éliminer les obstacles à l'entraide entre parcelles de ce qui pourrait devenir des Etats-Unis d'un nouveau type.

Elle invitera à une mesure de gravité proclamée, symbolique, sans relation réelle, ni avec ce que les gens avoueraient (à enquêteur sociologique) comme souhait de répressivité, ni avec la réalité de l'application de la loi que les réseaux de chercheurs (comme ceux qui travaillent actuellement sur les projets lancés à l'initiative de la mission Droit et Justice du ministère français de la Justice) tentent de percevoir à travers la diversité de l'Europe, mais bien avec un SMIG répressif européen, constitué du minimum de répression que tout Etat membre doit accepter d'assurer avec un minimum de réticence et de distance critique.

¹⁰ KELLENS, G., *Punir (Pénologie et droit des sanctions pénales)*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000.

¹¹ Voy. DELMAS-MARTY, M. et IZORGHE, M.L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit (Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste) », *RIDC*, 2000/4, p. 753-780.

Elle aidera aussi à déclencher des mécanismes uniformes : en déterminant les seuils de « criminalités graves », les niveaux harmonisés diront – comme dans d’autres entités fédérées, comme par exemple les Etats-Unis, ou la Belgique – à partir de quel moment le Léviathan fédéral va pouvoir sortir de sa torpeur.

A partir de quel moment aussi il n’y aura plus de refuge par rapport à l’œil divin qui suit Caïn dans ses repaires les plus secrets.

Un danger à cet égard est qu’entrer en zone de soupçon de criminalité grave, c’est perdre ses protections traditionnelles : pas d’asile pour les suppôts du mal. La confiance dans les vertus démocratiques de chacun des alliés ex-étatiques. Les droits de la défense, oui, si l’on veut. Mais méritent-ils une défense, ceux qui sont désignés comme ayant bravé les plus grands interdits : quand on est accusé de s’être trop approché du soleil, ne doit-on pas, comme Icare, perdre toutes ses plumes ?

Par ailleurs, à l’autre extrême, on peut se demander s’il est bien nécessaire de disposer des modèles d’échelons inférieurs de pénalités, pour lesquels ne devraient pas se déclencher les mécanismes communs. Est-ce le fruit d’une reviviscence, par delà les véritables priorités européennes, des vieux réflexes classificatoires des codificateurs nationaux ? Ou bien la volonté d’amorcer non seulement l’unité de l’euro pénal au niveau des billets, mais déjà des pièces de nickel ou de cuivre ?

3. Recherches d’équilibre

La construction de l’Europe est un travail de funambule.

Le 28 juin 2001, à la veille de sa présidence de l’Union européenne, la Belgique rappelait, dans sa note de priorités dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, qu’il s’agissait, en synergie avec la Commission, les Etats membres et les pays candidats, de mener des actions qui participent à une construction effective de cet espace de liberté, de sécurité et de justice fondée sur « des choix politiques clairs : la « sympathique Europe » ne peut faire place à une Europe inquiétante pour les citoyens ».

Commentant la décision-cadre relative au mandat d’arrêt européen, adoptée dans des délais extrêmement brefs, Daniel Flore ¹² soulignait que, loin d’être surgie brusquement de l’émotion du 11 septembre, les propositions de la Commission étaient l’aboutissement d’un long processus de construction de la coopération judiciaire pénale au sein de l’espace judiciaire européen.

Lorsque, les 23 et 24 janvier 2002, le groupe de travail sur le droit pénal matériel proposa au Conseil une décision-cadre sur la lutte contre l’exploitation sexuelle des enfants et la pornographie infantile, il indiqua l’objectif de réduire les divergences d’approche juridique entre Etats membres pour favoriser la coopération judiciaire et policière dans un domaine considéré comme particulièrement grave et lié au crime organisé. Cependant, il était fait allusion aux éléments de droit pénal communs aux Etats membres, en ce compris le caractère effectif, proportionné et dissuasif des

¹² FLORE, D., « Le mandat d’arrêt européen : première mise en œuvre d’un nouveau paradigme de la justice pénale européenne », *JT*, 121/6050, 13 avril 2002, p. 273-281.

sanctions, et l'alinéa suivant rappelait encore qu'en concordance avec les principes de subsidiarité et de proportionnalité, la décision-cadre à venir se limitait au minimum nécessaire pour atteindre l'objectif de compléter un certain nombre d'instruments internationaux destinés à lutter contre des atteintes majeures aux droits de l'enfant, et spécialement à son droit à un développement harmonieux.

Nulle image apparemment, de faire table rase de principes juridiques patiemment construits au cours du temps et de les balayer sous le bénéfice de l'urgence.

Il est sans doute de bonne guerre de marquer des priorités comme premiers jalons sémiotiques d'une construction européenne.

Exprimer de cette manière au citoyen des éléments essentiels d'une prise de conscience et d'éléments culturels communs aux Européens.

Lancer un signe aussi aux organisations criminelles candidates que se forme un rempart européen, dont les brèches et les espaces fragiles doivent disparaître.

Permettre enfin, non seulement par les définitions, mais aussi par les chiffres de peines auxquels sont liés certains seuils de procédure, de mettre en œuvre des mécanismes de confiance et de coopération.

Le problème est de garder en permanence l'équilibre, de ne pas aggraver la répression sous le prétexte de recherche d'un commun dénominateur, de ne pas battre en brèche la vigilance mutuelle, l'obligation de contrôler la conformité aux droits fondamentaux des actes d'autres Etats auxquels les Etats apportent leur collaboration ou dont ils assurent l'exécution, que rappelle régulièrement la Cour de Strasbourg ¹³.

Le problème est aussi de ne pas figer le droit pénal des Etats membres dans ses formes les moins imaginatives, les plus archaïques, les plus rejetantes et enfermantes. De ne pas brider l'esprit nouveau – encore qu'il rejoigne d'une certaine manière les origines de la répression d'une *Restorative Justice* où l'objectif est de rétablir la paix de la moins mauvaise manière possible plutôt que de transformer un conflit et une dette en abîme désespéré, tant pour la victime que pour l'auteur.

Le pénal n'est pas que quantitatif. C'est ce qui devrait le distinguer du droit fiscal, avec qui il partage le signe de l'anomalie, de la matière « odieuse », comme le disait le droit canon, et qui parce qu'odieuse doit être réduite à la portion congrue.

¹³ TULKENS, F., « Vers une justice pénale européenne ? », in MUCCHIELLI, L. et ROBERT, Ph. (dir.), *Crime et sécurité (L'état des savoirs)*, Paris, La Découverte, coll. Textes à l'appui, 2002 ; TULKENS, F. et BOSLY, H.-D. (dir.), *La justice pénale en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse

Maria Luisa CESONI

1. Introduction

Sans être une spécialiste du droit européen, je développerai néanmoins quelques considérations portant sur le modèle de droit pénal qui est en train de se mettre en place au sein de l'Union européenne. On assiste, actuellement, à une accélération du processus qui vise, d'une part, l'homologation de législations nationales de fond, notamment *via* la création de nouvelles infractions, et, d'autre part, la création de dispositifs procéduraux préfigurant ce qui pourrait devenir une procédure pénale partagée, sinon européenne.

Les récentes décisions-cadres portant sur les infractions terroristes et le mandat d'arrêt européen ¹, concernant à la fois le droit substantiel et le droit de la procédure, sont à mon sens exemplaires et marquent un véritable saut de qualité, du moins symbolique. Elles donnent, encore plus que la création d'institutions telles qu'Europol, Eurojust et l'OLAF, se réclamant d'un renforcement logistique de la coopération inter-étatique, le signal d'une volonté politique en construction, qui tend à éliminer – en pratique sinon formellement – les frontières nationales en matière pénale ². En ce

¹ Décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme du 13 juin 2002 (*JOCE*, n° L 164, 22 juin 2002, p. 3-7). Décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres du 13 juin 2002 (*JOCE*, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1-18).

² Daniel Flore liait l'idée de mandats d'arrêts et de condamnations immédiatement exécutoires sur l'ensemble du territoire de l'UE à l'existence d'infractions européennes (FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 60, 1999, p. 121-129). La liste d'infractions permettant d'appliquer le nouveau mandat d'arrêt européen même en l'absence de double incrimination revient à affirmer que ces infractions doivent être considérées comme existantes dans l'ensemble des pays membres, du moins relativement à certains effets.

qui concerne le terrorisme, on observe l'existence d'une véritable volonté de créer de nouvelles infractions et pas seulement de rapprocher les législations nationales ; ces infractions vont donc être marquées *ab initio* par le sceau européen.

Ce processus de construction d'un espace pénal européen se développe sur la base d'un consensus supposé existant *a priori* et en l'absence d'un débat public portant sur les valeurs à protéger, sur les moyens adéquats pour les protéger et sur les compétences et pratiques de décision. La déclaration de principe contenue dans l'article 29 du titre VI du TUE – affirmant, en référence aux objectifs généraux fixés par l'article 2 du TUE, que « l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice » –, ne répond pas à la question de savoir s'il y a un modèle de droit pénal – et, le cas échéant, lequel – permettant d'approcher ces objectifs³. Pour l'heure, tant les déclarations politiques que les textes et les décisions adoptés font primer l'objectif de la sécurité sur celui de la liberté⁴. Quant aux secteurs visés, la priorité est donnée à la défense des intérêts financiers communautaires et à la protection contre les formes graves de criminalité transnationale⁵. Les projets élaborés jusqu'à présent, d'origine institutionnelle ou académique, se limitent tous, à ma connaissance, à une approche sectorielle⁶. Pourtant, les pièces d'un *puzzle* sont progressivement mises en place et tendent à devenir système. Le risque est grand d'aboutir à un système pénal que nous n'aurons pas consciemment et délibérément choisi et qui peut entraîner une mise en danger des droits et libertés fondamentaux.

Sans mettre en discussion ici la nécessité et l'opportunité d'une harmonisation des législations pénales européennes, je me limiterai à souligner l'orientation répressive des travaux menés en la matière⁷ (2), et je poserai deux questions :

³ Cette analyse porte essentiellement sur le champ d'action délimité par le titre VI rénové du TUE. Notons cependant que le nouveau titre IV du TCE contribue aussi à définir les contours de la question pénale en Europe.

⁴ Voy. WEYEMBERGH, A., « La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures : vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité ? », *RBDI*, 2000, 2, p. 612-639. Quelques ouvertures en termes de politiques de prévention et de protection des victimes sont toutefois à remarquer.

⁵ Voy. FLORE, D., « Les acteurs d'un système de justice pénale européen », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000.

⁶ C'est le cas pour le *Corpus Juris*, dont la portée est limitée à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (DELMAS-MARTY, M. (éd.), *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997 ; DELMAS-MARTY, M. et VERVAELE, J.A.E. (éd.), *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres*, Antwerpen, Groningen, Oxford, Intersentia, 2000, 3 vol.) tout comme celle du livre vert, qui vise l'institution d'un véritable procureur européen (COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen, doc. COM(2001) 715 final du 11 décembre 2001). Quelques auteurs posent cependant les jalons d'une approche plus globale : voy. notamment FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *op. cit.*

⁷ Que Daniel Flore (*ibid.*) avait aussi mise en exergue.

- qui décide des dénominateurs communs régissant l’harmonisation actuellement en cours ? (3)
- quelles sont les motivations des choix d’harmonisation effectués ? (4)

La réponse à ces questions met en évidence l’articulation entre deux processus : le déplacement du pouvoir de production législative en matière pénale vers le pouvoir exécutif ⁸, ainsi que la fonction instrumentale des incriminations par rapport à la procédure.

Face à cette dynamique, qui pose les bases d’un modèle de droit pénal d’exception, la nécessité s’impose à mon sens d’effectuer des choix de principe, liant modèle de droit pénal et modèle de démocratie (5).

2. Quelle harmonisation législative ?

Le mot harmonisation, comme celui de rapprochement, est aujourd’hui utilisé pour occulter un processus qui tend vers une homologation substantielle des incriminations. Je suis convaincue que nous allons vers une harmonisation croissante des infractions dans l’Union européenne. Cela découle, d’une part, de l’intérêt que le droit pénal représente pour le pouvoir politique à cause de sa valeur symbolique et, d’autre part, de l’utilité que de nouvelles infractions peuvent avoir, en raison de leur fonction instrumentale et opérationnelle à l’égard de la procédure pénale (ainsi que de l’organisation policière et judiciaire), comme nous allons le voir.

L’harmonisation des législations pénales européennes passe, en l’état, par un accroissement de l’étendue du champ du droit pénal. Cette option – implicite ? – repose sur le postulat de l’efficacité de l’intervention pénale. Autrement dit, tout constat d’inefficacité sectorielle du système pénal aboutit à son renforcement, justifié par la volonté de pallier cette même inefficacité. Notons que le motif de l’inefficacité est aussi utilisé en Suisse, afin de justifier une concentration croissante des compétences pénales au niveau fédéral (renforcement et réorganisation de l’office du ministère public de la Confédération et de la police fédérale) et l’adoption d’une procédure pénale commune, dont la nécessité ne serait pas entièrement prouvée ⁹.

L’option d’un droit pénal minimal (dans sa portée répressive) n’est pas, pour l’heure, celle choisie par l’Europe ¹⁰. On vise, actuellement, l’harmonisation des infractions considérées comme les plus graves, dans une logique d’accroissement de la sévérité de l’intervention pénale. La question se pose de savoir s’il y aura aussi une harmonisation en matière d’infractions non graves, ce qui n’est pas sûr. Notons, cependant, que si, à l’égard de ces dernières, les institutions européennes se limitaient à adopter une obligation d’incrimination au lieu de proposer une définition des infractions, on aboutirait malgré tout à une harmonisation croissante, du moins dans les pays qui n’auraient pas encore incriminé lesdits comportements et qui s’inspireraient des dispositions existant déjà dans d’autres droits nationaux.

⁸ Il est probable que les collègues d’autres disciplines pourraient en dire autant pour leurs domaines ; mais cela sort du champ de mes compétences et de mon expérience.

⁹ Voy. la contribution de ROTH, R., au présent ouvrage.

¹⁰ Voy. la contribution de DE BIOLLEY, S., au présent ouvrage.

Par ailleurs, si le processus d'harmonisation préfigure un futur droit pénal européen, il paraît inévitable qu'il s'étende progressivement à l'ensemble des infractions, à l'exception peut-être des délits bagatelles ou de certaines contraventions ¹¹.

Dans le domaine des délits mineurs, on peut d'ailleurs supposer que le rapprochement progressif des législations, voire la constitution d'un véritable droit pénal européen, irait aussi dans le sens d'un renforcement de l'emprise du droit pénal. Pour donner un exemple, si l'on devait harmoniser les législations pénales en matière de circulation routière, choisirait-on comme modèle la réglementation italienne, qui a substantiellement décriminalisé le Code de la route en 1999 ¹², ou bien l'option retenue par le gouvernement belge, visant à renforcer globalement la répression pénale dans ce domaine ¹³? Il est probable que cette seconde approche l'emporterait.

Mais revenons aux questions initiales – qui décide et pourquoi décide-t-on ainsi? – dont la réponse actuelle pose problème eu égard à la construction d'une Europe fondée, sinon sur une démocratie participative, du moins sur une démocratie représentative.

Je développerai mes réflexions à partir des politiques en matière de criminalité considérée comme grave, non seulement parce que ce sujet me préoccupe, mais aussi parce que les dispositions adoptées en cette matière tendent à s'étendre ensuite à d'autres formes de criminalité.

3. Qui décide?

Le phénomène du déplacement du pouvoir effectif – sinon des compétences formelles – de décision en matière pénale du pouvoir législatif au pouvoir exécutif n'est pas nouveau, mais il paraît se renforcer au niveau national et avoir un impact croissant au niveau européen. Il devient aujourd'hui d'autant plus inquiétant que

¹¹ Bien qu'elles constituent la catégorie comprenant les infractions pénales les moins graves, les contraventions ne frappent pas toujours les comportements illicites les moins dommageables. Elles sont parfois utilisées pour sanctionner des comportements illicites dans des domaines particulièrement sensibles (travail, fiscalité, circulation routière), qui font l'objet de réglementations civiles ou administratives destinées à se rapprocher dans le cadre de l'Union européenne. Si tel est le cas, il devient inévitable que les infractions soient aussi destinées à être harmonisées.

¹² Voy. le décret législatif n° 507 du 30 décembre 1999 (*GU*, 306, 31 décembre 1999, suppl. ord. n° 233/I), qui a transformé en infractions administratives de nombreuses infractions, dont la plupart de celles prévues en matière de circulation routière, les comportements qui présentent des risques pour les tiers restant réprimés pénalement.

¹³ Selon la presse, le gouvernement belge entend recourir à « un arsenal essentiellement répressif » (LAMOTTE, Ph., « Sécurité routière. La Belgique au tournant », *Le Vif/l'Express*, 15 février 2002, p. 12). En fait, l'avant-projet portant différentes mesures en matière de circulation routière prévoit aussi une décriminalisation timide de certaines infractions, ainsi que l'abolition des peines de prison de courte durée. Ces mesures sont toutefois contrebalancées par une aggravation générale des sanctions, y compris celles privatives de liberté prévues pour les infractions ayant causé une atteinte à l'intégrité physique des personnes. On peut ainsi considérer que l'avant-projet belge comporte, dans son ensemble, une aggravation de la répression, notamment en comparaison avec l'option d'une franche décriminalisation, choisie par l'Italie.

l'élaboration progressive d'un droit pénal européen se fonde sur une articulation des compétences relevant des Etats membres et de l'Union européenne qui aboutit à une prépondérance décisive des exécutifs sur les parlements.

A. Le niveau national

Au niveau national, plusieurs facteurs limitent *de facto* le pouvoir des parlements en matière de législation pénale.

Dans les deux dernières décennies surtout, on a assisté à un déplacement progressif vers le niveau international de la source de production primaire du droit pénal, tant de fond que de forme. La convention de Vienne de 1988 en matière de trafic illicite de stupéfiants constitue un tournant ¹⁴. Les conventions internationales en matière de criminalité grave se sont multipliées au sein du Conseil de l'Europe, des Nations Unies, voire de l'OCDE ¹⁵; elles contiennent à la fois des dispositions de droit substantiel et de procédure. Confrontés à des dispositions qui ont été élaborées essentiellement par des représentants du pouvoir exécutif et des organisations internationales assistés par des experts, les pouvoirs des parlements nationaux sont bien souvent limités à celui de ratifier ou non la convention. Si quelques réserves peuvent être émises à l'égard de certaines dispositions, cette pratique reste marginale et n'entache pas substantiellement la portée des dispositions conventionnelles, sinon dans des cas exceptionnels ¹⁶. Lors de l'adoption, en droit interne, d'infractions découlant des obligations internationales, la seule liberté des parlements consiste à définir plus précisément les éléments constitutifs d'infractions dont les fondements ont été élaborés en d'autres lieux. Une limitation de même nature du pouvoir des parlements se reproduit lorsque ceux-ci doivent transposer dans le droit national les décisions-cadres de l'Union européenne. L'article 34 § 2 (b) du TUE précise que les décisions-cadres ne peuvent pas entraîner d'effet direct et lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Mais lorsqu'une décision-cadre établissant «les règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales» impose aux pays membres, par exemple, de prendre «les mesures nécessaires pour que soient considérés comme infractions terroristes les actes intentionnels visés aux points a) à i),

¹⁴ Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 19 décembre 1988 (convention de Vienne).

¹⁵ Voy., entre autres, la convention du Conseil de l'Europe n° 141 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990; la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée au sein de l'Organisation pour la coopération et le développement en Europe (OCDE) le 20 novembre 1997; la convention pénale sur la corruption adoptée le 27 janvier 1999 au sein du Conseil de l'Europe; la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée adoptée le 15 novembre 2000 (dite convention de Palerme).

¹⁶ C'est grâce à une réserve émise à l'égard de la convention de Vienne de 1988 (précisément à l'égard de l'article 3 § 6), par exemple, que les Pays-Bas ont pu autoriser la vente de cannabis dans les *coffee-shops* malgré le cadre législatif international imposant l'incrimination de toute activité de vente de stupéfiants.

tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national (...)»¹⁷, et que tous les comportements indiqués ne représentent pas des infractions déjà existantes, quelle est la marge de manœuvre qui subsiste réellement ?

Dans certains pays tout au moins, l'initiative législative en matière pénale est de plus en plus du ressort du gouvernement. Une manifestation récente de cette tendance s'est traduite dans les nouvelles législations en matière de terrorisme adoptées en Italie et en Angleterre suite aux attentats du 11 septembre 2001. En Italie, le «gouvernement Berlusconi» a adopté un décret-loi, puis déposé un projet de loi¹⁸ visant à élargir, d'une part, le champ des infractions terroristes (domaine pourtant déjà bien développé) et, d'autre part, les pouvoirs d'enquête en cette matière. Le décret-loi a été converti en loi par le Parlement moyennant quelques modifications¹⁹. Au Royaume-Uni, l'*Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, qui permet de mettre en détention administrative les étrangers suspectés d'être liés au terrorisme et qu'on ne peut expulser vers un pays tiers, a été adopté sous l'impulsion du premier ministre Tony Blair.

Nous n'avons pas la possibilité de vérifier si, d'un point de vue quantitatif, les lois d'initiative gouvernementale sont aujourd'hui plus nombreuses qu'auparavant. En revanche, la tendance à adopter des plans gouvernementaux fixant des priorités de politique criminelle qui vont orienter le processus législatif, y compris les initiatives d'origine parlementaire, paraît être un phénomène relativement nouveau. Ainsi, en Belgique par exemple, plusieurs législations adoptées (l'incrimination de l'organisation criminelle en 1999) ou en cours d'adoption (en matière de confiscation, de collaborateurs de justice, de témoins anonymes) trouvent leur origine dans le Plan d'action contre la criminalité organisée de 1996²⁰ et dans le Plan fédéral de sécurité de 2000²¹.

Par ailleurs, on assiste à un déplacement vers Bruxelles des décisions en matière de politique criminelle²². Si les indicateurs d'un tel déplacement peuvent se lire, par exemple, dans le Programme d'action relatif à la criminalité organisée de 1997²³ et dans les diverses actions-communes, décisions et résolutions du Conseil de l'Union européenne en matière de stupéfiants, blanchiment ou criminalité organisée, le

¹⁷ Décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme, article 1^{er}.

¹⁸ Dont Berlusconi est le principal signataire.

¹⁹ Décret-loi n° 374 du 18 octobre 2001 (portant dispositions urgentes pour lutter contre le terrorisme international), converti en loi par la loi n° 438 du 15 décembre 2001 (*GU*, 293, 18 décembre 2001). Pour une analyse critique de cette loi, voy. ZEULI, S., *Terrorismo internazionale. Commento organico al D.L. 18-10-2001 n° 374 conv. in L. 15-12-2001, n° 438*, Napoli, Edizioni giuridiche Simone, 2002.

²⁰ MINISTRES DE L'INTÉRIEUR ET DE LA JUSTICE, Plan d'action du gouvernement contre le crime organisé, 28 juin 1996, *Doc. Parl.*, Sénat, 1995/96, n° 326/5.

²¹ MINISTRE DE LA JUSTICE, Plan fédéral de sécurité et de politique pénitentiaire, 13 juin 2000, *Doc. Parl.*, Sénat, 1999/2000, n° 461/1.

²² Voy. la contribution de SALAZAR, L., au présent ouvrage.

²³ Programme d'action relatif à la criminalité organisée, adopté par le Conseil le 28 avril 1997 (*JOCE*, n° C 251, 15 août 1997, p. 1-18).

mouvement semble avoir pris de l'essor avec les décisions-cadres en matière de terrorisme et de mandat d'arrêt européen.

B. Le niveau européen

Au niveau européen, en matière de production pénale la primauté du pouvoir exécutif *sui generis*, représenté par le Conseil et par la Commission, sur le pouvoir législatif, qui devrait être attribué au Parlement, est juridiquement fondée et liée à l'inachèvement des institutions européennes.

Les décisions européennes en matière de rapprochement des législations pénales se prennent désormais au moyen des décisions-cadres prévues par l'article 34 § 2 (b) du traité UE, plus contraignantes que les actions communes prévues par le traité de Maastricht (article K 3) ²⁴. Les décisions-cadres sont adoptées par le Conseil, sur proposition de la Commission européenne ou d'un Etat membre ²⁵. L'intervention du Parlement européen est limitée à un avis consultatif aux termes de l'article 39 § 1^{er} du TUE.

Cette compétence attribuée au pouvoir exécutif a été conçue dans un contexte institutionnel européen où les pouvoirs du parlement sont généralement limités. Elle a été cependant introduite à un moment où l'hypothèse d'une délégation progressive des compétences pénales des pays membres aux institutions communautaires semblait encore relativement peu probable. L'harmonisation des législations en matière de stupéfiants ²⁶, de blanchiment et de crime organisé, considérées comme liées entre elles, a été, il est vrai, prônée depuis le rapport Stewart-Clark de 1986 ²⁷. Dix ans plus tard, les infractions destinées, aux termes de l'article 29 § 2 du TUE, à faire l'objet d'un rapprochement «en tant que de besoin» (à savoir aux fins de l'efficacité de la coopération policière et judiciaire) sont limitées – pour ainsi dire, puisqu'il s'agit de domaines se prêtant à une définition extensible – au domaine de la criminalité organisée, du terrorisme et de la drogue ²⁸ (article 31 (e) du TUE). Or,

²⁴ Voy. FLORE, D., «Une justice pénale européenne après Amsterdam», *op. cit.*, ainsi que DE KERCHOVE, G., «L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere», in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *op. cit.*, où est soulignée l'avancée introduite par cette évolution.

²⁵ Jusqu'à présent, elles ont pratiquement toujours été proposées par la Commission.

²⁶ Ce domaine a représenté le laboratoire du déplacement de la production normative du niveau national au niveau international, dans un cadre international plus vaste que la seule Union européenne. Au sein de celle-ci, l'institution d'une Unité européenne anti-drogue a d'ailleurs préfiguré la mise en place d'institutions à caractère policier et judiciaire (voy. BIGO, D., *Polices en réseau, l'expérience européenne*, Paris, Presses de la Fondation nationale de sciences politiques, 1996 et RIDEAU, J. (éd.), *Union européenne. Commentaire des traités modifiés par le traité de Nice du 26 février 2001*, Paris, LGDJ, 2001).

²⁷ STEWART-CLARK, J., *Report on the results of the Enquiry of the Committee of Enquiry into the drugs problems in the member states of the community*, European Parliament, 1986, (Doc. A2-114/86).

²⁸ D. Flore considère toutefois cette limitation comme «plus apparente que réelle», en raison du fait que l'article 29 TUE vise «la prévention contre la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène» (je souligne) (FLORE, D., «Une justice pénale européenne après Amsterdam», *op. cit.*, p. 122).

aujourd'hui, l'idée d'une harmonisation législative préfigurant un futur droit pénal européen semble faire l'objet d'un consensus croissant dans les milieux académiques et politico-administratifs, malgré les réticences des parlements nationaux, que l'on peut déceler, par exemple, dans la lenteur des ratifications des conventions pénales européennes²⁹, ou dans les réserves parlementaires qui ont pendant un certain temps bloqué l'adoption de la décision-cadre en matière de terrorisme. Si l'on retient comme significative la liste d'infractions permettant le non-respect du principe de double incrimination dans la mise en œuvre du futur mandat d'arrêt européen, on constate que leur portée dépasse largement les activités illicites considérées comme les plus graves par le TUE, pour comprendre des infractions qui se concrétisent souvent dans des faits de moyenne envergure, telles que la fraude, l'escroquerie et la contrefaçon.

Cette dynamique voit un nouveau système pénal se profiler, peu importe qu'il se réalise sous la forme d'une homologation d'une partie importante des incriminations établies par les droits nationaux et par le fait de rendre exécutoires les procédures nationales sur tout le territoire de l'Union, ou par la création d'un véritable droit pénal européen, ou du mélange des deux hypothèses qui semble voir le jour actuellement. Peut-on accepter que les processus législatifs nationaux soient impulsés, mieux : imposés en cascade par les pouvoirs exécutifs communautaires et nationaux³⁰ ? voire qu'il soient imposés par le petit groupe de ces derniers regroupés au sein du G8 (et subissant donc des influences extra-communautaires), dont les Etats membres de l'UE qui ne font pas partie de ce cercle vont entériner les décisions ?

Le rôle mineur que le Parlement européen joue dans les décisions en matière pénale constitue une anomalie et illustre le déficit démocratique caractérisant le processus décisionnel communautaire³¹ ; ce déficit est encore aggravé par le fait que les parlements nationaux sont aussi dépourvus d'un véritable pouvoir de décision face aux décisions-cadres adoptées par le Conseil européen. Il y a un risque que cette situation institutionnelle amène les gouvernements nationaux à « déposer au niveau européen des projets controversés chez eux, afin d'utiliser ensuite la décision du Conseil pour faire pression au niveau national »³². Cela aboutirait à un renforcement ultérieur de la prédominance des exécutifs sur le pouvoir des parlements. Or, si le processus décisionnel parlementaire, lorsqu'il se produit dans une saine tension entre approches et intérêts divergents, peut garantir un certain équilibre de la décision

²⁹ Voy. DE KERCHOVE, G., *op. cit.*, p. 9.

³⁰ D. Flore épingle cette « communautarisation de la matière qui n'a pourtant pas eu lieu », en soulignant qu'il est « difficile de comprendre (...) que le Conseil puisse, par sa décision, imposer des choix de politique législative pénale aux Parlements nationaux dans des domaines qui ne sont pas de compétence supranationale, communautaire » (FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *op. cit.*, p. 127.

³¹ Pour une discussion intéressante, issue des résultats de recherches récentes, de la question du déficit démocratique en rapport avec la notion d'Etat de droit, voy. BELLAMY, R. et CASTIGLIONE, D., « Il deficit democratico dell'Europa e il problema costituzionale », in COSTA, P. et ZOLO, D. (ed.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.

³² Voy. la contribution de DE BIOLLEY, S., au présent ouvrage.

finalement adoptée, cela n'est pas le cas au sein des gouvernements, qui sont (sauf exceptions telles qu'en Belgique) généralement homogènes.

4. Pourquoi décide-t-on ?

L'intérêt prépondérant de certains gouvernements semble malheureusement être non pas de viser le bien commun mais d'asseoir leur pouvoir et de se maintenir en place. A cet égard, le recours aux législations pénales offre l'avantage de produire un double effet : un effet d'annonce créateur de consensus et un effet d'élargissement du pouvoir de l'exécutif. Dans ce cadre, la création de nouvelles infractions en matière de criminalité grave revêt un intérêt certain.

Au niveau national, il faut noter en effet le recours instrumental à la création de nouvelles infractions afin de justifier l'adoption de nouveaux dispositifs procéduraux élargissant, notamment, les pouvoirs des organismes policiers et concernant d'abord, mais pas seulement, les infractions graves.

Il est pour le moment difficile de détecter une telle dynamique au niveau européen, en raison de l'état embryonnaire de la production d'incriminations. Nous ne traiterons donc que des droits nationaux. Le recours instrumental aux incriminations aux fins du développement de la procédure est toutefois probablement destiné à se reproduire dans le cadre de l'Union européenne. On notera, en effet, que les décisions-cadres en matière d'infractions terroristes et de mandat d'arrêt européen ont été structurellement liées sous un même objectif de politique criminelle, la « lutte contre le terrorisme ». L'établissement de ce lien a justifié l'accélération de la procédure d'adoption du mandat d'arrêt européen, dont la portée est pourtant bien plus large que les seules infractions terroristes.

A. Une logique instrumentale pour les infractions graves...

Il faut déplorer le flou qui caractérise la nouvelle génération d'infractions en matière de criminalité organisée – tout comme, d'ailleurs, la définition du groupe terroriste et de ses buts donnée par la décision-cadre de l'Union européenne ³³. Une recherche récemment terminée, portant sur l'élaboration des définitions de l'organisation criminelle (ou de type mafieux) dans le droit de certains pays européens ³⁴, a été l'occasion de constater la même imprécision des infractions

³³ Tant le groupe terroriste défini à l'article 3bis de la décision-cadre citée, que l'organisation criminelle définie par l'action commune de 1998 relative à l'organisation criminelle (article 1^{er}), sont à entendre comme « l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre » des infractions (action commune du 21 décembre 1988 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K 3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° L 351, 29 décembre 1998, p. 1-3). Les finalités poursuivies par les deux types de groupements sont différentes, mais elles sont définies de manière très large dans les deux cas.

³⁴ Voy. CESONI, M. L., s. dir., *Criminalité organisée : vers une définition opérationnelle*, rapport de recherche à l'intention du Fonds national suisse de la recherche scientifique, 2001. Cette recherche portait sur la Suisse, la Belgique, l'Italie, la France et l'Allemagne. Les trois premiers pays ont adopté une nouvelle incrimination en matière de criminalité organisée, respectivement en 1994, 1999 et 1982.

concernées. Cette recherche a permis de mettre en évidence certains facteurs qui ont joué un rôle déterminant dans l'adoption de ces définitions.

Elle a donné une réponse à la question de savoir si on avait véritablement besoin de ces nouvelles infractions. Si l'on reste dans le cas des objectifs classiques du droit pénal, à savoir (la menace de) l'application d'une sanction aux personnes qui commettent ou tentent de commettre une infraction, dans un but à la fois de prévention générale et de prévention spéciale, la réponse est non. D'une part, l'arsenal législatif des pays étudiés contient déjà les normes nécessaires pour punir les activités dommageables identifiées comme étant exercées par des groupes d'individus, et de nouvelles infractions spécifiques sont continuellement créées, afin d'adapter constamment le droit pénal à l'évolution des comportements dommageables, en matière de criminalité informatique par exemple. D'autre part, on peut constater que les infractions d'organisation criminelle en Suisse et d'association de type mafieux en Italie, tout comme celle d'association de malfaiteurs en Belgique, n'ont presque jamais été appliquées seules, en l'absence de preuves d'infractions spécifiques³⁵. On peut donc affirmer avoir besoin de ces infractions dans deux cas seulement.

Premièrement, si l'on croit qu'il faut empêcher les individus que l'on considère comme dangereux d'agir, avant même qu'ils n'aient commencé à préparer matériellement une infraction quelconque, par exemple, les chefs présumés des organisations criminelles auxquels il est impossible d'imputer des infractions spécifiques³⁶. Nous sommes ici dans une conception du droit pénal qui revient en arrière, à la pensée positiviste³⁷, c'est-à-dire à un droit pénal fondé sur la notion de dangerosité, dont l'objet n'est plus l'acte délictueux mais l'individu délinquant³⁸. L'effet d'annonce semble toutefois prévaloir sur l'efficacité des dispositions légales, au moins en matière d'organisations criminelles, dès lors que ces infractions ne sont que très rarement appliquées à des individus qui n'ont pas déjà commis ou commencé à préparer une infraction spécifique.

Deuxièmement, si l'on attribue à l'incrimination une fonction instrumentale ou symbolique. Dans les trois pays étudiés dans la recherche susvisée, qui ont adopté de nouvelles infractions de participation à des organisations criminelles (ou de type mafieux), on a pu constater que les motivations qui ont amené à cette adoption reposent sur une logique d'efficacité typique des politiques criminelles. En Belgique, le gouvernement a explicitement annoncé qu'on voulait se doter d'une nouvelle infraction de participation à une organisation criminelle (article 324*bis* CP) afin de pouvoir développer les dispositifs d'enquête policière, notamment en matière

³⁵ Dans 4,4% des cas au maximum de 1994 à 1998 en Belgique ; dans un seul cas en Suisse depuis l'adoption de l'incrimination (CESONI, M. L., s. dir., *op. cit.*).

³⁶ Cette volonté ressort des travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de l'infraction d'organisation criminelle en Suisse (voy. CESONI, M. L., s. dir., *op. cit.*).

³⁷ Il faut rappeler les liens troubles que ce courant de pensée a entretenus avec l'idéologie fasciste en Italie.

³⁸ Notons que les infractions dont nous parlons constituent des infractions de mise en danger abstraite, puisqu'elles se réalisent en l'absence de tout élément concret de commencement d'exécution d'une infraction spécifique, c'est-à-dire en amont de la tentative.

d'enquête proactive et de techniques particulières de recherche ³⁹. Une fonction similaire de support de dispositifs procéduraux, tels que la confiscation, caractérise l'infraction d'association de type mafieux, introduite en Italie en 1982 (article 416*bis* CP). Mais en Italie, dira-t-on, existaient des phénomènes appelés organisations de type mafieux, auxquels il fallait apporter une réponse forte. Ce n'était toutefois pas le cas en Suisse, où une nouvelle infraction d'organisation criminelle a été adoptée en 1994 (article 260*ter* CP) malgré l'absence d'organisations criminelles d'envergure établies en territoire helvétique, reconnue par le gouvernement fédéral. Dans ce pays, l'analyse des travaux parlementaires permet de constater que l'adoption de cette incrimination revêtait aussi une fonction tout à fait instrumentale, bien que différente de celle que l'on peut constater en Belgique ou en Italie. Elle visait notamment à répondre à des pressions internationales, dans un but à la fois d'efficacité procédurale et symbolique, c'est-à-dire à faciliter les procédures d'entraide pénale internationale et à protéger la renommée de la place financière helvétique, mise en danger par l'accusation, portée contre ce pays, d'entretenir un système juridique le proposant comme un refuge pour l'argent des organisations criminelles.

B. ... et pour des infractions moins graves

En Belgique, l'article 151 de la loi-programme du 30 décembre 2001 du ministère des Finances ⁴⁰ vient d'introduire une nouvelle infraction en matière de télécommunications (nouvel article 111) dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ⁴¹. Cette nouvelle infraction est libellée de manière particulièrement floue : « nul ne peut, dans le Royaume, via l'infrastructure des télécommunications, donner ou tenter de donner des communications portant atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger ».

L'atteinte qu'elle porte au principe de la légalité des incriminations a été relevée par une question parlementaire ⁴². Mais il ne s'agit pas de son seul inconvénient. En effet, cette infraction est insérée, par un système de renvois entraînant le « risque d'une modification *involontaire* en cascade » ⁴³ (voy. l'article 152 de la loi-programme),

³⁹ La nouvelle incrimination était aussi destinée à combler un vide juridique, puisque le nouvel article 28*bis* du Code d'instruction criminelle, adopté en 1998, permettait le recours à l'enquête policière de type proactif en relation notamment à l'organisation criminelle, notion dont la définition n'était donnée nulle part.

⁴⁰ MB, 31 décembre 2001 (en vigueur le 1^{er} janvier 2002).

⁴¹ Dite « loi Belgacom ».

⁴² Demande d'explications de M. Georges Dallemagne au ministre de la Justice et au ministre des Télécommunications et des Entreprises et Participations publiques, chargé des Classes moyennes, sur « le nouvel article 111 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques » (n° 2-758), 25 avril 2002.

⁴³ NIHOUL, M. et VISART DE BOCARMÉ, C., « Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal : un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques », *JT*, 6052, 2002, p. 318 (je souligne). Voy. la critique portée par ces auteurs à la technique du renvoi, qui met les parlementaires dans l'incapacité de comprendre la portée de la disposition qu'ils doivent adopter. Notons que le même type de technique législative a été adopté, en Italie, pour le

dans la liste de celles qui permettent au juge d'instruction d'ordonner des mesures de surveillance technique des moyens de télécommunication (interception, écoute et enregistrement des télécommunications privées) aux termes de l'article 90^{ter} du Code d'instruction criminelle. L'application de cet article était censée se limiter aux infractions considérées comme graves. Désormais, le soupçon de la réalisation d'une infraction qui ne sera pas toujours grave – puisque toute sorte d'atteinte au respect des lois est comprise, ainsi que les atteintes aux bonnes mœurs, notion d'interprétation subjective – va permettre, le cas échéant, une limitation grave du droit au respect de la vie privée⁴⁴. Très large dans sa définition, cette nouvelle infraction élargit ainsi considérablement la portée des techniques particulières d'enquête: avec son adoption, «il n'existe en effet plus de limitation légale précise au champ d'application des écoutes téléphoniques»⁴⁵. C'est apparemment l'objectif visé, puisque dans la réponse à la question parlementaire les ministres compétents ont affirmé que «le nouvel article n'a (donc) pas, par essence, pour but de sanctionner mais fournit une base aux officiers de police judiciaire pour réaliser des enquêtes (...)»⁴⁶.

Notons, enfin, que le risque d'attribution du pouvoir décisionnel en matière pénale à d'autres ministères que celui de la justice, évoqué notamment en ce qui concerne les décisions prises au niveau européen, paraît se réaliser dans ces faits. Dès lors qu'une telle disposition est insérée «dans une loi-programme dont le contenu pénal est très accessoire, sans débat ni publicité»⁴⁷, quel contrôle effectif peut jouer le Parlement sur l'activité législative initiée par le gouvernement ?

décret loi n° 374/01 et la loi de conversion n° 438/01 en matière de terrorisme, malgré les critiques et mises en garde sur le recours aux renvois effectuées par le Comité pour la législation et en contradiction avec la circulaire portant règles et recommandations pour la formulation technique des textes de loi, adoptée par les présidents du Sénat, de la Chambre et du Conseil des ministres (voy. ZEULI, S., *op. cit.*, p. 29-30).

⁴⁴ L'article 90^{ter} C.i.cr. prévoit que ces mesures ne soient ordonnées qu'à titre exceptionnel et lorsque les autres moyens d'investigations sont insuffisants. Considérer que ces garde-fous sont suffisants pour limiter la mise en œuvre de ces mesures aux seuls cas dans lesquels la violation du nouvel article 111 de la loi Belgacom représente une infraction grave revient toutefois à miser sur l'interprétation subjective de la norme par les juges d'instruction, alors que le principe présidant l'insertion d'une liste limitative d'infractions dans l'article 90^{ter} était fondé sur une énumération objective des infractions considérées comme graves par le législateur.

⁴⁵ NIHOUL, M. et VISART DE BOCARMÉ, C., *op. cit.*, p. 319.

⁴⁶ Demande d'explications de M. Georges DALLEMAGNE, *op. cit.* Réponse à la question parlementaire, lue le 25 avril 2002, en l'absence des ministres compétents, par le ministre de l'Economie Charles PICQUÉ. Notons que la justification avancée dans l'exposé des motifs de la loi-programme (*Doc. parl.*, Chambre, 2001/02, n° 1503/001) et reprise dans la réponse à la question parlementaire, à savoir la nécessité de reproduire la disposition analogue prévue par l'article 4 de la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications, afin de pallier une lacune, ne permet pas de justifier l'inégalité de traitement procédural découlant du fait que l'infraction prévue par la loi sur les radiocommunications ne permet pas l'application de l'article 90^{ter} C.i.cr.

⁴⁷ Demande d'explications de M. Georges DALLEMAGNE, *op. cit.* M. Nihoul et C. Visart de Bocarmé (*op. cit.*, p. 319) soulignent que les articles 151 et 152 de la loi-programme ont été «adoptés au Parlement sans donner lieu à aucune observation».

On voit, ainsi, qu'une logique d'efficacité pratique et symbolique prime dans la création de nouvelles infractions liées au développement de la procédure pénale. La portée des pouvoirs d'enquête est encore renforcée par le flou des nouvelles incriminations, qui en permet une interprétation large. Dès lors, des procédures de type exceptionnel, comme le sont celles que j'ai mentionnées, tendent à se banaliser et à mettre à mal le principe de proportionnalité, ce qui pourrait faciliter leur application future à tout type d'infractions. Le danger pour des principes fondamentaux tels que le respect de la vie privée, mais aussi la présomption d'innocence et les droits de la défense, est flagrant.

5. Quelles garanties et quel droit pénal pour l'Europe ?

Face à cette logique, les parlements nationaux et européen n'ont que très peu d'emprise pour effectuer un rééquilibrage assurant la garantie des droits fondamentaux⁴⁸. Ainsi, par exemple, les nombreuses déclarations préliminaires, que le Parlement européen a voulu insérer dans les considérants introductifs de la décision-cadre en matière d'infractions terroristes, tout comme le nouveau paragraphe 2 de l'article 1^{er}, ne sont que des déclarations de principe renvoyant aux principes constitutionnels nationaux et à la convention européenne des droits de l'homme.

Peut-on accepter que le respect des droits et libertés fondamentaux ne soit garanti, dans un processus tel que celui de l'harmonisation des législations nationales pouvant aboutir à la création d'un système pénal européen, que par un contrôle effectué *a posteriori* par la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁹? Plus généralement, peut-on accepter que ce processus se développe en l'absence de tout véritable débat démocratique portant sur les fondements des choix effectués ?

En définitive, l'évolution que connaissent les dispositions pénales dans les Etats membres, sous l'impulsion de ce qui se fait dans le cadre de l'Union européenne, tend non seulement à échapper au contrôle démocratique des choix, mais va également se réaliser à partir d'un modèle d'harmonisation où l'introduction de dispositions dérogatoires aux principes et droits fondamentaux est justifiée par la nécessité de rendre effectives les incriminations – nouvelles ou que l'on veut reproduire dans l'ensemble des pays membres –, qui vont être, quant à elles, justifiées par l'urgence de lutter contre différentes formes de criminalité grave. L'emphase mise sur l'urgence de la réaction face à des formes de criminalité considérées comme très graves permet d'évacuer toute discussion de fond sur les motivations des choix des incriminations. Elle rend inopérante toute affirmation du principe de proportionnalité dans la discussion de l'opportunité des dispositifs procéduraux. La mise en avant de ces

⁴⁸ Un éminent juriste italien soulignait récemment la «gravité du risque d'involutions autoritaires, immanent dans les modèles de droit pénal et de procédure pénale appliqués dans les pays du continent européen» (STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 8 – je traduis). L'intégration d'éléments d'extrême droite dans les gouvernements de certains pays de l'Union européenne ne peut qu'inquiéter ultérieurement quant aux garanties du respect des droits et libertés fondamentaux.

⁴⁹ Voy. par ailleurs les limites substantielles des compétences de la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard du titre VI TUE (voy. WEYEMBERGH, A., *op. cit.*).

combats, qui «rallient un large consensus et véhiculent un imaginaire puissant»⁵⁰ justifie *a priori* toute limitation des droits et libertés fondamentaux. C'est ainsi qu'un système de droit d'exception est en train de constituer le noyau de l'espace pénal européen. Sommes-nous sûrs de vouloir ce modèle comme patron d'un futur système pénal européen ?

La question du respect des droits formellement établis est essentielle, mais l'accent mis sur la fonction bouclier du droit pénal plutôt que sur la fonction épée ne répond pas encore à la question du modèle d'intervention à préconiser. S'il n'est pas accompagné, voire précédé, par un débat sur les fondements culturels, éthiques et politiques du développement du système pénal, le débat sur le respect des droits fondamentaux restera enfermé entre techniciens du droit, incapable d'influencer, sinon à la marge, l'élaboration en devenir d'un nouvel espace pénal européen.

On veut davantage d'Europe politique, tout comme on veut davantage d'Europe sociale. Veut-on aussi une Europe plus répressive ? Ou veut-on saisir l'occasion d'un moment de transition important pour élaborer le projet d'un nouveau modèle de droit pénal, différent des modèles classiques qui, dans les pays membres de l'Union, ont jusqu'à présent montré leur inefficacité ? On veut plus de justice, on est tous d'accord. Mais veut-on, par là, renforcer un sentiment de justice, au sein des populations européennes, qui est de plus en plus assimilé à l'idée de condamnation pénale ? Ou préfère-t-on promouvoir une nouvelle idée de justice, liée aux notions de prévention non pénale de la criminalité et d'alternatives à la peine ? Veut-on, face aux victimes, se demander si «l'objectif d'une protection adéquate ne puisse pas et ne doit pas être atteint en recourant au «potentiel inutilisé» des autres secteurs du système juridique, principalement le droit civil et administratif», afin de «comprendre dans quel type de démocratie (nous) voulons (...) vivre»⁵¹ ?

L'accélération du processus d'harmonisation des législations nationales devrait nous amener à poser d'abord la question prioritaire du sens et de l'orientation de cette harmonisation. C'est un moment clé, me semble-t-il, pour se poser et pour poser publiquement la question du modèle de droit pénal que l'on veut choisir pour l'Europe de demain.

⁵⁰ Voy. la contribution de DE BIOLLEY, S., au présent ouvrage.

⁵¹ STELLA, F., *op. cit.*, p. 9 (je traduis).

PARTIE IV

Questions transversales

Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen de justice pénale : cristallisation de la tension sous présidence belge

Serge DE BIOLLEY ¹

1. Introduction

La réception des travaux de la présidence belge de l'Union européenne dans le secteur pénal est pour le moins contrastée. Du côté du Conseil et des Etats membres, on se félicite des résultats obtenus. Les accords politiques intervenus le 6 décembre 2001 concernant les décisions-cadre sur la lutte contre le terrorisme et sur le mandat d'arrêt européen impressionnent par la durée exceptionnellement courte des négociations ², et le respect des délais pour la finalisation des travaux sur la décision créant Eurojust est décrit comme un exploit ³.

A l'opposé, jamais la contestation ne se sera exprimée avec autant de vigueur tout au long des six mois d'une présidence, débutant de manière sporadique avec la question de la sécurité lors des sommets européens pour s'amplifier avec la réponse européenne aux attentats du 11 septembre ⁴. De la criminalisation de la contestation au « crépuscule des libertés » ⁵, les craintes exprimées à l'égard de l'Union européenne témoignent d'un décalage et de l'absence de dialogue entre la société civile et le niveau politique.

¹ L'auteur tient à remercier Daniel Flore et Anne Weyembergh pour leur disponibilité, leurs conseils et leur relecture attentive, ainsi que Jean-François Cauchie pour ses avis éclairés sur les aspects conceptuels. Le présent article n'engage que son auteur.

² L'accord sur le mandat d'arrêt européen est intervenu quelques jours après le Conseil du 6 décembre suite aux difficultés posées par l'Italie. Aucun des deux instruments n'a encore été adopté en raison des réserves parlementaires (le plus souvent de pure forme) qui subsistent. Les derniers textes sont repris dans les documents suivants : doc. 6128/02 pour la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme et doc. 14867/1/01 pour le mandat d'arrêt européen.

³ Décision du Conseil 2002/187/JAI du 28 février 2002 instaurant Eurojust afin de lutter contre les formes graves de la criminalité, *JOCE*, n° L 63, 6 mars 2002, p. 1-13. L'échéance de la fin de l'année 2001 pour la finalisation des travaux avait été fixée par le Conseil européen de Tampere en 1999.

⁴ Pour un aperçu des réactions de la société civile, voy. notamment Statewatch (<http://www.statewatch.org>), Attac (<http://www.attac.org>) ou encore le site <http://www.libertesimmuables.net>. Du côté belge, voy. le site de la Ligue des droits de l'homme (<http://www.liguedh.org>).

⁵ Titre d'un article dans le périodique «Libertés» de Amnesty international Belgique, avril 2002.

Ce décalage fait peser un danger sur la manière dont le droit pénal européen est appréhendé. Dans la mesure où, parmi les résultats de la présidence belge, ce que le Conseil interprète comme des avancées en termes de transfert de souveraineté est dans le même temps perçu par les mouvements associatifs comme un danger pour les droits fondamentaux, il y a le risque que la société civile considère de plus en plus la construction européenne en matière pénale comme nécessairement liée au développement d'un Etat policier ⁶. L'un n'implique pourtant pas l'autre. Les carences actuelles du droit pénal européen, voire ses dérivés, sont au contraire autant de signes de ce que ce droit pourrait être et les potentialités sont celles d'une protection accrue des droits et libertés.

Les transpositions de l'incrimination du terrorisme et du mandat d'arrêt européen dans les droits nationaux ⁷ seront bientôt là pour rappeler à quel point cette tension qui s'est exprimée durant la présidence belge doit être prise au sérieux. Le présent article a pour objectif d'éclairer ce débat en l'inscrivant dans une réflexion sur les tendances et les enjeux actuels du droit pénal européen par rapport au projet d'autonomie individuelle et collective.

En prenant acte de ces rapports conflictuels évidents durant la présidence belge, il s'agira tout d'abord d'insister sur le fait que cette tension était latente vu la situation du droit pénal européen et que les événements qui ont marqué la présidence n'ont fait qu'aider à sa cristallisation (2). Dans une section consacrée aux aspects conceptuels, l'idée d'une opposition entre «liberté» et «sécurité» sera critiquée pour permettre une réflexion sur le droit pénal à partir des droits fondamentaux, tout en mettant en évidence les obstacles propres au niveau européen (3). Une fois ces repères posés, l'analyse proprement dite pourra prendre place. Elle concernera, d'une part, la manière dont se définissent les intérêts directement protégés par le droit pénal européen et, d'autre part, la tension entre ces intérêts et, pris séparément, les libertés politiques, le respect de la vie privée, les droits procéduraux et les enjeux de la sanction pénale (4).

2. Facteurs de tension durant la présidence belge

Cette section a pour seul objectif de dresser le décor de l'analyse qui suivra ; il s'agit ici d'insister sur la convergence déterminante de deux facteurs dans l'expression de la tension entre liberté et sécurité durant le deuxième semestre 2001. Le premier facteur est la situation du droit pénal européen à la veille de la présidence belge ; le second réside dans les événements qui ont marqué cette période.

⁶ C'est ainsi qu'on observe parmi certains mouvements contestataires, qui ne sont pourtant pas de tendance nationaliste, une attitude anti-européenne parfois très prononcée, basée notamment sur l'invocation de tendances sécuritaires. C'est le cas, à mon sens, de la coalition belge D-14 créée à l'occasion du sommet de Laeken.

⁷ La décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme devrait être transposée dans les droits nationaux pour la fin de l'année 2002 ; le mandat d'arrêt européen devrait entrer en vigueur en janvier 2004.

A. *La situation du droit pénal européen*

A la fin du premier semestre 2001, les premières concrétisations majeures du cadre nouveau posé par le traité d'Amsterdam, détaillé en programme dans les conclusions du Conseil européen de Tampere, sont annoncées et amorcent un virage important.

L'harmonisation des législations est un terrain déjà quelque peu exploré : la décision-cadre et la directive « passeurs », qui portent sur la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, ont été l'occasion d'une prise de conscience de la portée de l'entreprise, notamment dans les débats qui ont porté sur la clause humanitaire ⁸. La décision-cadre sur la traite des êtres humains ⁹ et celle sur l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie ¹⁰, qui font partie des priorités de la présidence belge ¹¹, sont alors pressenties pour asseoir ce travail dans le domaine des délits contre les personnes, qui fait partie du noyau classique des incriminations.

Du côté des relations entre autorités judiciaires, au 1^{er} juillet 2001, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale reste à l'état de principe à mettre en œuvre, mais les premières initiatives sont déposées ¹² et l'ensemble annonce un dépassement de la coopération judiciaire classique. La « coopération » reste en effet liée à la notion de frontière nationale, laquelle se matérialise dans les contrôles opérés dans l'Etat requis sur la demande de l'Etat requérant. Ayant pour objet de diminuer ces contrôles, la reconnaissance mutuelle fait rentrer les décisions judiciaires dans le mouvement de libre circulation en place en droit communautaire et offre ainsi la perspective d'une évolution majeure dans le secteur pénal encore présenté comme freiné par les revendications liées à la souveraineté nationale.

C'est peut-être sur le plan des acteurs que, avec l'arrivée d'Eurojust ¹³, l'évolution se fait le plus sentir pour le public moins spécialisé. Même si les négociations sous présidences française et suédoise ont renvoyé aux réformes futures l'idée de pouvoirs contraignants à l'égard des autorités nationales pour Eurojust ou celle d'un contrôle d'Eurojust sur les activités d'Europol ¹⁴, l'unité judiciaire centrale en création vient incarner les possibilités d'une politique criminelle européenne commune. Ici aussi, c'est la finalisation des travaux que la présidence belge se donne comme objectif ¹⁵.

⁸ WEYEMBERGH, A., « La coopération européenne en matière de justice et d'affaires intérieures : vers un rééquilibrage du couple liberté-sécurité ? », *RBDI*, 2000, p. 612-639.

⁹ Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la traite des êtres humains (doc. 14216/01).

¹⁰ Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, (doc. 6039/02).

¹¹ Présidence belge de l'Union européenne : priorités dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (doc. 10415/01 du 28 juin 2001, p. 4).

¹² Voy. WEYEMBERGH, A., « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne : mise en perspective », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, p. 26 et s.

¹³ Voy. la contribution de FLORE, D. dans le présent ouvrage.

¹⁴ BRAMMERTZ, S., « Coopération policière – coopération judiciaire : la recherche d'un nouvel équilibre », *Vigiles*, 2001, n° 1, p. 15 et s.

On le voit, le deuxième semestre 2001 s'annonçait comme une période des possibles ; c'est rien moins qu'un système pénal européen qui se profile dans un horizon plus ou moins proche. Le mouvement est déjà celui, à partir d'un appui sur les possibilités nouvelles offertes par le traité d'Amsterdam, d'une émancipation des objectifs précis fixés par celui-ci, émancipation permise par le but général et à dimension variable de réalisation d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice »¹⁶. L'ampleur de cette évolution se laisse aussi mesurer, quoique moins directement dans la mesure où l'impact sur les droits nationaux est plus limité, par l'investissement du champ de la prévention de la criminalité¹⁷, l'importance croissante accordée à la peine et sa mesure¹⁸, ou encore l'extension matérielle des travaux européens à la petite délinquance¹⁹.

B. Les événements

A cette situation du droit pénal européen s'ajoute un deuxième facteur composé des deux événements qui ont marqué la présidence belge : la violence qui accompagne le 15 juin 2001 les manifestations durant le sommet européen de Göteborg²⁰ et les attentats du 11 septembre. Ces événements présentent deux traits communs, déterminants pour l'expression de cette tension entre liberté et sécurité. Le premier est que tous deux ont vu les mouvements sociaux de contestation se sentir visés par la réaction européenne, soit directement dans la sécurité des sommets européens, moments privilégiés de leurs manifestations, soit indirectement dans la définition du terrorisme et les mesures connexes. Le second trait commun réside dans la rapidité de la réaction et l'organisation de conseils extraordinaires. Ceux-ci ont en effet pour fonction, outre l'aspect décisionnel, d'extérioriser les travaux et de leur donner une certaine publicité²¹. S'ils attestent de la réaction des gouvernements, ils sont aussi l'occasion pour la société civile de réagir, notamment à l'égard des conclusions issues de ces réunions. Celles-ci favorisent ainsi la cristallisation des tensions.

¹⁵ Présidence belge de l'Union européenne : priorités dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (doc. 10415/01 du 28 juin 2001, p. 4).

¹⁶ Article 2 et 29 TUE.

¹⁷ Décision 2001/427/JAI du Conseil du 28 mai 2001 instituant un réseau européen de prévention de la criminalité, *JOCE*, n° L 253, 8 juin 2001, p. 1-3.

¹⁸ Voy. *infra*.

¹⁹ L'article 3 de la décision du Conseil instituant un réseau européen de prévention de la criminalité prévoit que « le réseau prête une attention particulière à la délinquance des jeunes, à la criminalité urbaine (...) ».

²⁰ Les événements qui se sont produits à Gênes semblent bien plus importants que ceux de Göteborg, que ce soit pour l'ampleur de la manifestation, la durée des affrontements, l'étendue de la répression policière et l'issue tragique puisqu'on passe de l'usage d'armes à feu en Suède au décès par balle d'un manifestant en Italie. Cependant, l'enceinte concernée était le G-8 et n'impliquait donc pas de réponse de l'Union comme telle ; par ailleurs, alors que, avec Göteborg, le sujet de la sécurité lors des sommets européens devient la *priorité* politique majeure durant tout le mois de juillet, la prise en compte des événements de Gênes au niveau européen doit attendre la fin des vacances du mois d'août et sera supplantée dans l'agenda politique par la réaction aux attentats du 11 septembre.

²¹ Session extraordinaire du Conseil « Justice, affaires intérieures et protection civile » Bruxelles, 20 septembre 2001, doc. 12019/01 (Presse 327) ; conclusions : 2366^e session du Conseil

Mais c'est le rythme élevé des travaux imposé par le Conseil européen du 21 septembre ²² dans la réaction européenne à la menace terroriste qui a été le plus décisif en favorisant doublement cette cristallisation. D'une part, l'échéance du 6 décembre pour finaliser les travaux les plus importants a permis que ceux-ci bénéficient jusqu'au bout du climat émotionnel post-11 septembre, ce qui a eu un impact sur le contenu final. Cette influence est d'autant plus claire, *a contrario*, que les travaux depuis le mois de janvier ne semblent déjà plus bénéficier de ce mouvement, et que, le 11 septembre s'éloignant, l'effervescence du dernier trimestre 2001 s'est évanouie. D'autre part, la rapidité de l'évolution des textes a permis à la contestation d'être entretenue en trouvant à s'exprimer selon un rythme similaire. Le secteur pénal européen est tellement peu connu que les questions qui sont exclusivement posées à ce niveau n'entraînent souvent aucune réaction avant que la transposition s'annonce en droit interne, au point qu'on peut craindre une tentation des gouvernements de déposer au niveau européen des projets controversés chez eux, afin d'utiliser ensuite la décision du Conseil pour faire pression au niveau national. A cet égard, la cristallisation de la tension sous présidence belge est positive et il faut espérer que l'intérêt porté à la justice pénale européenne ne retombera pas. La construction européenne a tout à gagner dans une mise en débat de son versant pénal.

C'est de la convergence de ces deux facteurs – la situation du droit pénal européen, d'une part, et les événements de Göteborg et du 11 septembre, d'autre part – que provient cette expression de la tension durant la présidence belge. Le climat sécuritaire de l'après-11 septembre n'aurait pas suffi à faire négocier et approuver en trois mois les deux instruments phares du plan d'action pour la lutte contre le terrorisme que sont les décisions-cadre comprenant l'infraction terroriste ²³ et celle instaurant le mandat d'arrêt européen ²⁴ si celles-ci ne s'inscrivaient pas dans le cadre préexistant de l'harmonisation des législations et du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Inversement, le développement du droit pénal européen durant le second semestre 2001 a bien été influencé par le 11 septembre; ceci mérite toutefois d'être nuancé. Les attentats ont en effet provoqué un sursaut de la construction européenne dépassant la lutte contre le terrorisme, comme l'atteste l'abandon partiel du contrôle de l'exigence de double incrimination dans le mandat d'arrêt européen alors que la question était auparavant des plus controversées ²⁵. Mais on peut également considérer que cette accélération fut de courte durée ²⁶. Même si certaines lignes directrices fixées dans l'accord sur le mandat d'arrêt

«Justice, affaires intérieures et protection civile», Bruxelles, le 13 juillet 2001, doc. 10608/01 (Presse 281).

²² Conclusions et plan d'action du Conseil européen extraordinaire du 21 septembre 2001, communiqué de presse du Conseil n° 140/01 du 21 septembre 2001.

²³ Proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, doc. 6128/02.

²⁴ Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, doc. 14867/1/01.

²⁵ En parlant de «sursaut de construction européenne», il ne s'agit pas de se prononcer sur l'aspect positif ou négatif de l'évolution au regard des droits et libertés, mais seulement d'envisager cette évolution, dont l'abandon partiel de la double incrimination fait partie, au regard des concessions en termes de souveraineté nationale. Sur la question de la double incrimination, voy. FLORE, D., «Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité», in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 65-81.

européen s'imposent désormais pour la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, l'application de ce dernier à d'autres domaines reste ainsi laborieuse ²⁷.

En résumé, non seulement la tension engendrée par les instruments adoptés dans le cadre ou sous le prétexte de la lutte contre le terrorisme ne se serait pas exprimée au niveau européen si celui-ci n'était pas parvenu à un certain niveau de développement de son droit pénal, mais la tension qui s'exprime à cette occasion est en réalité celle qui sous-tend de manière plus générale un véritable système pénal. L'émergence de celui-ci était déjà en cours mais a été rendue plus visible dans un climat dont le caractère sécuritaire a eu pour corollaire une vigilance particulière de la société civile, d'ordinaire peu sensibilisée aux instruments pénaux adoptés au niveau européen.

3. Cadre conceptuel : droit pénal européen et projet d'autonomie

L'opposition entre liberté et sécurité souvent évoquée durant la présidence belge, si elle a le mérite d'exprimer une tension sensible, risque d'empêcher une réflexion approfondie sur le droit pénal européen en émergence. Les concepts de liberté et sécurité sont trop souvent mal compris et pâtissent d'une teneur idéologique très forte. En réduisant le conflit à une structure binaire (liberté *versus* sécurité), ils voilent la complexité des relations qui s'exprime notamment dans la multiplicité des intérêts en jeu, et peuvent ainsi avoir un effet réducteur. C'est pourquoi il s'avère nécessaire de poser le cadre conceptuel de la réflexion qui va suivre.

Pour appréhender avec suffisamment de recul le droit pénal et la pertinence de la tension entre liberté et sécurité, il est utile de remonter à l'idée d'autonomie – le fait de se donner ses propres normes, de s'instituer soi-même – comme projet à l'œuvre dans la modernité ²⁸. Ce projet d'autonomie pourrait plus explicitement gouverner la construction européenne et fonder cette « conscience de l'universel » seule à même de permettre et de justifier la création d'un Etat européen ²⁹. Ce projet est simultanément celui de l'individu et de la société, l'autonomie de l'un s'appuyant sur celle de l'autre ³⁰. Liberté et autonomie peuvent être compris comme synonymes ³¹ mais le second concept reflète mieux la dimension collective. Or il y a dans l'opposition entre liberté et sécurité une dérive qui tend à réduire le premier concept à son aspect

²⁶ WEYEMBERGH, A., «La coopération pénale européenne face au terrorisme : rupture ou continuité ? », à paraître dans *Actes de la journée d'études organisée par l'Université de Paris I-Panthéon-Sorbonne et l'Université libre de Bruxelles*, Paris, 14 janvier 2002, à paraître.

²⁷ Le projet de décision-cadre relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve a finalement été approuvé le 28 février 2002 (6553/02) ; les travaux concernant le projet de décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires se poursuivent (doc. 6900/02).

²⁸ Le projet d'autonomie est particulièrement central dans la pensée de Castoriadis (voy. notamment CASTORIADIS, C., « Pouvoir, politique, autonomie », in *Carrefours du labyrinthe III*, Paris, Seuil, 1990). Pour une analyse de Castoriadis avec le projet d'autonomie comme fil conducteur, voy. DAVID, G., *Cornelius Castoriadis : le projet d'autonomie*, Paris, Michalon, 2000.

²⁹ FERRY, J.-M., *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000, p. 67.

³⁰ L'autonomie de l'individu n'est possible que si celui-ci peut participer à la formation de la loi que se donne la collectivité. Voy. CASTORIADIS, C., « La démocratie comme procédure et comme régime », *Carrefours du Labyrinthe IV*, Paris, Seuil, 1996, p. 227.

³¹ DAVID, G., *op. cit.*, p. 60.

individuel – détachée de son versant collectif, la liberté peut être présentée comme limitée à l'individualisme possessif³² – et le second à une reprise en main de la société moderne face à cette prétendue valorisation du sujet égoïste.

Pour éviter ces glissements, on parlera dorénavant de « l'autonomie » comme projet fondateur et des « droits et libertés » comme sphères multiples de réalisation de ce projet. Quant à « la sécurité », on ne la considérera pas comme un principe distinct, mais plutôt comme une grille de lecture horizontale de l'application des droits et libertés mettant en évidence une tension inévitable. Cette tension est liée à la dimension d'acceptation de l'incertitude propre à la démocratie, puisque celle-ci, en se fondant sur une remise en question perpétuelle, doit assumer une part d'infinitude et de non-maîtrise³³. La tension qu'exprime la sécurité est donc celle entre, d'une part, la nécessité d'une protection certaine et effective de ces droits et libertés pour travailler à une réduction, forcément limitée par l'existence d'une part irréductible, de cette incertitude, et, d'autre part, la perpétuelle tentation de surmonter cette part irréductible par un contrôle excessif. La dérive sécuritaire se manifeste ainsi d'abord par un déséquilibre au sein même des droits et libertés. On passe ainsi de la sécurité dans la protection de tous les droits à un « droit à la sécurité » restreint à la protection de certains intérêts³⁴.

Dans cette perspective, il faut regretter la formulation du traité sur l'Union européenne lorsqu'il évoque la création d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » dans la mesure où il semble accrédi-ter l'idée que liberté et sécurité sont deux objectifs séparés, alors qu'il faut considérer que le second (la sécurité) est un des aspects du premier (la liberté ou plutôt l'autonomie)³⁵.

Une fois posés ces quelques repères dans le rapport entre « libertés » et « sécurité », on peut tenter de réfléchir à la place que va y occuper le droit pénal, et

³² Sur l'actualité en philosophie politique de la réflexion sur les versants individuel et collectif de la liberté, voy. notamment FERRY, J.-M. et LACROIX, J., *La pensée politique contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spécialement p. 7 et s. et p. 150 et s.

³³ CALLOZ-TSCHOPP, M.-C., « La création de la démocratie et de l'asile par l'action politique contre le néo-libéralisme sécuritaire », in CARLIER, J.-Y. et VANHEULE, D. (éd.), *Europe and refugees : a challenge ?*, Kluwer, 1997, p. 28.

³⁴ Non seulement la notion de droit à la sécurité constitue le plus souvent un moyen de mettre l'accent sur certains intérêts (la protection de la personne et des biens par exemple) au détriment d'autres (le respect de la vie privée) ou en les oubliant au passage (droits économiques et sociaux), mais, en outre, le concept de « droit à la sécurité » paraît vide de sens. La comparaison avec le droit à la non-discrimination, également horizontal, le montre bien : alors que l'ensemble formé par les droits de l'homme serait bancal sans le droit à l'égalité dans la jouissance des droits, le droit à la sécurité ne sert à rien en tant que droit subjectif. En effet, il ne fait qu'affirmer la nécessité de la protection effective des autres droits alors que cette nécessité est déjà contenue dans la nature juridique de ces droits (sur la question de l'effectivité dans la protection des droits de l'homme voy. DE SCHUTTER, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999).

³⁵ D. BIGO exprime la dérive actuelle de la manière suivante : « Les libertés ne s'opposent plus à la sécurité, elles l'accompagnent. Elles sont pensées en fonction de la sécurité et conditionnées dans leur exercice par cette dernière. (...) Le libéralisme [politique] avait organisé les libertés en en pensant les conditions limites et en les encadrant par des mesures de sécurité alors qu'aujourd'hui on pense la sécurité en l'assortissant de garde-fous en termes de marges de libertés » (« Identifier, catégoriser, contrôler : police et logique proactive », in *La machine à punir*, Paris, l'Esprit frappeur, 2000).

plus précisément se demander en quoi le droit pénal européen peut constituer un enjeu important. Deux réflexions complémentaires sont ici proposées. La première concerne le rapport entre le droit pénal européen et les droits de l'homme : elle constitue une réflexion théorique sur ce qui devrait être (A). La seconde complète la première en insistant plutôt sur la réalité sociale des rapports de domination en mettant l'accent sur la fonction de contrôle social du droit pénal (B).

A. *Droit pénal européen et droits de l'homme*

La relation entre le droit pénal européen et les droits de l'homme est d'autant plus importante que la réalisation des prétentions normatives que recèlent ces droits constitue la plus-value potentielle principale de l'Union européenne ³⁶. Ces droits de l'homme, on l'a vu, identifient les sphères de réalisation du projet d'autonomie ; c'est dans leur protection que s'inscrit la seule légitimité possible du droit pénal. Cet objectif de protection a deux facettes.

Dans l'objectif de protection «épée» ³⁷, le droit pénal agit comme corps de mesures étatiques positives de protection, au sens de mesures impliquant une action de l'Etat et non pas la seule obligation pour lui de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux. Il y a bien une obligation juridique s'imposant à l'Etat de protéger les individus contre des atteintes portées à leurs droits, même lorsqu'elles proviennent de particuliers ou de groupes non étatiques ³⁸.

Mais le droit pénal a un autre objectif de protection, qui prend plutôt l'aspect «bouclier». L'objectif est ici d'encadrer une violence jugée, à tort ou à raison, comme nécessaire pour répondre à la délinquance. Cette formulation me semble importante en ce qu'elle marque la dimension fonctionnelle du respect par le droit pénal des droits et libertés, alors qu'on a souvent tendance à considérer que ce respect ne constitue qu'une limitation. C'est particulièrement présent en droit pénal européen puisque cette dimension d'encadrement n'existe pas de manière autonome : l'instauration d'un mandat d'arrêt européen amène par exemple à certains aspects procéduraux, mais sans que soit à l'œuvre une amélioration générale des garanties procédurales ³⁹.

On notera que, dans l'analyse de la convention européenne des droits de l'homme, la fonction «bouclier» prime sur la fonction «épée» : «l'Etat doit respecter les droits et libertés que [la convention] reconnaît et c'est uniquement à titre subsidiaire, dans la mesure où cela demeure compatible avec cette obligation de respect, qu'il est en outre tenu de protéger les personnes sous sa juridiction des atteintes aux droits que pourraient vouloir causer d'autres personnes privées» ⁴⁰.

³⁶ FERRY, J.-M., *La question de l'Etat européen, op. cit.*, p. 99.

³⁷ L'expression de fonctions «épée» et «bouclier» est empruntée à VERVAELE, J. A. E., «Régulation et répression au sein de l'Etat providence : la fonction «bouclier» et la fonction «épée» du droit pénal en déséquilibre», *Déviance et société*, juin 1997, vol. 21, p. 123-124. Cette formulation imagée a le mérite de facilement exprimer les différences entre les deux aspects ; elle comporte toutefois l'indéniable désavantage de maintenir dans l'analyse même du pénal un vocabulaire guerrier déjà trop présent dans le système lui-même.

³⁸ Voy. notamment DE SCHUTTER, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux, op. cit.*

³⁹ Voy. *infra*.

Au lieu de s'engager dans une réflexion de cet ordre, le Conseil donne parfois l'impression de considérer les droits de l'homme de manière purement rhétorique, comme une référence à ajouter en fonction de la sensibilité des débats. Paradoxalement, le malaise se remarque dans l'insertion dans les décisions-cadre sur la lutte contre le terrorisme et sur le mandat d'arrêt européen d'une disposition prévoyant l'obligation de respecter les droits fondamentaux⁴¹. C'est que cette disposition, inutile puisque ces deux instruments sont soumis à l'article 6 TUE qui prévoit déjà l'obligation de respect des droits de l'homme, risque d'entraîner une certaine confusion. N'étant pas reprise dans d'autres instruments du même type, elle pourrait donner l'impression que ces derniers sont autosuffisants et que leur mise en œuvre peut se faire indépendamment des règles relatives aux droits fondamentaux⁴².

A partir de cette primauté de la dimension «bouclier» sur la dimension «épée», qui est en d'autres termes celle des droits de l'homme sur le droit pénal, deux éléments de la théorie générale des droits de l'homme peuvent être mis en évidence.

Le premier concerne la condition de nécessité que doit remplir toute ingérence dans les libertés fondamentales et amène à promouvoir l'idée d'un droit pénal minimal, c'est-à-dire dont la limitation constitue le souci principal du législateur : on y reviendra plus en détail dans l'analyse portant sur la définition des intérêts protégés par le droit pénal européen.

Le second concerne l'obligation pour ce droit pénal d'assumer pleinement la multiplicité des droits fondamentaux. Ces droits sont en effet toujours à prendre dans l'ensemble qu'ils forment et dans les relations qu'ils entretiennent les uns avec les autres. C'est ainsi confrontés qu'ils révèlent tout à la fois leur utilité conceptuelle, les limites qui s'attachent à leur simple affirmation et leur lien étroit avec le projet de société qui les sous-tend à un moment donné. Prendre en compte cette multiplicité implique de veiller à exprimer comme telle la pondération des intérêts en présence.

Or, cette sujétion aux droits de l'homme et à leur multiplicité, l'évolution du droit pénal européen ne la reflète pas suffisamment. Dans la construction de ce système pénal, la surdétermination par des combats – la traite des êtres humains, la criminalité organisée et, maintenant, le terrorisme – qui rallient un large consensus et véhiculent un imaginaire très puissant empêche de prendre en compte des intérêts comme le respect de la vie privée ou les droits de la défense pourtant indispensables pour une société démocratique. En d'autres termes, l'idée de protection semble bien présente, mais elle ne porte pas sur tous les droits.

B. Droit pénal européen et contrôle social

⁴⁰ DE SCHUTTER, O., «La convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme», à paraître dans BRIBOSIA, E., et WEYEMBERGH, A., (sous la dir. de), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, collection Droit et Justice, 2002, à paraître.

⁴¹ Article 1 § 2 du projet de décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme (doc. 6128/02) et article 1 § 3 du projet de décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen 14867/1/01.

⁴² FLORE, D., «Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne», *JT*, 2002, p. 273-281.

Ceci étant dit, il faut rappeler que l'inscription du droit pénal dans le projet d'autonomie et dans les droits et libertés n'est pas réalisée, elle relève de ce qui devrait être. D'ailleurs, l'autonomie elle-même, et avec elle la démocratie radicale, sont toujours des objectifs à atteindre et jamais pleinement achevés⁴³. Si le propre de la démocratie est que le lieu du pouvoir y est vide⁴⁴, c'est-à-dire que le pouvoir n'appartient à un groupe que pour une durée limitée, ce pouvoir n'est jamais celui de tous : le droit pénal reste toujours pour partie instrument de domination ; il faut en être conscient pour pouvoir limiter cette part, ici aussi, irréductible.

On rappellera donc simplement que le droit pénal est un instrument de contrôle social, c'est-à-dire qu'il participe à «la définition du comportement déviant et la réponse qui lui est donnée»⁴⁵. La notion de «déviante», parce qu'elle est suspecte, force à la vigilance et désamorce ce qu'il peut y avoir d'angélique dans une vision idéale du droit pénal. La définition de cette déviante, qui trouve dans l'incrimination pénale sa concrétisation la plus puissante, est dépendante des rapports de domination en place dans une société. La normativité est sous l'influence de la normalité⁴⁶.

Or, le droit pénal européen reste analysé comme expression originale du droit pénal international ; son impact concret sur les populations dominées ou marginalisées, premières cibles du système pénal⁴⁷, est peu pris en compte par les niveaux de pouvoir concernés. Dans une Europe qui s'est d'abord développée comme espace de libre échange, cet éloignement par rapport aux réalités sociales fait courir le risque de voir le pénal servir avant tout la cause économique. Si les critiques émises au niveau national concernant la «précarité sous surveillance»⁴⁸, c'est-à-dire l'application de stratégies disciplinaires aux personnes faisant les frais de l'exclusion sociale, ne semblent pas s'appliquer actuellement au secteur pénal européen, on retrouve par contre la crainte d'une criminalisation des mouvements faisant de la remise en cause du système économique, qualifié de néolibéral, leur revendication majeure⁴⁹.

Enfin, une réflexion approfondie sur une possible instrumentalisation du pénal est d'autant plus nécessaire qu'un des modes de mise en débat et de limitation de sa dimension disciplinaire, à savoir l'écriture normative et l'application des normes par procédure négociée faisant intervenir de multiples acteurs, comme c'est par exemple le cas pour les politiques locales de sécurité⁵⁰, n'existe pas au niveau européen⁵¹.

⁴³ Sur le concept de démocratie radicale emprunté à C. Castoriadis et sur le caractère forcément inachevé de cette démocratie, voy. CALLOZ-TSCHOPP, M.-C., *op. cit.*, p. 27 et s.

⁴⁴ LEFORT, C., «La question de la démocratie», *Essais sur le politique*, Paris, Seuil, 1996, p. 26.

⁴⁵ Il n'est pas question ici d'aborder la multiplicité des significations de la notion de «contrôle social» (voy. notamment ROBERT, P., *La question pénale*, Paris, Dros, 1984, p. 89 et s.). Pour la définition choisie ici, voy. VAN DE KERCHOVE, M., *Le droit sans peines : aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, Bruxelles, Publications des FUSL, 1987, p. 354.

⁴⁶ DELMAS-MARTY, M., *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, 1992, p. 59.

⁴⁷ WACQUANT, L., *Les prisons de la misère*, Raisons d'agir, Paris, 1999, p. 81 et s.

⁴⁸ REA, A., *La société en miettes : épreuves et enjeux de l'exclusion*, Bruxelles, Labor, 1997, p. 37.

⁴⁹ Voy. *infra*.

Cette sortie de la sphère juridique me paraît d'autant plus nécessaire que c'est bien l'aspect du contrôle social qui a mobilisé la contestation durant la présidence belge. Si la mobilisation a pu se faire, ce n'est pas seulement au nom des valeurs démocratiques *in abstracto*, c'est aussi que nombre de mouvements sociaux se voient comme dominés par le pouvoir politique en place, lui-même perçu comme inféodé au pouvoir économique, et craignent que certains instruments approuvés sous présidence belge, notamment dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, soient utilisés pour étouffer leur contestation.

4. Balance des intérêts durant la présidence belge

Ces balises étant posées, il est possible de procéder à une analyse des travaux accomplis durant la présidence belge. L'analyse horizontale, c'est-à-dire à partir des intérêts mis en balance, détermine la division de cette section. L'aspect vertical du contrôle social sera abordé ponctuellement lorsque cela s'avère utile. On s'interrogera tout d'abord sur le contenu des intérêts protégés par le droit pénal européen dans sa dimension «épée» et la manière dont ils sont déterminés (A). L'analyse portera ensuite sur la protection des libertés politiques dans la mise en œuvre de ce droit pénal, en insistant sur les liens qui ont été créés entre la sécurité lors des réunions internationales et la lutte contre le terrorisme (B). La question du respect de la vie privée sera ensuite traitée, plus particulièrement dans la protection des données à caractère personnel où se ressent également l'influence du 11 septembre (C). Les deux dernières parties seront consacrées aux garanties procédurales (D) et à la question de la peine (E), et seront traitées de manière plus superficielle dans la mesure où les efforts européens dans ces domaines sont limités.

A. Les intérêts protégés par le droit pénal européen

On l'a dit, les intérêts protégés par le droit pénal doivent, vu son impact sur les libertés, être trouvés au sein des droits de l'homme eux-mêmes ou, indirectement, permettre de défendre ceux-ci. On a dit aussi qu'on assiste à l'émergence d'un droit pénal européen constitutif d'un véritable système pénal. Quel est, alors, son objet, comment les intérêts protégés sont-ils définis et quel est le résultat de la présidence belge dans ce cadre ?

Répondre à cette question est plus compliqué qu'il n'y paraît, comme le montre une analyse rapide de chacune des composantes du triptyque évoqué plus haut (acteurs, reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et harmonisation des législations), dans leurs concrétisations sous présidence belge.

⁵⁰ DE MUNCK, J. et VERHOEVEN, M. (éd.), *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité ?*, Bruxelles, De Boeck, 1997. Pour une analyse qui relativise l'impact actuel de l'évolution vers un droit négocié sur la diminution de la dimension disciplinaire en mettant en avant l'ambivalence qui caractérise les sociétés contemporaines, voy. notamment CRAWFORD, A., « Vers une reconfiguration des pouvoirs : le niveau local et les perspectives de la gouvernance », *Déviance et société*, 2001, vol. 25, n° 1, p. 3-32 ; HUBERT, H.-O., « L'Etat surveillant : les politiques belges de sécurité au regard de la sociologie du risque », *RDPC*, mars 2002, p. 324.

⁵¹ Voy. *infra*.

Du côté des acteurs, les compétences que la décision créant Eurojust donne à la nouvelle unité judiciaire doivent être prises en compte ⁵²; elles regroupent en grande partie celles octroyées à Europol sachant que celui-ci a vu dernièrement son mandat étendu aux formes de criminalité contenues dans l'annexe de la convention Europol ⁵³. Plusieurs remarques peuvent être formulées à ce sujet. La première est que la comparaison entre Eurojust et Europol témoigne d'une appréhension différente de la criminalité organisée qui, de critère exclusif de compétence, devient une priorité parmi d'autres, déplacement qui n'est pas indépendant de la définition de l'organisation criminelle intervenue entre-temps ⁵⁴. La seconde est que les compétences font référence à des types de criminalité plutôt qu'à des infractions, ce qui semble laisser une marge d'appréciation plus grande ⁵⁵. Enfin, certains types de criminalité ne sont pas définis, d'autres le sont par référence à des instruments internationaux et quelques-uns font l'objet d'une définition *sui generis* : il n'y a pas de référence aux instruments adoptés dans le cadre de l'harmonisation des incriminations ⁵⁶. Hormis cette disparité, on retiendra à ce stade que le champ couvert est relativement large et est indépendant du caractère transnational puisque l'exigence que l'affaire soumise à Europol ou Eurojust concerne au moins deux Etats est formulée séparément ⁵⁷. Le point commun n'étant plus tout à fait le caractère organisé, ni l'aspect transnational, il semble bien qu'il soit à trouver dans la gravité des comportements visés, ce que vient confirmer l'intitulé de la décision qui institue «Eurojust afin de lutter contre les formes graves de criminalité».

La décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen propose une autre liste ⁵⁸; elle vise trente-deux infractions, et non des types de criminalité, pour lesquelles le contrôle de la double incrimination n'aura pas lieu. La définition est celle prévue par le droit de l'Etat d'émission du mandat d'arrêt, conformément à l'idée de réduire les

⁵² Article 4 de la décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de lutter contre les formes graves de criminalité.

⁵³ Décision du Conseil du 6 décembre 2001 étendant le mandat d'Europol à la lutte contre les formes graves de criminalité internationale énumérées à l'annexe de la convention Europol, *JOCE*, n° C 362, 18 décembre 2001, p. 1.

⁵⁴ Voy. article 2 § 1 de la convention Europol et article 4 de la décision instituant Eurojust; action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° L 351, 29 décembre 1998, p. 1.

⁵⁵ Les compétences initiales d'Europol font référence à des types de criminalité (articles 1 et 2 de la convention Europol); l'annexe à la convention Europol est hybride puisqu'elle liste dans un premier temps des formes de criminalité pour ensuite aborder certains des éléments de cette liste, soit en les définissant à la manière d'infractions, soit en faisant référence aux infractions définies dans un instrument international existant.

⁵⁶ La décision instituant Eurojust prévoit toutefois qu'il faut entendre «la participation à une organisation criminelle au sens de l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne». Cette action commune précède toutefois l'entreprise générale d'harmonisation des législations par voie de décisions-cadre.

⁵⁷ Article 2 § 1 de la convention Europol et article 3 de la décision instituant Eurojust.

⁵⁸ Article 2 § 2 de la proposition de décision-cadre (doc. 14867/1/01).

possibilités de contrôle et de refus d'exécution ⁵⁹. Quel est le point commun de ces trente-deux infractions ? On ne voit pas en quoi le caractère transnational pourrait être déterminant, d'autant qu'il semble déjà présent dans le principe d'un mandat d'arrêt européen. La gravité paraît être un critère comme l'atteste la précision apportée à certains comportements ⁶⁰, avec une certaine redondance puisque les faits en question doivent être punissables d'un maximum d'au moins trois ans d'emprisonnement ⁶¹.

On peut attendre des travaux sur l'harmonisation des incriminations qu'ils éclairent, au moins par le choix des domaines abordés, sur la manière de déterminer les intérêts à protéger. Il faut malheureusement déplorer l'absence de texte programmatique, comme il en existe notamment pour la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. De l'état actuel des travaux, si une évaluation peut être tentée, on retiendra comme seul critère apparent la gravité des phénomènes criminels visés. Non seulement certaines infractions harmonisées n'ont pas de lien solide avec la criminalité transnationale ⁶² mais l'abandon progressif de la double incrimination détache l'harmonisation de sa fonction de soutien à la coopération judiciaire ⁶³.

Que faut-il conclure de ce survol des trois domaines principaux des travaux en termes d'intérêts protégés par le droit pénal européen ?

Tout d'abord, il faut prendre acte d'une certaine incohérence ; elle s'explique par l'étape transitoire dans laquelle se trouve le droit pénal européen, qui empêche, non seulement qu'un choix stable des priorités s'applique de manière horizontale aux différents domaines de travail, mais également que la définition des comportements visés soit uniforme, ce qui devrait se faire en toute logique par une application plus large des résultats de l'harmonisation des incriminations. On notera ensuite que l'aspect transnational n'est plus requis pour satisfaire le principe de subsidiarité, ce qui cadre avec l'idée d'une justice pénale européenne qui a dépassé le stade de la coopération. On sera enfin tenté de déceler dans ces travaux la constante d'une priorité accordée aux formes graves de criminalité. Ce dernier constat appelle plusieurs remarques.

La première est que des signes montrent déjà un certain débordement du cadre de la criminalité grave. Deux des trois champs d'action prioritaires du très récent Réseau

⁵⁹ La décision-cadre prévoit toutefois de manière contradictoire parmi les infractions «telles qu'elles sont définies par le droit national» les «crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale», renvoyant ainsi à la fois au droit interne et au droit international (article 2 § 2).

⁶⁰ On parle ainsi de «coups et blessures graves» ou de «vols organisés ou avec armes».

⁶¹ Un autre critère existe mais qui doit être formulé avec prudence. Il s'agirait du fait que chacune des formulations employées fait référence à des infractions qui existent dans chaque Etat membre, ce qui permettrait un abandon du contrôle de la double incrimination. On objectera que, si les infractions existent dans tous les Etats membres, ce n'est pas à dire qu'elles reçoivent la même signification dans les droits nationaux. D'une part, des différences existent aujourd'hui concernant les infractions mentionnées et, d'autre part, il est possible que ces différences deviennent plus importantes ou que d'autres naissent avec l'évolution des législations nationales.

⁶² Voy. notamment l'harmonisation des infractions liées au racisme.

⁶³ Voy. la contribution de WEYEMBERGH, A. dans le présent ouvrage.

européen de prévention de la criminalité sont ainsi la délinquance urbaine et celle des jeunes, plutôt classées parmi la « petite délinquance »⁶⁴.

La deuxième est que la focalisation sur la « criminalité grave » a souvent pour objectif de mettre en place des mécanismes répressifs nouveaux qui, une fois entrés dans la pratique, sont ensuite progressivement étendus aux autres formes de criminalité. Cela ne signifie certes pas que tous les mécanismes répressifs nouveaux sont critiquables, mais qu'il faut déjà analyser le système européen en construction dans sa compatibilité avec un objectif général de lutte contre la délinquance, quelle qu'elle soit⁶⁵.

Enfin, la méthode suivie pour identifier ces formes graves de la criminalité n'équivaut pas à une réelle entreprise de définition de ces intérêts essentiels qui nécessitent une protection par le droit pénal européen. Sur le plan méthodologique, elle empêche de profiter de l'occasion qu'offre le droit pénal européen de faire table rase du passé et repenser autrement le pénal. L'entreprise en cours part d'infractions qui sont déjà présentes dans les droits nationaux ; on définit donc les biens juridiques dignes d'être protégés par le droit pénal à partir de ceux qui sont déjà l'objet des normes pénales existantes⁶⁶. En d'autres termes, la prise de distance ne se fait pas et le discours se maintient dans le système punitif classique. La conséquence est que le droit pénal européen ne s'engage pas vers ce droit pénal minimal qu'une partie de la doctrine appelle de ses vœux⁶⁷ : il s'y engage d'autant moins que l'harmonisation des incriminations fixe ce que les Etats doivent au minimum incriminer, sans empêcher d'étendre la répression⁶⁸.

L'idée d'un droit pénal minimal, qui est moins un système pénal déterminé qu'une façon de penser le pénal, fait écho à deux notions issues de disciplines distinctes. Sur le plan juridique, il s'agit, comme on l'a évoqué plus haut, du critère de nécessité bien connu des juridictions de Strasbourg et Luxembourg : appliqué aux libertés, ce critère implique que les ingérences dans l'exercice de celles-ci ne sont permises que si elles sont nécessaires dans une société démocratique⁶⁹. Ce principe suppose avant tout que l'ingérence soit utile, c'est-à-dire aussi que cette utilité soit démontrée et exprimée comme telle. Or c'est bien sur ce terrain-là que se pose d'abord la controverse sur la décision-cadre reprenant la définition du terrorisme. Car ni la Commission

⁶⁴ Article 3 de la décision 2001/427/JAI du Conseil du 28 mai 2001 instituant un Réseau européen de prévention de la criminalité, *JOCE*, n° L 253, 8 juin 2001, p. 1-3.

⁶⁵ Voy. la contribution de CESONI, M. L., dans le présent ouvrage.

⁶⁶ BARATTA, A., « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviante et société*, 1991, vol. 15, n° 1, p. 6.

⁶⁷ Voy. notamment BARATTA, A., *op. cit.*, p. 25 : « l'usage alternatif du droit pénal signifiera que l'on doit user du droit comme d'un instrument en vue d'une limitation rigoureuse, politique et technique, de ce qui est peut-être apparu, à une époque, comme une fonction utile mais qui actuellement se confond de plus en plus avec la violence inutile des peines ». Voy. aussi VERVAELE, P.-A., « La politique criminelle dans l'Etat de prévention », *Déviante et société*, 1997, vol. 21, n° 2, p. 134.

⁶⁸ Voy. la contribution de WEYEMBERGH, A., dans le présent ouvrage.

⁶⁹ Voy. notamment les articles 8 à 11 de la convention européenne des droits de l'homme.

dans sa proposition ⁷⁰ ni le Conseil n'ont réellement justifié la nécessité de passer d'infractions existantes dans les droits nationaux à une nouvelle infraction spécifique, ce qui est problématique sur le plan procédural.

Ensuite, et pour revenir brièvement à la philosophie politique, l'exigence de penser en termes de droit pénal minimal se rattache à la vision de la démocratie radicale mettant en œuvre le projet d'autonomie. Dans l'absence de référent transcendant, la société démocratique s'institue certes sur le principe de l'ouverture et de l'imagination créatrice, mais elle se doit également, dans un effort constant de réflexivité, c'est-à-dire de réflexion de la société sur elle-même, de trouver en son sein les limites à son action puisqu'elles ne peuvent plus se trouver ailleurs ⁷¹. Bien plus, l'ouverture qui est à la base de la démocratie l'oblige à assumer une part d'incertitude et de fragilité tout en évitant que ces peurs ne débouchent sur des réactions entraînant de nouvelles formes d'aliénation ⁷². L'autonomie implique l'autolimitation, ici un droit pénal minimal résistant à la tentation d'un contrôle excessif.

B. Les libertés politiques

On se propose d'aborder ici le rapport du droit pénal européen aux libertés politiques, entendues comme l'ensemble des droits de l'homme en tant qu'ils permettent aux individus de prendre part au débat public et à la vie politique. Le rapport direct, c'est-à-dire l'influence sur les libertés d'association, d'expression et de contestation, est peut-être l'élément majeur de la présidence belge (1). Le rapport indirect lié à l'implication de la société civile dans le processus normatif mérite également d'être mentionné (2).

1. Le rapport direct avec les libertés politiques : sécurité des sommets européens et lutte contre le terrorisme

C'est dans un premier temps la question de la sécurité des sommets européens qui a fait entrer la question des libertés d'expression, d'association et de contestation dans le secteur de la justice et des affaires intérieures. La mise en œuvre du plan d'action relatif à la lutte contre le terrorisme est venue prolonger et accentuer les enjeux. Le premier mouvement a surtout porté sur des instruments policiers liés à la gestion de l'ordre public ; toutefois, des liens se sont petit à petit créés et un climat général s'est formé dans un second temps reliant ces instruments à d'autres ressortissant plus directement de la matière pénale. On accordera surtout de l'importance aux seconds, mais le cadre général posé ci-après concerne à la fois les secteurs policier et judiciaire.

a. Contestation, violence et contre-violence

⁷⁰ Pour le raisonnement suivi par la Commission européenne, voy. le rapport explicatif (doc. COM (2001) 521 final du 19 septembre 2001).

⁷¹ CASTORIADIS, C., «La montée de l'insignifiance», *Carrefours du Labyrinthe IV*, Paris, Seuil, 1996, p. 100.

⁷² CALLOZ-TSCHOPP, M.-Cl., *op. cit.* p. 28.

Cet élément est indissociable de l'essor d'une nouvelle forme de contestation capable de se déployer au niveau de l'Europe et de critiquer l'orientation de celle-ci. Ces nouveaux mouvements sociaux, partie de la constellation altermondialiste, investissent l'espace politique en s'invitant, depuis Nice en décembre 2000, aux différents sommets européens. Deux composantes distinctes de leur action doivent être prises en compte : les idées politiques promues par ces mouvements et la forme de leur action.

S'il est un lieu commun de dire que l'altermondialisation ne forme pas un ensemble cohérent quant aux courants politiques qui la composent, toutes ses composantes s'accordent sur la nécessité de renverser le pouvoir économique et de faire échec au néolibéralisme, entendu comme le modèle de pensée qui voit dans le marché la forme idéale de la régulation sociale ⁷³. Même si le discours politique des autorités nationales et européennes s'ouvre à ces idées, la domination de la sphère économique reste écrasante. Objectivement, le droit pénal étant instrument de contrôle social, on admettra un risque de voir l'arsenal pénal servir à asseoir l'ordre économique existant et donc étouffer la contestation.

L'aspect multiforme de l'action des mouvements contestataires est proportionnel à l'éventail des courants politiques qui les sous-tendent. Le rapport à la règle n'est pas unique et une fraction importante des militants considère qu'il est nécessaire de transgresser certaines normes ⁷⁴. Dans cette fraction, la tension avec la norme se décline sur une large gamme, allant de la désobéissance civile la plus douce à l'action violente et révolutionnaire. Objectivement toujours, la contestation est donc susceptible de déboucher sur la commission d'infractions, et donc de déclencher une réponse pénale.

Maintenant, la puissance étatique se définit toujours comme contre-violence, c'est-à-dire « comme l'organisation de cette autre violence, officiellement seconde, nécessaire pour rétablir un ordre menacé de destruction » ⁷⁵. Il faut ensuite admettre qu'« il appartient à la logique de la contre-violence, selon une spirale indéfinie, non seulement de prévenir le désordre dont l'existence légitime sa fonction, mais de le définir et le cas échéant de le susciter » ⁷⁶.

On a donc une spirale potentielle qui trouve un lieu d'expression symbolique au niveau européen. Tout en étant pour la plupart en faveur d'une certaine construction européenne, les mouvements sociaux de l'altermondialisation y voient une incarnation du libre échange, de la technocratie et de la distance du politique par rapport aux citoyens : les sommets européens deviennent ainsi l'un des lieux privilégiés de la contestation. Ces manifestations impliquent des mouvements transfrontières qui doivent être pris en compte par les autorités policières au niveau européen ; ces actions peuvent se muer en tentation de contrôle disproportionné, ou être ressenties comme telles. Cette tension se matérialise progressivement durant la présidence belge.

⁷³ ARNSPERGER, C. et VAN PARIJS, P., *Ethique économique et sociale*, Paris, La Découverte, 2000, p. 13.

⁷⁴ Voy. à ce sujet le débat au sein d'Attac à la suite de Göteborg, relayé dans le bulletin « Grain de sable » de l'association, disponible sur <http://www.attac.org>.

⁷⁵ BALIBAR, E., « Sûreté, sécurité, sécuritaire », *Cahiers marxistes*, 1994, n° 5, p. 188.

⁷⁶ *Ibid.*

Suite aux manifestations lors du Conseil européen de Göteborg le 15 juin, qui voient la police suédoise faire usage d'armes à feu, la présidence convoque, le 13 juillet 2001, un Conseil extraordinaire des ministres de la Justice et des Affaires intérieures sur la sécurité des sommets européens. Si l'organisation de la réunion est en elle-même symbolique, les conclusions font surtout référence aux droits nationaux et à des instruments existants de coopération policière ⁷⁷; l'accent est mis sur l'utilisation maximale des moyens légaux pour la collecte et l'échange d'information sur des individus ou des groupements impliqués dans les violences, dont on remarquera qu'ils sont définis de manière vague ⁷⁸. L'ensemble vise principalement les activités policières liées au maintien de l'ordre; la recherche et la poursuite des infractions pénales ne sont abordées qu'accessoirement.

Parmi les mesures envisagées, on notera à ce stade «l'utilisation de toutes les possibilités légales et techniques afin de renforcer et promouvoir un échange rapide et plus structuré des données relatives aux auteurs de troubles violents sur la base de fichiers nationaux». Cette formulation est intéressante par le fait qu'elle ne mentionne pas l'initiative supportée par la moitié des Etats membres de mettre sur pied une base de données européenne reprenant les auteurs de troubles violents ⁷⁹. On y reviendra ci-dessous.

Il est difficile d'évaluer l'impact de la réunion du G-8 à Gênes et des événements dramatiques qui l'ont accompagnée, car le rythme de travail du Conseil se ralentit avec l'approche du mois d'août. A la reprise des travaux, les attentats du 11 septembre ont éclipsé les événements italiens.

b. Le lien avec la lutte contre le terrorisme

Il ne fait pas de doute que la prévention d'attentats comme ceux qui ont frappé New York et Washington le 11 septembre 2001 s'inscrit dans la protection des droits fondamentaux; il ne fait pas de doute non plus que cette lutte contre le terrorisme comporte le risque d'ébranler les valeurs démocratiques déjà secouées par les attentats. Pour ce qui concerne les libertés politiques, l'appréhension du phénomène terroriste représente un enjeu de taille. Dans la mesure où le terrorisme poursuit son objectif de renverser un ordre établi par des actes qui constituent la négation de tout processus de décision politique, la tentation peut être grande de l'associer à des mouvements de contestation parfois désireux de changements radicaux dans l'ordre social et dont les modes d'action ne s'inscrivent pas directement dans les piliers traditionnels de la vie politique, voire comportent la commission d'infractions.

La crainte d'une criminalisation de la contestation dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est ainsi devenue une thématique majeure durant la présidence belge. Elle trouve à s'exprimer principalement à l'occasion de la tentative du Conseil de donner une définition du terrorisme, mais également dans l'élargissement des fonctionnalités du Système d'information Schengen.

⁷⁷ Conclusions de la 2366^e session du Conseil «Justice, affaires intérieures et protection civile», doc. 10608/01 (Presse 281)

⁷⁸ STATEWATCH, *The enemy within: EU plans the surveillance of protestors and the criminalisation of protests*, disponible sur <http://www.statwetch.org>.

⁷⁹ *Ibid.*

Le débat sur la définition du terrorisme débute de manière d'autant plus vive que la proposition de la Commission européenne est extrêmement large et que les conclusions du Conseil du 20 septembre qui examine la proposition et celles du Conseil européen du lendemain sont interprétées comme avalisant l'orientation proposée⁸⁰. Les travaux qui suivent au sein du Conseil vont progressivement encadrer et limiter la proposition initiale tout en maintenant l'approche⁸¹.

Une partie importante de la limitation se fait via la liste des infractions susceptibles d'être qualifiées de terroristes. Des efforts manifestes conduisent à une liste de comportements dont la gravité constitue le point commun principal. Le Conseil ne parvient toutefois pas à situer définitivement dans la gravité de ces comportements la démarcation entre le terrorisme et certaines formes de contestation⁸².

L'élément intentionnel, c'est-à-dire le but poursuivi par la commission des infractions, est à la fois limité par rapport au texte de la Commission et étendu. L'objectif qualifié de terroriste de « gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale » ou de « contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque »⁸³, ne rassure pas suffisamment et le Conseil va jusqu'à prévoir une déclaration politique mentionnant que la décision-cadre ne peut « être prise comme fondement pour inculper de terrorisme des personnes exerçant leur droit fondamental d'exprimer leur opinion, même si elles commettent ce faisant des infractions ». L'ensemble formé de la décision-cadre et les déclarations politiques ont fait l'objet d'un accord le 6 décembre. Le texte a été approuvé sans réserve par le Parlement européen le 6 février ; une fois adoptée formellement, la décision-cadre devra être mise en œuvre dans les Etats membres pour décembre 2002, ce qui comportera, pour la plupart, la nécessité de modifier leur Code pénal et d'y insérer l'infraction terroriste.

La clôture des débats sous présidence belge ne se réduit pourtant pas à une transmission du dossier aux parlements nationaux. Tout d'abord, la définition du terrorisme reçoit une consécration directe dans les instruments adoptés le 27 décembre 2001 dans le cadre du I^{er} et du II^e piliers⁸⁴ qui visent l'élaboration de

⁸⁰ Ligue des droits de l'homme (Belgique francophone), *Refuser au terrorisme une seconde victoire, communiqué du 25 septembre 2001*, disponible sur <http://www.liguedh.org>; WEYEMBERGH, A., *L'impact des attentats du 11 septembre sur l'espace judiciaire pénal européen*, carte blanche parue dans *Le Soir*, 8 octobre 2001 ; STATEWATCH, *EU to adopt new laws on terrorism*, disponible sur <http://www.statewatch.org>.

⁸¹ Projet de décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme (doc. 6128/02).

⁸² On pense principalement à l'expression « causer des destructions massives (...) susceptibles de produire des pertes économiques considérables » (point e) de l'article 1^{er}, ou la « capture de moyens de transports collectifs ou de marchandises ».

⁸³ Article 1^{er} du projet de décision-cadre.

⁸⁴ Position commune relative à la lutte contre le terrorisme, *JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 90 et s. ; position commune relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, *JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 93 et s. ; règlement CE 2580/2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, *JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 70 et s. ; décision du Conseil du 27 décembre 2001 établissant la liste prévue à l'article 2, paragraphe 3, du règlement CE 2580/2001, *JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 68-69.

listes d'organisations considérées comme terroristes et obligent au gel des avoirs des organisations visées, dépassant la simple mise en œuvre de la résolution du Conseil de sécurité des Nations-Unies. Ils ne seront pas abordés dans cet exposé puisqu'ils ne relèvent institutionnellement pas du secteur pénal. L'opacité de la procédure – adoption par procédure écrite entre Noël et Nouvel An et sans consultation du Parlement européen – pour des instruments au contenu aussi puissant montre toutefois que l'expression des tensions dans le secteur pénal témoigne d'une mise en débat, fût-elle insuffisante, et que c'est parfois la sortie de ce champ pénal – ici, au niveau institutionnel, la sortie du titre VI TUE – qui est réellement problématique ⁸⁵.

L'application de la décision-cadre revient sous présidence espagnole, cette fois en relation directe avec la problématique des mouvements contestataires, à travers une note publique de la présidence au groupe de travail « terrorisme » qui dépend du Conseil « Justice et affaires intérieures ». La note comprend un « projet de décision du Conseil portant création d'un formulaire type destiné aux échanges d'informations concernant les incidents provoqués par des groupes radicaux violents liés au terrorisme » ⁸⁶. Dans le deuxième considérant du projet, la présidence considère « qu'au fil des différentes manifestations et réunions au sommet de l'Union européenne, on a pu observer une augmentation progressive des actes de violence et de vandalisme criminel commis par des groupes extrémistes radicaux et que ces actes ont clairement suscité des situations de terreur au sein de la société, et entraîné une réaction de l'Union, qui a dressé la liste de ces actes et les a définis comme infractions à l'article premier de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme ». Non seulement le document propose des amalgames étonnants entre mouvements contestataires et groupes terroristes, mais il tente de récupérer l'instrument phare qu'est la décision-cadre.

Il s'impose de relativiser la portée du texte en question, qui n'émane pas du groupe de travail terrorisme dans son ensemble et, surtout, a été fortement modifié avant d'être présenté aux niveaux supérieurs du Coreper ou du Conseil ⁸⁷. Il n'empêche qu'un tel document, d'une part, est de nature à renforcer la crainte de voir les autorités répressives détourner l'incrimination du terrorisme de son but initial, et, d'autre part, montre que la définition contenue dans la décision-cadre constitue une référence, non seulement pour les droits nationaux qui doivent en assurer la transposition, mais pour l'ensemble des travaux au sein de l'Union européenne. Sur ce dernier point, l'utilisation large de la définition de la participation à une organisation criminelle proposée par l'action commune de 1998 ⁸⁸, alors même que peu d'Etats l'ont transposée en droit interne, atteste des difficultés que pose un dialogue encore incomplet entre les législateurs nationaux et le Conseil ⁸⁹.

⁸⁵ WEYEMBERGH, A., « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », *op. cit.* ; voy. aussi STATEWATCH, *New EU measure on terrorism criminalises all refugees and asylum-seekers*, disponible sur <http://www.statewatch.org>.

⁸⁶ Doc. 5712/02.

⁸⁷ Voy. la dernière version du document en question (5712/4/02) formulée en termes plus prudents.

⁸⁸ Action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° L 351, 29 décembre 1998, p. 1.

De manière plus générale, cet effet secondaire de la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme illustre la puissance que revêt la définition de la déviance, dont on a vu qu'elle est constitutive du contrôle social et qui trouve dans le contenu de l'incrimination son expression la plus symbolique ⁹⁰.

La rencontre entre la stratégie européenne de lutte contre le terrorisme et celle de maintien de l'ordre dans les manifestations se fait également dans les travaux relatifs à l'extension des fonctionnalités du Système d'information Schengen (SIS). On a vu que la réunion du Conseil du 13 juillet n'avait pas débouché sur la création d'une base de données européenne sur les auteurs de troubles violents. Dans son plan d'action sur la lutte contre le terrorisme adopté le 20 septembre, le Conseil se contente d'inviter «les Etats participants au SIS à recourir de manière plus systématique à l'alimentation du système en signalements au titre des articles 95, 96 et 99 de la convention d'application de l'accord de Schengen» ⁹¹. Il est intéressant de constater que c'est en invoquant la mise en œuvre de cette recommandation que la délégation belge propose, le 15 octobre 2001, d'ajouter au SIS «le signalement des personnes notoirement connues des forces de police pour avoir commis des faits avérés de troubles de l'ordre public, lorsque ces personnes se déplacent, seules ou en groupe, pour assister à un événement spécifique, s'il existe des éléments indiquant qu'elles le font dans l'intention d'organiser, de provoquer ou de fomenter des troubles ou de participer à de tels faits en vue de menacer l'ordre ou la sécurité publics» ⁹².

L'objectif du signalement étant d'interdire à la personne concernée l'entrée sur le territoire de l'Etat accueillant un certain événement, c'est bien la liberté de circulation et, dans son prolongement, celles d'expression et de contestation qui peuvent être atteintes ⁹³. Ici aussi on se gardera de conclure d'une simple note la volonté de l'ensemble du Conseil de mettre en œuvre cette initiative. Il semble, d'une part, que certaines délégations l'ont accueillie avec beaucoup de réserve mais que, d'autre part, l'éventualité de son application reste à l'ordre du jour ⁹⁴.

L'invocation du plan d'action anti-terroriste pour appuyer un instrument relevant de la gestion de l'ordre public atteste des passerelles qu'on a pu vouloir créer entre le

⁸⁹ C'est ainsi que le texte actuel du projet de modification de l'article 40 de la convention d'application de l'accord de Schengen, qui règle la possibilité pour des autorités d'un Etat de poursuivre l'observation d'une personne au-delà des frontières nationales, prévoit que les Etats membres devront accepter cette «observation transfrontalière» lorsqu'elle porte sur des faits constitutifs de participation à une organisation criminelle au sens de l'action commune. Cet élargissement imposerait donc à certains Etats d'accepter qu'une mesure de surveillance par des autorités d'un autre Etat membre ait lieu sur leurs propres territoires pour des faits qui n'y sont pas incriminés. Voy. doc. 6088/3/02 du 10 avril 2002 (en anglais uniquement), p. 4.

⁹⁰ DE RUE, M., «Décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme: le pouvoir de définir», *Journal du Juriste*, février 2002.

⁹¹ Point 27 des conclusions, doc. 12019/01 (presse 327).

⁹² Note de la délégation belge au groupe SIS du 15 octobre 2001, doc. 12813/01.

⁹³ STATEWATCH, The «enemy within II», disponible sur <http://www.statewatch.org>.

⁹⁴ Note de la présidence au groupe SIS sur les exigences relatives au SIS, doc. 5968/02 SIS 6 comix 78 du 5 février 2002. On remarquera la prudence dans la formulation du paragraphe concerné (p. 15).

terrorisme et la sécurité lors des manifestations, permettant au deuxième versant de jouir de la légitimité du premier.

Dans la foulée de ces liens artificiels créés entre des secteurs distincts, et bien que ne soient plus spécifiquement en jeu les libertés politiques, on peut également s'interroger sur un possible mouvement en cours. Comme on l'a vu, la présidence établit des liens entre terrorisme, violence urbaine et violence des jeunes ; de son côté, le Réseau européen de prévention de la criminalité, spécialisé dans la délinquance urbaine ou juvénile, a tenu sa première réunion sur le thème de la violence dans les manifestations : de cette comparaison des thématiques abordées en fonction des attributions de chacune de ces enceintes, il semble bien que l'état se resserre autour des jeunes en milieu urbain. S'il faut être vigilant face aux mesures éventuelles prises sous le prétexte de la lutte contre le terrorisme à l'encontre de la jeunesse aux idées politiques radicales, il faut également craindre que ce groupe cible soit étendu à celui, pourtant distinct, des jeunes issus de milieux sociaux défavorisés, cibles « privilégiées » des politiques de sécurité nationales.

2. Le rapport indirect avec les libertés politiques : processus de décision dans le titre VI

On s'en voudrait de se limiter dans cette section à la manière dont le droit pénal européen a appréhendé, sous présidence belge, certains droits, notamment les libertés d'expression, d'association et de manifestation. Puisqu'on entend par libertés politiques les droits fondamentaux en ce qu'ils permettent à l'individu de prendre part au débat public, il s'impose également de s'interroger sur le mode d'élaboration de la norme dans ce secteur pénal européen.

On ne reviendra pas sur la question du déficit démocratique du titre VI du traité sur l'Union européenne, particulièrement en ce qui concerne l'implication du Parlement européen et les compétences de la Cour de justice des Communautés européennes. La problématique du contrôle sur les acteurs, notamment Eurojust et Europol ⁹⁵, est évoquée plus longuement dans le présent ouvrage, et le reste de la question institutionnelle, pour important qu'il soit, n'a pas été à l'ordre du jour de la présidence belge. Il est clair toutefois que le manque de transparence et le maintien des débats dans des enceintes gouvernementales n'ont fait que renforcer l'opposition qui pouvait trouver à s'exprimer sur les travaux.

Mais, en dehors de ces questions relatives à la division des pouvoirs, un autre aspect mérite d'être analysé. Il s'agit de l'implication de la société civile dans le processus législatif. La carence dans ce domaine n'est pas un fait nouveau. Elle a été d'autant plus vivement ressentie sous présidence belge que les ONG ont craint durant cette période de devenir une cible potentielle des travaux dans le secteur pénal. Des mécanismes de concertation, voire un espace de discussion permettant aux associations de réagir aux travaux en cours, à titre consultatif, ne peuvent que renforcer la légitimité et la qualité des initiatives et cadreraient avec la bonne gouvernance prônée par la Commission européenne ⁹⁶.

⁹⁵ Voy. la contribution de GLESS, S., dans le présent ouvrage.

Celle-ci multiplie d'ailleurs les consultations sur certains domaines particuliers ⁹⁷. A l'examen, il semble toutefois que ces consultations tendent surtout à associer des acteurs sectoriels, c'est-à-dire spécialisés dans un aspect bien précis du droit pénal (par exemple, des associations de lutte contre la traite des êtres humains) ou des acteurs économiques ⁹⁸, ce qui risque d'amener à prendre surtout en compte la dimension «épée». La légitimité des travaux de la Commission ne peut que se trouver confortée par une extension de la participation de la société civile aux aspects «boucliers», c'est-à-dire dans le sens d'une vigilance quant au respect par les initiatives des libertés fondamentales.

C. *Le respect de la vie privée*

La prise en compte du droit au respect de la vie privée dans le secteur pénal prend la forme d'une balance des intérêts entre les nécessités de la recherche et la poursuite des infractions, d'une part, et la protection de la sphère privée individuelle, d'autre part. C'est dans ce rapport que le danger d'une opposition simplificatrice entre liberté et sécurité se fait le plus sentir. Plus que tout autre droit, celui au respect de la vie privée, parce qu'il est d'abord une composante de la liberté dans sa dimension strictement individuelle, risque d'être assimilé à la protection du sujet égoïste. Cet intérêt peut ne pas peser lourd face à l'argument de la lutte contre la criminalité. Il n'est pas toujours aisé de garder à l'esprit l'importance de cette sphère individuelle pour la démocratie et le projet d'autonomie. Pourtant, le droit au respect de la vie privée comporte le droit de nouer des contacts avec ses semblables ⁹⁹ et est de ce fait un élément important du développement d'une sphère collective.

C'est dans la question du traitement des données à caractère personnel que le droit au respect de la vie privée s'est présenté durant la présidence belge. Cette thématique ne faisait pourtant pas partie de son programme, sans doute parce que les travaux précédents relatifs à la protection des données dans le secteur pénal avaient mené à une impasse telle qu'il semblait préférable de ne pas rouvrir les débats. La mise à l'agenda est principalement due à la nouvelle priorité de la lutte contre le terrorisme. S'il est normal que l'existence d'un danger important intervienne dans la pondération des intérêts exprimée ci-dessus, le risque était aussi que le climat et la nécessité d'une réponse politique aux attentats soient récupérés pour, d'une part, instaurer pour la lutte anti-terroriste un régime dérogatoire disproportionné concernant les règles de protection des données, et, d'autre part, étendre ce mouvement de dérogation à d'autres types de criminalité ¹⁰⁰. La tension s'est exprimée, avec plus ou moins de relais dans l'opinion publique, dans deux domaines particuliers.

⁹⁶ Voy. le livre blanc de la Commission européenne sur la gouvernance européenne, COM (2001) 428, *JOCE*, n° C 287, 12 octobre 2001.

⁹⁷ Voy. notamment le forum sur la prévention de la criminalité organisée (http://www.europa.eu.int/-comm/justice_home/news/forum_crimes/index_en.htm) ou le forum sur la cybercriminalité (<http://cybercrime-forum.jrc.it/default/>).

⁹⁸ C'est notamment le cas pour le forum sur la cybercriminalité.

⁹⁹ Cour européenne DH, *arrêt Niemietz*, 16 déc. 1992, série A, § 29.

1. Conservation des données de trafic

Le débat sur la conservation des données de trafic, c'est-à-dire relatives à la transmission d'information par voie électronique, concerne l'opportunité et la compatibilité avec les règles de protection des données d'une obligation pour les fournisseurs de services de télécommunications (par exemple les fournisseurs d'accès à Internet) de conserver durant un certain délai toutes les données de trafic qui transitent par leurs serveurs. Sans entrer dans les détails techniques sur les données de trafic, on se limitera à préciser qu'elles permettent d'identifier les flux d'information, les appareils qui transmettent et reçoivent ces informations, la masse des données transmises ou encore les périodes de transmission; elles ne permettent pas la connaissance du contenu de l'information échangée ¹⁰¹.

Ces données de trafic peuvent être intéressantes dans le cadre de recherches portant sur des infractions directement liées à la cybercriminalité, comme les atteintes portées aux réseaux de télécommunications ou la diffusion de matériel pédopornographique ou raciste.

L'obligation de conserver les données concerne une conservation *a priori*, c'est-à-dire en l'absence d'enquête pénale en cours; l'ouverture de celle-ci devrait toutefois conditionner l'accès aux données conservées. Cette obligation déroge au principe selon lequel ne peuvent être conservées que les données nécessaires à la facturation du service et uniquement durant la période nécessaire à ladite facturation ¹⁰².

La conservation des données de trafic fait l'objet de controverses au niveau européen. Le droit comparé fait d'ailleurs état de législations disparates en la matière ¹⁰³. Au demeurant, la rétention des données *a priori* ne paraît pas en soi contraire au respect de la vie privée, mais l'ensemble des principes de la protection des données – accessibilité de la norme et prévisibilité du contenu, finalité légitime,

¹⁰⁰ Le groupe de travail «protection des données», qui se réunit au sein de la direction générale «Marché intérieur» de la Commission européenne, présente en décembre 2001 un communiqué général insistant sur la «nécessité d'une approche équilibrée dans la lutte contre le terrorisme», avis 10/2001 du groupe de travail «protection des données» (doc. 0901/02/FR final, disponible sur http://www.europa.eu.int/comm-/internal_market/fr/dataprot/wpdocs/index.htm).

¹⁰¹ Le site web du forum sur la cybercriminalité contient une partie entièrement consacrée au débat sur la rétention des données de trafic, voy. <http://cybercrime-forum.jrc.it/default/>.

¹⁰² Article 6 de la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications (*JOCE*, n° L 24, 20 janvier 1998, p. 1).

¹⁰³ Il est primordial ici de prendre en compte un intérêt distinct de la recherche des infractions et du droit au respect de la vie privée: il s'agit de l'intérêt économique des fournisseurs de services de télécommunications auxquels l'obligation de rétention impose une charge financière importante. On ne déduira donc pas trop vite de la controverse existante qu'elle implique une sainte vigilance sur le plan de la protection des données; des questions de concurrence dans le marché mondial y occupent une place non négligeable. Il est d'ailleurs éclairant de constater que la présence d'un intérêt palpable et commensurable financièrement vient donner corps à une pondération des intérêts qui est difficilement exprimée comme telle dans d'autres domaines.

subsidiarité, utilité et proportionnalité – impliquent par contre un exercice aussi délicat qu’indispensable concernant le délai de conservation des données, les types de données conservées, les modalités d’accès aux données, ... ¹⁰⁴

Quoi qu’il en soit, la rétention des données *a priori* ressemblait à un terrain miné sur lequel on préférerait ne pas trop s’aventurer, la controverse paraissant d’autant plus profonde que la Commission européenne semblait avoir du mal à arrêter une position sur la question. C’est sans doute dans ce contexte qu’il faut lire le point 4 des conclusions du Conseil extraordinaire du 20 septembre 2001 : «Le Conseil invite la Commission européenne à faire des propositions pour veiller à ce que les autorités répressives aient la possibilité d’enquêter sur des actes criminels comportant l'utilisation de systèmes de communications électroniques et de prendre des mesures contre leurs auteurs. Dans ce cadre, le Conseil sera particulièrement attentif à assurer un équilibre entre la protection des données à caractère personnel et les besoins des autorités répressives en matière d'accès à des données à des fins d'enquête criminelle».

Il semble que l’opportunité ait été saisie de faire peser la menace terroriste dans la balance des intérêts, tout en étendant cette influence aux autres domaines de la lutte contre le criminalité ¹⁰⁵. L’enjeu direct ¹⁰⁶ réside dans la discussion sur le projet de directive sur le traitement des données à caractère personnel dans le secteur des télécommunications électroniques ¹⁰⁷, et plus particulièrement dans la formulation de l’article prévoyant, pour le domaine pénal, les dérogations possibles aux règles instaurées par la directive. C’est ainsi que le Conseil approuve le 6 décembre une position commune sur ledit projet dans lequel il propose d’insérer une autorisation explicite pour les Etats membres de prévoir une conservation *a priori* des données ¹⁰⁸. Le Parlement européen a une position opposée puisque la manière dont il propose d’encadrer cette possibilité revient à interdire la conservation *a priori* ¹⁰⁹.

Si on dépasse une réticence instinctive devant les mesures de surveillance, il semble qu’une réglementation de la rétention des données au niveau européen, à

¹⁰⁴ DE SCHUTTER, O., « Vie privée et protection des données à caractère personnel », *RTDH*, 2001, p. 147 et s.

¹⁰⁵ Au niveau national, le législateur français fait de même en ouvrant dans sa loi sur la sécurité quotidienne la possibilité d’une réglementation de la rétention des données : article 29 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *JO*, n° 266, 16 novembre 2001, p. 18215.

¹⁰⁶ L’examen de la « feuille de route » pour la mise en œuvre du plan d’action sur la lutte contre le terrorisme fait le lien entre cette partie des conclusions et le projet de directive (voy. doc. 7686/02).

¹⁰⁷ Proposition initiale de la Commission : *JOCE*, n° C 365, 19 décembre 2000, p. 223.

¹⁰⁸ Position commune arrêtée par le Conseil en vue de l’adoption de la directive du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, doc. 15396/01, article 15.

¹⁰⁹ Doc. A5-374/2001 final, amendement 37 : « Ces mesures doivent être tout à fait exceptionnelles (...) et autorisées par les autorités judiciaires ou compétentes dans des cas particuliers ». La proposition du rapporteur, M. Cappato, revient à n’autoriser que le système ordinaire d’interception des télécommunications dans le cadre d’une enquête pénale. Le 18 avril 2002, le Parlement maintenait cette approche en prévoyant qu’un Etat membre ne peut prévoir que des « obligations temporaires de conservation des données », alors que l’option du Conseil revient à autoriser des « obligations de conservation temporaire des données », ce qui fait toute la différence. Au moment où cet article est bouclé, la procédure de codécision n’est pas achevée.

partir du moment où le mouvement va dans ce sens dans les Etats membres, peut s'avérer positive pour encadrer cette évolution. Cela n'est possible que si l'ambition des travaux européens ne se réduit pas à fixer ce que les Etats doivent au minimum autoriser comme conservation, voie minimaliste suivie en 1995 dans une résolution du Conseil sur l'interception légale des télécommunications ¹¹⁰; il est indispensable de déterminer également les limites à respecter et de prévoir les garanties procédurales à mettre en place. A cet égard, il s'impose avant tout de limiter la finalité de la conservation *a priori* des données à la recherche et à la poursuite des infractions et donc ne pas viser la prévention de la commission d'infraction ¹¹¹. Il ne saurait être question, en d'autres termes, d'instaurer la conservation *a priori* pour permettre l'accès aux données dans le cadre de la recherche proactive, ce qui ouvrirait la porte à « une surveillance exploratoire généralisée » caractéristique de « l'Etat policier » ¹¹².

2. *Echange de données à caractère personnel avec des Etats tiers*

La question de l'échange des données avec des pays non membres de l'Union européenne dans le secteur pénal se pose actuellement dans le cadre de la négociation d'accords de coopération policière ou judiciaire entre ces pays et l'Union européenne, ou entre ces pays et Europol ou Eurojust. Elle est surtout sensible lorsque ces pays tiers ne sont pas soumis à la convention européenne des droits de l'homme et la convention 108 du Conseil de l'Europe sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. La perspective d'accords à conclure avec les Etats-Unis, demandés par le Conseil européen du 21 septembre, a fait de ce sujet une priorité.

On sait déjà que ces travaux seront difficiles puisque le système de protection des données en vigueur aux Etats-Unis est à certains égards moins protecteur que celui de l'Union européenne, notamment parce que certaines garanties ne bénéficient qu'aux ressortissants américains. Un mandat a été donné lors du Conseil des 6 et 7 décembre pour la négociation d'un accord entre Europol et les Etats-Unis; les travaux portant sur les autres accords n'ont pas officiellement commencé ¹¹³.

Concernant Eurojust, l'évolution du projet de décision au fil des négociations semble témoigner d'une influence des attentats du 11 septembre. Alors que les textes prévoient initialement qu'un accord ne peut être conclu entre Eurojust et un Etat tiers que si celui-ci garantit un niveau de protection des données correspondant à celui fixé par la convention 108 ¹¹⁴, une version du 19 novembre requiert que le niveau de protection des données soit « adéquat », reprenant ainsi la formulation de la convention Europol ¹¹⁵. Les dernières versions prévoient enfin que, pour les Etats tiers qui ne sont pas soumis à l'application de la convention 108, la transmission des

¹¹⁰ Résolution du Conseil du 17 janvier 1995 relative à l'interception légale des télécommunications, *JOCE*, n° C 329, 4 novembre 1996, p. 1-6.

¹¹¹ On notera que la position commune du Conseil ne fait pas cette distinction.

¹¹² Cour européenne DH, arrêt *Klass*, série A, 6 septembre 1978.

¹¹³ WEYEMBERGH, A., « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », *op. cit.*

¹¹⁴ Doc. 11685/2/01, article 16 *ter*.

données à caractère personnel « ne peut se faire que si un niveau suffisant comparable de protection des données est assuré »¹¹⁶. Cette formulation peu claire semble constituer un compromis entre les deux options précédentes.

D. Autonomie et vision de la peine

Alors que la caractéristique du pénal reste l'existence ou la menace de la peine, celle-ci n'est abordée qu'accessoirement par le droit pénal européen, puisque c'est principalement dans la mesure où la peine d'emprisonnement prévue pour une infraction en exprime la gravité que le taux de la peine est mentionné dans les instruments européens. C'est ainsi que l'extradition entre Etats membres de l'Union européenne est conditionnée par la durée de la peine privative de liberté prévue pour l'infraction constituée par les faits reprochés¹¹⁷. Alors qu'on ne cesse de mettre en lumière le caractère criminogène de la prison, l'emprisonnement garde le quasi-monopole des références pénologiques dans le droit pénal de l'Union européenne.

L'harmonisation des législations, qui implique la détermination de taux de peines pour les infractions harmonisées, a offert l'occasion d'une réflexion sur la manière dont les peines sont réellement appliquées dans les Etats membres, mais, après un premier examen de la question par la présidence belge, le Conseil a, semble-t-il, estimé qu'ouvrir le débat retarderait trop l'harmonisation des incriminations jugée prioritaire¹¹⁸.

C'est dans cette perspective que témoigne d'un certain courage l'initiative de la présidence belge visant à appliquer la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale aux décisions de libération conditionnelle¹¹⁹. La convention du Conseil de l'Europe sur la surveillance des personnes libérées sous condition (1964) n'est en effet pas ratifiée par tous les Etats membres, et, là où elle est en vigueur, n'est que très peu appliquée. La conséquence est que les autorités judiciaires sont réticentes à prononcer des décisions de libération conditionnelle pour des personnes qui ont leur lieu de résidence à l'étranger, ou ne permettent pas à ces personnes, si elles sont libérées sous condition, de quitter le territoire national et rejoindre leur lieu de résidence. L'initiative belge semble malheureusement avoir été jugée peu prioritaire par le groupe de travail compétent, et les travaux n'ont pas dépassé la phase exploratoire. Il faut noter sur ce point que le programme sur la reconnaissance mutuelle n'a accordé que la priorité la plus réduite au domaine de

¹¹⁵ Article 18 de la convention Européol.

¹¹⁶ Article 27 § 4 de la décision instituant Eurojust.

¹¹⁷ Voy. notamment l'article 2 de la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, *JOCE*, n° C 313, 23 octobre 1996, p. 11.

¹¹⁸ Voy. la contribution de WEYEMBERGH, A., dans le présent ouvrage.

¹¹⁹ « Document de travail sur la réalisation du programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale : décisions prises dans le cadre du suivi post-pénal. Rechercher à optimiser l'application de la convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition du 30 novembre 1964 », doc. 10646/01 du 6 juillet 2001.

l'exécution de la peine, ce qui confirme le peu d'intérêt porté par l'Union européenne à cette question ¹²⁰.

Ce non-investissement n'est pas cohérent avec le dépassement de la coopération et l'émergence d'un système pénal européen. Il contraste d'ailleurs avec l'ouverture progressive au domaine de la prévention et de l'assistance aux victimes ¹²¹. Il n'est pourtant pas besoin d'insister sur l'importance que revêt la réflexion sur le sens et la fonction de la peine pour la poursuite du projet d'autonomie. On est loin d'un débat au sein du Conseil sur les peines alternatives à la prison, et plus loin encore des « alternatives à la peine » qui cadreraient mieux avec l'idée d'un droit pénal minimal.

E. Les garanties procédurales

Comme l'évitement de la réflexion sur la peine, le vide en matière d'harmonisation des procédures pénales et des garanties procédurales confirme la focalisation du droit pénal européen sur la dimension « épée » du pénal et l'occultation de la dimension « bouclier », ce qui amène à conclure à une orientation répressive et sécuritaire. La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale confirme ce constat mais d'autres travaux annoncent un changement possible des mentalités.

L'argument qui est censé justifier la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, dont le mandat d'arrêt représente la première application, est la confiance réciproque qu'ont les Etats membres dans leurs procédures pénales respectives. Ce postulat d'une confiance réciproque, qui empêche l'autorité requise d'exécuter la demande de se pencher sur la qualité de la procédure suivie ou à suivre dans l'Etat d'émission, représente un signal politique en phase avec l'idée d'un espace judiciaire pénal, mais ne correspond pas au processus logique de construction de cet espace. Ce processus impliquerait la mise en place préalable d'un contrôle juridictionnel dans l'Union européenne opéré au stade de la décision d'exécuter la décision étrangère.

Il ne s'agirait pas seulement pour cette juridiction de se prononcer sur la conformité d'un refus d'exécution avec les causes de refus explicitement reprises dans l'instrument pertinent (par exemple dans la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen). Il faut en effet considérer que l'autorité d'exécution doit également refuser, même si ce n'est pas précisé dans la décision-cadre concernée, de donner suite à la décision étrangère si celle-ci risque de déboucher sur des atteintes aux droits fondamentaux ¹²². L'intervention d'un organe juridictionnel doit alors être possible (soit sur question préjudicielle avant la décision sur l'exécution, soit sur recours de l'autorité d'émission contre la décision de refus d'exécution) pour décider dans quelle

¹²⁰ Point 23 du programme de mesures pour la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale, *JOCE*, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 10-22.

¹²¹ Voy. notamment le livre vert de la Commission européenne sur l'indemnisation des victimes de la criminalité, doc. COM (2001) 536 final, ou la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *JOCE*, n° L 82, 22 mars 2001, p. 1-4.

¹²² FLORE, D., « Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne », *op. cit.* ; sur l'appréciation du risque et l'étendue de l'obligation de l'autorité d'exécution, voy. la contribution de O. DE SCHUTTER dans le présent ouvrage.

mesure la menace d'atteintes aux droits de l'homme est fondée. Dans le cas contraire, soit le conflit entre autorités judiciaires est appelé à se transformer en conflit entre Etats membres pouvant déboucher sur une saisine de la Cour de justice – ce qui serait contraire à l'idée d'un espace judiciaire européen –, soit l'autorité d'exécution en vient, pour éviter ce conflit, à ne pas invoquer ce risque d'atteinte aux droits fondamentaux et à accepter l'exécution de la demande étrangère.

Le contrôle opéré par le Cour européenne des droits de l'homme, tout approfondi qu'il est, ne peut suffire : d'une part, il est exercé *a posteriori* (il n'existe pas de saisine sur question préjudicielle) et, d'autre part, si les jugements de la Cour lient les Etats en vertu de la convention, ils ne s'imposent pas directement aux autorités judiciaires nationales ¹²³. Quant à la Cour de justice des Communautés européennes, on sait que le traité sur l'Union européenne n'a pas mis en place un mécanisme suffisant de saisine sur question préjudicielle ¹²⁴.

Alors que ce mécanisme de reconnaissance mutuelle est progressivement mis en œuvre, la Commission européenne a décidé d'amorcer une entreprise d'harmonisation des procédures. Il est intéressant de constater que la Commission, dans l'un des premiers documents publics sur la question, explique son objectif de définir des «normes minimales à appliquer dans le traitement des suspects et des personnes mises en cause dans les procédures pénales dans l'Union européenne», par la nécessité de «faire naître la confiance et le respect mutuels qu'exige un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice» ¹²⁵. Ce faisant, la Commission semble reconnaître le caractère artificiel de cette confiance réciproque invoquée pour fonder la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires.

La priorité que l'harmonisation des procédures recevra dans les travaux du Conseil et l'intérêt que les Etats membres lui porteront sont encore incertains. Cette entreprise est d'autant plus importante vu le développement rapide des nouvelles méthodes d'enquête et de surveillance. Ce développement risque d'accroître les différences entre les Etats membres. En outre, l'évolution rapide dans ce domaine rend parfois difficile un éclairage univoque par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui, intervenant après une période assez longue, risque de se voir dépassée par l'innovation technologique ou «l'inventivité» des enquêteurs ou des législateurs. Le droit pénal européen prendrait tout son sens si, ne se contentant pas

¹²³ Dans les faits, un dialogue croissant s'installe toutefois entre juridictions nationales et Cour européenne des droits de l'homme. Voy. DE SCHUTTER, O., «La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national», *RBDI*, 1997, p. 21-68.

¹²⁴ Voy. la contribution de LENAERTS, K. dans le présent ouvrage ; voy. aussi sa préface à l'ouvrage *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 12-18.

¹²⁵ http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/penal/consult_paper_proc_safeguards_fr.htm. Une audition publique a été organisée sur ce thème le 3 avril 2002 au Parlement européen ; voy. «Des juristes exigent des garanties pour l'espace judiciaire», *Le Monde*, 11 avril 2002 ; voy. également le site de l'association Fair Trial Abroad : <http://www.f-t-a.freeseerve.co.uk/>.

d'harmoniser ce qui existe déjà, il prenait à bras le corps l'encadrement rigoureux des nouvelles tendances dans les méthodes d'enquête.

5. Conclusion

Après avoir promu la coopération policière et judiciaire comme mesure compensatoire à la disparition des frontières intérieures, l'Union européenne voit maintenant se concrétiser le dépassement de cette coopération entre Etats au profit de la construction progressive d'un système pénal européen homogène. La tension qui s'est exprimée durant la présidence belge, latente et déclenchée par les instruments adoptés dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, a fait prendre conscience de l'ampleur de cette évolution ainsi que des dérives possibles.

Hormis les inquiétudes parfois légitimes sur le contenu de certains instruments, les craintes de la société civile sont démultipliées à la fois par l'absence d'espace public de discussion pour l'élaboration des normes et par une relative incohérence des travaux. Ce manque de cohérence, qui trouve une expression marquante dans les rapports entre l'harmonisation des législations et l'abandon de la double incrimination, est peut-être le produit d'une étape politique de transition vers un système pénal homogène. On peut toutefois se demander dans quelle mesure elle ne témoigne pas également d'un défaut de projet à long terme quant au sens du droit pénal pour l'Europe. Le cloisonnement institutionnel entre la partie « justice et affaires intérieures » et les matières communautaires ne favorise d'ailleurs pas la mise en perspective de l'Europe pénale au sein de l'Europe sociale.

L'Europe pénale représente, à mon sens, une plus-value potentielle par rapport aux systèmes nationaux sur le plan de la protection des droits et libertés. Elle est l'occasion de repenser le pénal en privilégiant une vision de la norme au service de l'autodétermination individuelle et collective, plutôt que des principes convenus de la morale et de l'ordre public. Que l'on partage cette vision positive, ou que l'on prenne simplement acte du fait que l'évolution du droit pénal européen est en cours et irréversible et qu'il s'agit dès lors d'en prendre son parti, deux mouvements complémentaires s'imposent, indépendamment de la nécessité d'une démocratisation de la production normative.

Le premier consiste à ancrer ce droit pénal européen dans le projet d'autonomie et dans les droits et libertés qui mettent en œuvre ce projet. Cela passe par un droit pénal minimal, dont les acteurs assument le fait que, vu sa force intrusive dans les droits et libertés, son objectif, même inatteignable, doit être sa propre suppression (ce qui implique une capacité réflexive ¹²⁶). Cette vision a des conséquences concrètes : il ne s'agit par exemple pas de se contenter d'un travail d'harmonisation des incriminations par comparaison entre les systèmes nationaux. Il faut d'abord s'interroger sur le sens des dites incriminations et sur leur nécessité.

¹²⁶ Sur la notion de réflexivité, voy. notamment BECK, U., *La société du risque*, Paris, Aubier, 2001, 400 p.

Le deuxième mouvement résulte directement du premier: il s'agit d'assumer pleinement cette ambition et de donner ainsi la portée adéquate aux travaux. Cela rejoint l'idée d'une primauté de la dimension «bouclier» sur la dimension «épée». Point de droit pénal minimal si l'harmonisation fixe seulement ce qu'il faut au minimum incriminer sans fixer les limites de l'infraction ¹²⁷. Cela signifie également qu'une priorité doit être donnée à ce qui va encadrer l'application des normes pénales, tant du côté des garanties procédurales que du côté du contrôle juridictionnel. Enfin, comment donner sens à ce projet sans entamer une réflexion sur ce qui reste la marque du pénal, à savoir la peine ou la menace de celle-ci, viciée dans les politiques pénales nationales par l'omniprésence de la prison ?

Vu l'horizon lointain de réalisation de ce projet qui ne cadre pas avec les échéances politiques des gouvernements et vu les tentations populistes liées au débat majeur sur l'insécurité, c'est de courage que l'Union européenne a besoin pour inscrire dans une «durée signifiante» la création d'un système pénal minimal.

¹²⁷ Il ne s'agit pas ici de porter atteinte aux spécificités culturelles de chaque Etat membre mais de limiter le passage de la coopération au système pénal supranational à la seule défense des valeurs communes.

Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ?

Koen LENAERTS et Laurent JADOUL *

1. Introduction

Le traité d'Amsterdam ¹ a conféré à l'Union européenne (ci-après l'«Union») un nouvel objectif à réaliser, en plus de ses objectifs antérieurs ², à savoir le maintien et le développement de l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après «ELSJ») ³. Ainsi qu'il ressort d'une analyse des traités sur lesquels l'Union est fondée, les moyens qui lui ont été conférés par les quinze Etats membres en tant que pouvoir constituant pour mettre en œuvre cet objectif ambitieux sont multiples et se retrouvent dans deux des trois «piliers» de l'Union. En effet, tant certaines dispositions du traité CE (qui relèvent du premier pilier, dit le «pilier communautaire») ⁴ que l'ensemble des dispositions du troisième pilier (relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale) ⁵ participent à la réalisation de l'objectif en question.

Récemment, quelques actions législatives d'envergure considérable furent adoptées par l'Union en vue de la réalisation de cet objectif, et ce principalement en vertu des dispositions du premier pilier qui viennent d'être évoquées, tandis que

* Les opinions exprimées dans cette contribution n'engagent que les auteurs.

¹ Le traité d'Amsterdam fut signé le 2 octobre 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Il est publié au *JOCE*, n° C 340, 1999, p. 1.

² Les objectifs assignés à l'Union européenne sont énumérés à l'article 2 du traité sur l'Union européenne (ci-après le «TUE»).

³ L'article 2 du TUE dispose que «l'Union se donne pour objectifs de (...) maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation de personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène...».

⁴ Voy. le titre IV de la troisième partie du traité CE contenant les dispositions relatives aux visas, à l'asile, à l'immigration et aux autres politiques liées à la libre circulation des personnes.

⁵ A savoir le titre VI du TUE.

d'autres sont en cours d'adoption ⁶. Alors que les conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 avaient mis en évidence les lignes directrices destinées à guider les institutions de l'Union dans la réalisation de l'objectif constitué par le développement et le maintien de l'ELSJ ⁷, ce furent les attentats du 11 septembre 2001 à New York et à Washington qui accélèrent nettement la cadence législative, du moins en ce qui concerne la coopération policière et judiciaire entre Etats membres visant à prévenir et à lutter contre la criminalité dans l'Union ⁸.

L'adoption de cet arsenal législatif tendant à développer un espace pénal européen amène à réfléchir sur le rôle que joue la Cour de justice des Communautés européennes (ci-après la «Cour») dans ce domaine. En effet, ces actions législatives, notamment la proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, et la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, qui contribuent indéniablement à la création d'un espace judiciaire pénal européen, posent très clairement la question de la protection juridictionnelle des justiciables par rapport à l'émergence d'un droit pénal européen. Sous peine de faillir à l'objectif qu'elle s'est donné de se développer en tant qu'ELSJ, l'Union se doit de garantir un juste équilibre entre le principe de liberté, d'une part, et le principe de sécurité, d'autre part. Or, s'il existe un domaine où ces deux principes se trouvent impliqués dans un exercice dialectique, c'est bien celui du droit pénal. Il importe donc de s'interroger sur la contribution de la Cour à la recherche de cet équilibre.

⁶ Ainsi les mesures suivantes furent adoptées : règlement (CE) 2725/2000 du Conseil, du 11 décembre 2000, concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin, *JOCE*, n° L 316, 2000, p. 1 ; décision (CE) 596/2000 du Conseil, du 28 septembre 2000, portant création d'un Fonds européen pour les réfugiés, *JOCE*, n° L 252, 2000, p. 12 ; directive (CE) 55/2001 du Conseil, du 20 juillet 2001, relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les Etats membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, *JOCE*, n° L 212, 2001, p. 12. Les mesures suivantes sont en voie d'être adoptées : proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, COM/2001/0521 final, *JOCE*, n° C 332 E, 2001, p. 300 ; proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM/2001/0522 final, *JOCE*, n° C 332 E, 2001, p. 305. Pour un aperçu complet des progrès réalisés et des mesures à venir, voy. la communication de la Commission du 6 novembre 2001 relative à la mise à jour du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace « de liberté, de sécurité et de justice » dans l'Union européenne (second semestre 2001), COM/2001/0628 final.

⁷ *Bull. UE*, 10/1999, I.2 à I.16.

⁸ Ainsi, les initiatives de la Commission évoquées ci-dessus, parmi d'autres, virent le jour : proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre le terrorisme, COM/2001/0521 final, *JOCE*, n° C 332 E, 2001, p. 300 ; proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM/2001/0522 final, *JOCE*, n° C 332 E, 2001, p. 305.

Dans une première partie, notre réflexion portera sur la contribution actuelle de la Cour au développement de l'ELSJ ⁹. Au vu des défaillances relevées dans le système de protection juridictionnelle des justiciables, et après nous être interrogés sur les raisons possibles de ces défaillances, nous tenterons, dans une deuxième partie, d'esquisser le rôle que la Cour pourrait jouer à l'avenir.

2. La contribution actuelle de la Cour au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice

L'examen de l'article 35 du TUE (introduit dans ce traité par le traité d'Amsterdam), qui énonce les compétences de la Cour pour les matières couvertes par le troisième pilier, fait apparaître le caractère mineur de celles-ci par rapport aux compétences que lui confère le traité CE pour les matières de droit communautaire ¹⁰.

A. La compétence de la Cour pour statuer sur des questions préjudicielles

En vertu de l'article 35, paragraphe 1, du TUE, la Cour est compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation et la validité des décisions-cadres et des décisions, sur l'interprétation des conventions conclues par les Etats membres en vertu du titre VI du TUE, et sur l'interprétation et la validité de leurs mesures d'application. A première vue, tous les instruments législatifs dont dispose l'Union pour mettre en œuvre et développer la coopération policière et judiciaire en matière pénale peuvent, à l'exception des positions communes, faire l'objet d'un renvoi préjudiciel de la part de juridictions nationales à l'adresse de la Cour. Un tel renvoi permet à la Cour d'assurer non seulement l'interprétation uniforme de ces instruments, mais également leur conformité à toute norme de rang supérieur au sein de l'ordre juridique de l'Union, sauf en ce qui concerne les conventions conclues entre Etats membres pour lesquelles le renvoi préjudiciel en contrôle de validité n'est pas prévu ¹¹.

Toutefois, il convient de ne pas perdre de vue les nuances importantes apportées à cette compétence par les paragraphes 2 et 3 de l'article 35 du TUE.

⁹ La réflexion sera axée sur le rôle de la Cour dans le cadre du troisième pilier de l'Union. Le rôle de la Cour dans le cadre du titre IV de la troisième partie du traité CE ne peut toutefois pas être totalement négligé, puisque l'ELSJ se met aussi en place à travers les dispositions de ce titre. Il s'agit essentiellement de l'article 68 du traité CE qui conditionne, et soumet à certaines limitations, l'application, dans le cadre de ce titre, des dispositions du traité CE établissant la compétence de la Cour en ce qui concerne ce traité. En outre, le Conseil dispose, en vertu de l'article 42 du TUE, de la faculté de décider que les actions tombant sous le titre VI dudit traité relèveront dorénavant du titre IV de la troisième partie du traité CE. Une telle décision ne produira cependant aucun effet tant que les Etats membres ne l'auront pas adoptée conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

¹⁰ Voy. les articles 220 à 245 du traité CE.

¹¹ La justification pourrait être liée au fait que de telles conventions sont perçues comme relevant du droit primaire. En effet, elles ne produiront d'effets dans l'ordre juridique d'un Etat membre qu'après avoir été adoptées selon ses règles constitutionnelles internes (voy. l'article 34, paragraphe 2, sous d), du TUE). L'article 35 du TUE ne prévoit pas non plus de possibilité de recours en annulation à l'encontre d'une telle convention. Il y a cependant lieu de noter

Tout d'abord, la compétence préjudicielle de la Cour n'est pas automatique, mais facultative, dans la mesure où il appartient aux Etats membres d'accepter ou non, au moyen d'une déclaration faite au moment de signer le traité d'Amsterdam ou à une date ultérieure, la compétence de la Cour pour statuer à titre préjudiciel sur des questions d'interprétation et de validité des instruments législatifs en cause. Les Etats membres sont donc libres de refuser la compétence préjudicielle de la Cour¹². Ainsi, trois Etats membres, à savoir le Danemark, le Royaume-Uni et l'Irlande, n'ont, jusqu'à présent, pas fait une telle déclaration de reconnaissance de la compétence préjudicielle de la Cour. Par conséquent, les juridictions de ces trois Etats membres n'ont pas le droit de s'en référer à la Cour quand une question d'interprétation ou de validité d'une des mesures susmentionnées se pose devant elles et que la réponse à cette question s'avère nécessaire pour rendre leur jugement. Il va sans dire que cette situation constitue une menace pour l'unité du droit de l'Union relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Dans ces conditions, il est permis de se demander si la jurisprudence *Foto-Frost*, qui interdit aux juridictions nationales d'invalider un acte émanant d'une institution communautaire¹³, est appelée à s'appliquer dans ces Etats membres, eu égard, d'une part, à l'impossibilité pour les juridictions nationales d'adresser à la Cour une question portant sur la validité d'une des mesures prévues à l'article 35, paragraphe 1, du TUE et, d'autre part, aux lacunes inhérentes au recours en annulation (voir ci-après, sous B). Ainsi, dans ces trois Etats membres, une personne physique ou morale se voit empêchée de mettre en doute la validité d'une décision, d'une décision-cadre ou d'une mesure d'application, que ce soit par le biais d'une question préjudicielle ou par l'introduction d'un recours en annulation. Il en résulte une faille dans la protection juridictionnelle des justiciables, qui pourrait être résolue en admettant que la jurisprudence *Foto-Frost* ne trouve pas à s'appliquer dans ces Etats membres. Toutefois, une telle solution mettrait encore plus en cause l'unité du droit de l'Union. En effet, en écartant la jurisprudence *Foto-Frost*, les juridictions des trois Etats membres en question seraient habilitées à invalider une des mesures susmentionnées en l'absence de toute possibilité de contrôle ultime par la Cour garantissant pour

que, dans le pilier communautaire, les décisions du Conseil relevant du droit primaire (comme, par exemple, l'acte relatif aux élections directes du Parlement européen pris en exécution de l'article 190, paragraphe 4, du traité CE) sont soumises par la Cour aux principes généraux contenus dans les traités (voy. LENAERTS, K. et VAN NUFFEL, P., *Constitutional Law of the European Union*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 533, point 14-044).

¹² En droit communautaire, l'article 234 du traité CE prévoit de manière expresse la compétence de la Cour pour se prononcer sur l'interprétation et la validité des actes adoptés par les institutions, sans laisser aux Etats membres la liberté d'accepter ou non la compétence de la Cour à cet égard.

¹³ Voy. arrêt de la Cour du 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost, Rec.*, p. 4199, points 15 à 17.

l'ensemble du territoire de l'Union l'applicabilité ou l'inapplicabilité de la norme dont la validité est contestée.

Ensuite, les Etats membres sont libres de réserver la faculté de poser des questions préjudicielles à la Cour aux seules juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne ¹⁴. Sur les douze Etats membres qui ont fait une déclaration visant à reconnaître la compétence préjudicielle de la Cour, seule l'Espagne a ainsi limité la portée de sa déclaration. Par conséquent, lorsqu'une juridiction espagnole dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne souhaite soumettre à la Cour une question portant sur l'interprétation ou la validité d'une des mesures prévues à l'article 35, paragraphe 1, du TUE, elle n'est pas autorisée à le faire. Elle se trouve alors obligée de découvrir elle-même l'interprétation correcte – et en principe uniforme – du droit de l'Union ¹⁵. Ceci paraît une mission impossible. En outre, cet état de choses conduit à s'interroger sur la réalité de l'accès au juge, puisqu'il oblige le justiciable à introduire tous les recours juridictionnels possibles avant de se retrouver devant un juge de dernier ressort qui sera enfin habilité à opérer un renvoi préjudiciel devant la Cour ¹⁶. Il est douteux que tout justiciable dispose de suffisamment de ressources pour arriver à ce stade judiciaire final ¹⁷. Dans ces conditions, il faut se consoler du fait qu'un

¹⁴ Il convient de souligner qu'en droit communautaire les juridictions dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel en droit interne sont expressément habilitées à saisir la Cour d'une question préjudicielle (article 234, deuxième alinéa, du traité CE).

¹⁵ S'il s'agit d'une question relative à la validité d'une décision-cadre ou d'une décision ou d'une mesure d'application, cette juridiction, à défaut de pouvoir soumettre une telle question à la Cour et eu égard à la jurisprudence *Foto-Frost*, ne pourra en principe pas invalider l'acte en cause. Il en résulte une lacune importante dans la protection juridictionnelle, aggravée par l'absence de possibilité d'un recours en annulation contre de telles mesures pour les personnes physiques ou morales concernées (voy. ci-après, sous B). Les observations sur la menace qui pèse sur l'unité du droit de l'Union en cas d'inapplicabilité de la jurisprudence *Foto-Frost* valent également ici (voy. note 13 ci-dessus).

¹⁶ Ce long chemin à parcourir ne cessera de retarder la décision finale, mettant ainsi en péril le délai raisonnable dans lequel un jugement doit être rendu (sur le principe du délai raisonnable dans l'ordre juridique communautaire, voy. arrêt de la Cour du 17 décembre 1998, aff. C-185/95 P, *Baustahlgewebe c. Commission*, Rec., p. I-8417, points 26 à 49).

¹⁷ Ainsi que A. Arnulf le souligne à juste titre à propos de la compétence de la Cour pour se prononcer sur des questions préjudicielles en vertu des dispositions du titre IV de la troisième partie du traité CE. En effet, l'article 68, paragraphe 1, du traité CE réserve la possibilité de saisir la Cour à titre préjudiciel à des fins d'interprétation ou de validité d'une mesure communautaire adoptée dans le cadre du titre susvisé, aux seules juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel en droit interne. Ainsi A. Arnulf remarque-t-il que, très souvent, les requérants dans les affaires d'immigration et d'asile n'auront pas les moyens d'arriver jusqu'aux cours suprêmes (voy. ARNULL, A., « Les incidences du traité d'Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés européennes », *RAE*, 2000, p. 227).

Etat membre seulement ait fait usage de son droit de réserver la faculté de poser des questions préjudicielles à la Cour aux juridictions nationales de dernier ressort ¹⁸.

Enfin, il ressort d'une lecture littérale de l'article 35, paragraphe 3, sous a, du TUE que les Etats membres peuvent conférer aux juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne, la faculté de poser une question préjudicielle à la Cour lorsqu'elles estiment qu'une réponse à une telle question est nécessaire pour rendre leur jugement. Selon cette disposition, les Etats membres ne peuvent pas contraindre ces juridictions d'agir de la sorte ¹⁹. Cependant, dans la déclaration n° 10 annexée à l'acte final d'Amsterdam, ils se sont réservé le droit de prévoir des dispositions dans leur droit national pour que, lorsqu'une question sur la validité ou l'interprétation d'un acte visé à l'article 35, paragraphe 1, du TUE est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction soit tenue de porter l'affaire devant la Cour. Sur les douze Etats membres ayant fait la déclaration en question, quatre (la Finlande, la Grèce, le Portugal et la Suède) n'ont pas fait usage de la possibilité prévue par la déclaration n° 10 annexée à l'acte final d'Amsterdam. Par conséquent, dans ces quatre Etats membres, les juridictions de dernier ressort ne sont pas obligées de saisir la Cour lorsqu'une question touchant à la validité ou à l'interprétation d'un acte visé à l'article 35, paragraphe 1, du TUE est soulevée devant elles. Ici aussi, l'application uniforme du droit de l'Union est mise en cause, le problème étant que l'obligation de renvoi préjudiciel pour les juridictions de dernier ressort ne découle pas du TUE lui-même, mais plutôt du droit national, lorsque l'Etat membre choisit de l'y introduire ²⁰.

Il faut par ailleurs noter que l'article 35, paragraphe 1, du TUE n'a pas inclus, parmi les dispositions qui peuvent faire l'objet d'un renvoi préjudiciel à la Cour à

¹⁸ Cela ne diminue pas la nécessité de faire disparaître ce droit dans le futur traité constitutionnel de l'Union, surtout en vue de l'élargissement de l'Union et donc du risque d'un nombre nettement plus grand d'Etats membres qui pourraient être tentés de faire usage de ce droit. Dans le même temps, il conviendrait de mettre fin à l'anomalie de même nature mentionnée à la note précédente concernant le titre IV de la troisième partie du traité CE.

¹⁹ En droit communautaire, toute juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne est tenue de poser une question préjudicielle, lorsqu'elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement (article 234, troisième alinéa, CE).

²⁰ Il y a lieu de noter que même dans les Etats membres qui n'ont pas fait usage de la réserve prévue par la déclaration n° 10 annexée à l'acte final d'Amsterdam, la jurisprudence *Foto-Frost* empêche en principe qu'une juridiction de dernier ressort invalide une décision, une décision-cadre ou une mesure d'application sans poser une question préjudicielle à la Cour. L'obligation pour ces juridictions de saisir la Cour lorsqu'un doute surgit quant à la validité desdites mesures, résulte par conséquent non pas de la déclaration faite par chacun de ces Etats membres en vertu de l'article 35, paragraphe 2, du TUE, mais de la jurisprudence *Foto-Frost* (voy. note 13 ci-dessus).

des fins d'interprétation, les dispositions du titre VI du TUE ²¹. Il s'agit là à nouveau d'une faille potentielle dans le système de protection juridictionnelle. Toutefois, il importe de nuancer ce propos en soulignant qu'en statuant sur des questions préjudicielles de validité ou d'interprétation des mesures énumérées à l'article 35, paragraphe 1, du TUE, la Cour est indirectement amenée à interpréter les dispositions du titre VI du TUE ²².

Enfin, il faut se demander si le droit reconnu aux Etats membres refusant la compétence préjudicielle de la Cour de faire valoir leurs observations dans toute affaire préjudicielle pendante devant celle-ci ²³ et, surtout, la valeur déclaratoire des interprétations préjudicielles ne devraient pas conduire à consacrer formellement, en faveur de ces dernières, l'autorité de la chose interprétée s'imposant à l'ensemble des juridictions des Etats membres liés par l'instrument juridique concerné, y compris à celles auxquelles n'aurait pas été reconnue la faculté de saisine préjudicielle de la Cour en ce domaine. Une telle solution constituerait en tout cas un puissant incitant au ralliement des Etats réfractaires à la compétence préjudicielle de la Cour en la matière ²⁴.

L'analyse qui vient d'être effectuée révèle, au niveau du troisième pilier de l'Union, diverses lacunes dans le mécanisme du renvoi préjudiciel qui n'existent pas en droit communautaire. Avant de s'interroger sur les raisons de ces lacunes, il convient d'examiner les autres actions dont peut être saisie la Cour en vertu de l'article 35 du TUE, afin de vérifier si celles-ci sont de nature à combler les lacunes ainsi relevées.

B. Le recours en annulation

L'article 35, paragraphe 6, du TUE a institué un recours en annulation à l'encontre de certaines mesures adoptées par l'Union dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, à l'image du recours en annulation régi par l'article 230 du traité CE. Force est toutefois de constater qu'il s'agit d'une version plutôt minimaliste du système existant en droit communautaire. La disposition susvisée du TUE stipule que «la Cour de justice est compétente pour contrôler la légalité des décisions-cadres et des décisions lorsqu'un recours est formé par un Etat membre ou par la Commission pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du présent traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou détournement

²¹ En droit communautaire, la Cour est expressément habilitée à interpréter les dispositions du traité CE, que ce soit à l'occasion d'une question préjudicielle (voy. l'article 234, premier alinéa, sous a), du traité CE) ou à l'occasion de tout autre recours dont elle est saisie (voy. la compétence générale qu'a la Cour d'interpréter le traité CE en vertu de l'article 220 de ce traité).

²² Voy., en ce sens, VERHOEVEN, J., *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 2001 (deuxième édition), p. 349 ; ARNULL, A., *op. cit.*, p. 228.

²³ Voy. l'article 35, paragraphe 4, du TUE.

²⁴ Voy. LENAERTS, K., «La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne?», *JTDE*, 2002, p. 29-43, point 48.

de pouvoir. Les recours prévus au présent paragraphe doivent être formés dans un délai de deux mois à compter de la publication de l'acte».

L'on observe d'emblée que ni le Parlement européen ni les personnes physiques ou morales ne peuvent introduire un tel recours en annulation devant la Cour. Il est, à cet égard, surprenant que le Parlement européen, dont l'avis doit impérativement être sollicité par le Conseil avant l'adoption d'une décision ou d'une décision-cadre ou l'établissement d'une convention dont il recommande l'adoption par les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives ²⁵, ne soit pas autorisé à former un recours en annulation pour violation de forme substantielle au cas où le Conseil aurait omis de solliciter un tel avis. En droit communautaire, le Parlement européen est compétent pour introduire un recours en annulation devant la Cour chaque fois que la sauvegarde de ses prérogatives le justifie ²⁶. A supposer que le Conseil adopte une décision-cadre – telle que celle relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres ou celle relative à la lutte contre le terrorisme – sans que l'avis du Parlement européen ait été sollicité, ce dernier ne pourra pas faire valoir ses prérogatives devant la Cour. Même si l'avis du Parlement européen n'est pas contraignant pour le Conseil, il n'empêche qu'il s'agit d'une prérogative du Parlement européen, consacrée par le traité d'Amsterdam à l'article 39 du TUE, qui vise à permettre au Parlement européen de peser sur le contenu des mesures envisagées par le Conseil.

Si, par exemple, la proposition de décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme faisait l'amalgame entre des groupements dont la nature terroriste est indiscutable et des groupements pacifiques appartenant au mouvement altermondialiste, ou si une disposition de cette proposition était susceptible de violer un droit fondamental, le Parlement européen pourrait, à travers son avis, attirer l'attention du Conseil sur ces points. Si toutefois le Conseil omet, de manière intentionnelle ou par négligence, de solliciter l'avis du Parlement européen, le respect de la prérogative reconnue à cette institution ne pourra aucunement être soumis au contrôle de la Cour

²⁵ Voy. l'article 39, paragraphe 1, du TUE.

²⁶ Voy. l'article 230, troisième alinéa, du traité CE. Initialement, l'article 230 ne prévoyait pas cette possibilité de recours dans le chef du Parlement européen. Dans son arrêt rendu dans l'affaire dite «*Chernobyl*», la Cour a cependant accordé au Parlement européen, en vue de maintenir et faire respecter l'équilibre institutionnel de la Communauté, le droit de former un recours en annulation à l'encontre des actions du Conseil ou de la Commission à condition que «ce recours ne tende qu'à la sauvegarde de ses prérogatives et qu'il ne se fonde que sur des moyens tirés de la violation de celles-ci» (voy. arrêt de la Cour du 22 mai 1990, aff. C-70/88, *Parlement européen c. Conseil*, *Rec.*, p. I-2041, point 27). Cette jurisprudence a été confirmée à maintes reprises (voy. LENAERTS, K. et ARTS, D., *Procedural Law of the European Union*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, p. 157, point 7-032) et consacrée par le traité de Maastricht à l'article 230, troisième alinéa, du traité CE. Après l'entrée en vigueur du traité de Nice, le Parlement européen deviendra même un requérant privilégié en vertu de l'article 230 du traité CE, au même titre que le Conseil et la Commission, ce qui accentue encore le contraste avec sa position procédurale dans le cadre du troisième pilier où toute qualité d'ester en justice lui fait défaut, même pour faire sanctionner par la Cour le respect de ses propres prérogatives.

par le Parlement européen. Il y a là une lacune dans le système de sauvegarde de l'équilibre institutionnel prévu par le TUE. Cette lacune paraît d'autant plus grave que le Parlement européen ne s'est vu attribuer qu'une simple compétence d'avis, bien que le droit pénal – national ou européen – soit un domaine qui touche de très près les intérêts du citoyen. Il aurait dès lors été préférable que le traité d'Amsterdam place le Parlement européen et le Conseil sur un pied d'égalité, en soumettant l'adoption des actes législatifs dans toutes les matières couvertes par le titre VI du TUE à une procédure de co-décision, telle que celle visée par l'article 251 du traité CE. Il faut espérer que ce pas sera franchi lors de l'adoption du nouveau traité constitutionnel de l'Union européenne. Dans ce cas, la nécessité de prévoir de manière concomitante le droit pour le Parlement européen d'introduire un recours en annulation devant la Cour s'en trouve encore agrandie afin de lui permettre de défendre le respect de ses prérogatives accrues dans le processus de décision politique. Mais en réalité, l'exemple qui vient d'être donné démontre que le Parlement européen devrait ici aussi pouvoir saisir la Cour par des recours qui visent à garantir la légalité des actes adoptés dans le cadre du troisième pilier bien au-delà de la défense de ses prérogatives propres. Dans ce cas, le Parlement européen devrait être mentionné à côté des Etats membres et de la Commission dans l'article 35, paragraphe 6, du TUE, à l'instar de ce que le traité de Nice a fait en ce qui le concerne, en amendant l'article 230 du traité CE ²⁷.

S'agissant des personnes physiques ou morales, l'article 35, paragraphe 6, du TUE ne prévoit pas que ces personnes puissent introduire un recours en annulation à l'encontre d'une décision-cadre ou d'une décision devant la Cour ²⁸. En droit communautaire, les personnes physiques ou morales ne sont habilitées à former un recours en annulation que contre les décisions dont elles sont les destinataires ²⁹ ou contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, les concernent directement et individuellement ³⁰. Une abondante jurisprudence a établi les conditions auxquelles une personne physique ou morale doit être considérée comme étant directement et individuellement concernée par l'acte dont elle demande l'annulation ³¹. Cette jurisprudence, qui a fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux critiques ³², s'avère plutôt restrictive du point de vue de la protection juridictionnelle des justiciables.

²⁷ Voy. la note précédente.

²⁸ Logiquement un tel recours devrait être introduit auprès du Tribunal de première instance, ce qui requiert toutefois une disposition spéciale à cet effet. Actuellement, le Tribunal n'exerce ses compétences que dans le seul pilier communautaire, ce qui ne change pas à la suite de la réforme de l'organisation judiciaire de l'Union enclenchée par le traité de Nice.

²⁹ Voy. l'article 249, quatrième alinéa, du traité CE pour ce qui est des caractéristiques propres à une décision.

³⁰ Voy. l'article 230, quatrième alinéa, du traité CE.

³¹ Voy., à ce sujet, LENAERTS, K. et ARTS, D., *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 157-181, points 7-033 à 7-080.

³² Voy. les conclusions de l'avocat général F.G. Jacobs du 21 mars 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, aff. C-50/00 P, non encore publiées au *Recueil*, point 2, et notes en bas de page 5 et 6.

A la lumière de ce qui précède, il y a lieu de s'interroger sur les raisons du mutisme de l'article 35 du TUE quant à la qualité à agir des personnes physiques ou morales. Certes, il pourrait être affirmé que la question ne mérite pas vraiment d'être posée dans la mesure où seules les décisions-cadres ou les décisions, qui sont des mesures de portée générale, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation en vertu du paragraphe 6 de l'article 35 du TUE. Ainsi qu'il ressort de l'article 34, paragraphe 2, du TUE, une décision-cadre s'apparente à une directive, si ce n'est qu'elle ne peut en aucun cas entraîner d'effet direct. Une décision-cadre ne constitue dès lors pas un acte ayant pour destinataire une personne physique ou morale³³. De même, cette disposition du TUE peut donner à penser que les « décisions » sont normalement des mesures de portée générale³⁴. Toutefois, rien ne s'oppose à ce qu'une décision consiste en une mesure de portée limitée, destinée à une personne déterminée ou à un cercle de personnes bien défini. Dans cette hypothèse, on ne voit pas pourquoi les destinataires de la décision devraient être privés de la possibilité d'introduire un recours en annulation contre celle-ci. La même chose vaut pour les personnes identifiées dans une décision. A ce propos, il faut garder à l'esprit qu'une

³³ A première vue, il paraît en outre assez improbable qu'une personne physique ou morale puisse être « directement concernée » par un tel acte au sens de la jurisprudence : voy. arrêt du Tribunal du 27 juin 2000, aff. T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Salamander e.a. c. Parlement européen et Conseil, Rec.*, p. II-2487 (concernant une directive communautaire). Selon une jurisprudence constante, « l'affection directe requiert que la mesure communautaire incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation communautaire sans application d'autres règles intermédiaires » (arrêt de la Cour du 5 mai 1998, aff. C-386/96 P, *Dreyfus c. Commission, Rec.*, p. I-2309, point 43, et la jurisprudence y citée).

³⁴ Dans ce cas, selon la jurisprudence développée dans le cadre du droit communautaire, un recours en annulation introduit par une personne physique ou morale à leur encontre est en principe irrecevable, à défaut pour une telle personne d'être directement et individuellement concernée par ces décisions, sauf cas exceptionnels (voy. arrêt de la Cour du 18 mai 1994, aff. C-309/89, *Codorniu c. Conseil, Rec.*, p. I-1853). C'est seulement au cas où la Cour devait infléchir sa jurisprudence relative à la notion de « personne directement et individuellement concernée » que l'accès au juge de l'Union deviendrait plus large dans une telle situation. C'est ce qui a été suggéré par l'avocat général F.G. Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, citées à la note 32 ci-dessus, et par le Tribunal de première instance dans son arrêt du 3 mai 2002, aff. T-177/01, *Jégo-Quéré c. Commission*, non encore publié au *Recueil*, point 51 : « [A]fin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers, une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement, si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes ».

« décision » au sens de l'article 34, paragraphe 2, point c), du TUE est mise en œuvre par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, qui arrête les « mesures nécessaires » à cet effet. De telles mesures peuvent parfaitement être individualisées à l'égard de certains justiciables, qui devraient donc être habilités à en faire contrôler la légalité par la Cour ou le Tribunal de première instance.

Il convient de rappeler dans ce contexte que, dans trois Etats membres, aucune juridiction n'est en droit de poser une question préjudicielle à la Cour afin de faire contrôler par celle-ci la validité de telles mesures. En outre, en Espagne, la faculté de renvoi préjudiciel est limitée aux juridictions de dernier ressort. Ainsi, le justiciable de l'un de ces quatre Etats membres qui serait confronté à une mesure qui est susceptible de violer un de ses droits fondamentaux ne disposera d'aucune voie de recours effective devant le juge de l'Union.

En n'ouvrant le recours en annulation qu'à la Commission et aux Etats membres³⁵, le traité d'Amsterdam a créé un vide dans la protection juridictionnelle dans la mesure où le Parlement européen et les personnes physiques ou morales ne sont pas en mesure, le premier, de faire valoir ses prérogatives, et, les secondes, de faire respecter le droit supérieur de l'Union.

C. *Un recours en manquement d'Etat ?*

En vertu des articles 226 à 228 du traité CE, la Commission ou un Etat membre est compétent pour introduire un recours devant la Cour à l'encontre d'un Etat membre manquant à ses obligations communautaires. C'est notamment grâce à cette voie de recours que la Commission est en mesure de remplir son rôle de gardienne du traité. Il faut se demander ce qu'il en est pour les obligations qui incombent aux Etats membres dans le cadre du troisième pilier de l'Union.

On ne peut exclure qu'un Etat membre omette de transposer une décision-cadre dans le délai imparti ou interprète incorrectement les dispositions d'une telle décision-cadre et n'atteigne par conséquent pas le résultat prescrit par celle-ci. Il est également possible qu'un Etat membre maintienne en vigueur, par négligence, des dispositions contraires à une décision-cadre, à une décision ou à une convention établie dans le cadre du titre VI du TUE. L'on songe par ailleurs à la situation où, dans la mise en œuvre d'un tel acte, les Etats membres violeraient un droit fondamental. La Commission est-elle, en pareilles hypothèses, en mesure de remplir son rôle de gardienne du traité, ainsi qu'elle le fait au sein du pilier communautaire ?

En vertu du paragraphe 7 de l'article 35 du TUE, la Commission ne peut exercer ce rôle et, donc, veiller au respect par les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu du droit pénal européen, qu'à l'égard des conventions établies en vertu du titre VI du TUE. En effet, ainsi qu'il ressort de la deuxième phrase de la disposition susvisée, « la [Cour] est (...) compétente pour statuer sur tout différend

³⁵ Le fait que l'article 35 TUE n'ait pas prévu de *locus standi* dans le chef du Conseil nous paraît justifié, dans la mesure où seul le Conseil est habilité à adopter une mesure contraignante dans le cadre du titre VI du TUE. A l'avenir ceci pourrait évidemment changer. Dans ce cas, il conviendrait de modifier en conséquence l'article 35 du TUE.

entre Etats membres et la Commission concernant l'interprétation ou l'application des conventions établies en vertu de l'article 34, paragraphe 2, point d)». Par conséquent, la Commission n'est pas compétente pour veiller au respect des dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale et des mesures adoptées sur cette base, si ce n'est pour ce qui est des conventions établies conformément aux dispositions en question.

S'agissant de l'hypothèse de la non-transposition ou de la transposition incorrecte – par exemple, parce qu'elle viole les droits fondamentaux – d'une décision-cadre, il y a également lieu de souligner qu'en vertu de l'article 34 du TUE, une décision-cadre n'a pas d'effet direct. Ainsi un justiciable ne pourra-t-il pallier l'absence de recours en manquement d'Etat en tentant d'exciper d'une disposition d'une décision-cadre devant une juridiction nationale, une telle disposition étant dépourvue d'effet direct ³⁶.

Les développements qui précèdent font ressortir une lacune manifeste dans le système de protection juridictionnelle. A défaut de sanction possible d'un manquement par un Etat membre aux obligations lui incombant en vertu des dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale, l'application uniforme de ces dispositions, ainsi que l'égalité des justiciables devant le droit pénal européen, se trouvent sérieusement mises en cause. Plus fondamentalement, c'est l'unité de l'ELSJ qui est menacée.

Certes, ainsi que le relèvent certains auteurs ³⁷, cette lacune est partiellement comblée par la reconnaissance aux Etats membres d'une possibilité de recours en manquement d'Etat, semblable à celui régi par l'article 227 du traité CE. L'article 35, paragraphe 7, première phrase, du TUE dispose en effet que «la Cour (...) est compétente pour statuer sur tout différend entre Etats membres concernant l'interprétation ou l'application des actes adoptés au titre de l'article 34, paragraphe 2, dès lors que ce différend n'a pu être réglé au sein du Conseil dans les six mois qui ont suivi la saisine de celui-ci par l'un de ses membres». A la différence du recours en manquement d'Etat prévu en faveur de la Commission, ce recours n'est pas limité aux conventions. Il vise toutes les mesures que le Conseil peut adopter en vertu du titre VI du TUE, y compris les positions communes. Il faut cependant relever que, pour que la Cour puisse être saisie d'une demande visant à faire constater un manquement par un Etat membre à ses obligations découlant du titre VI du TUE, il faut qu'au préalable, un

³⁶ Cela signifie en fait que le justiciable ne pourra pas se prévaloir, à l'encontre des autorités d'un Etat membre, de la carence de ce dernier de transposer ou de correctement mettre en œuvre dans l'ordre juridique interne une décision-cadre afin de puiser directement des droits dans cet instrument législatif de l'Union, contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une directive communautaire: voy. arrêt de la Cour du 5 avril 1979, aff. 148/78, *Ratti*, *Rec.* p. 1629.

³⁷ Voy., notamment, DE SCHUTTER, O., «Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'espace judiciaire pénal européen», in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 66.

autre Etat membre ait soumis le différend au Conseil en vue d'une solution politique. Ce n'est qu'au cas où le différend n'aurait pas été réglé endéans les six mois suivant la saisine du Conseil que la Cour pourra être amenée à se prononcer sur ce différend. Une solution judiciaire ne prévaudra dès lors pas toujours, d'autant plus que – ainsi qu'il peut être constaté à propos du recours en manquement dont les Etats membres sont titulaires en droit communautaire – les cas dans lesquels un Etat membre fait usage d'une telle possibilité de recours à l'encontre d'un autre Etat membre sont peu nombreux³⁸. En effet, les Etats membres paraissent réticents à traduire un de leurs pairs devant la Cour afin de faire sanctionner un manquement par celui-ci à ses obligations communautaires. L'on peut sans trop s'avancer conclure qu'il en sera sans doute de même pour ce qui relève du droit pénal européen, même si dans ce domaine les Etats membres seront parfois contraints de vaincre leurs réticences à défaut de possibilité de saisine de la Cour par la Commission (c'est en effet cette dernière possibilité qui explique le nombre très réduit de recours inter-étatiques en droit communautaire).

D. Les limitations de compétence de la Cour dans le cadre du titre VI du TUE

A la lumière de l'examen des compétences reconnues à la Cour dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, force est de constater que cette juridiction est assez démunie pour assurer pleinement le maintien de l'équilibre entre les principes de liberté et de sécurité³⁹. Qu'il s'agisse d'une mesure prise par l'Union ou d'une mesure d'un Etat membre tendant à mettre en œuvre une norme de l'Union, la Cour n'apparaît pas disposer de tous les moyens procéduraux nécessaires à cet effet.

A cela s'ajoute le fait que les Etats membres ont, dans le traité de Maastricht⁴⁰ – et cela n'a pas été remis en cause par le traité d'Amsterdam⁴¹ –, stipulé de manière expresse que la coopération en matière de justice et d'affaires intérieures (la coopération policière et judiciaire en matière pénale, depuis le traité d'Amsterdam) ne

³⁸ Voy. LENAERTS, K. et ARTS, D., *Procedural Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 97-98, point 5-027, où il est fait état de quelques recours de ce type, dont un a abouti à un arrêt de la Cour. Entre-temps, voy. également arrêt de la Cour du 16 mai 2000, aff. C-388/95, *Belgique c. Espagne*, *Rec.*, p. I-3123.

³⁹ Pour rappel, «l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux Etats membres» (article 6, paragraphe 1, du TUE). L'Union se doit dès lors de respecter les droits fondamentaux, «tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire» (article 6, paragraphe 2, du TUE). Pour ce qui est de l'intégration et du statut des droits fondamentaux dans l'Union européenne, voy. LENAERTS, K. et VAN NUFFEL, P., *Constitutional Law of the European Union*, *op. cit.*, p. 539-550, points 14-054 à 14-066.

⁴⁰ Voy. l'article K 2 du TUE dans sa version du traité de Maastricht.

⁴¹ Voy. l'article 33 du TUE.

porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui leur incombent pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. Les Etats membres ont donc le droit de se soustraire aux obligations qui leur incombent en vertu des dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale chaque fois que le maintien de l'ordre public ou la sauvegarde de la sécurité intérieure le requiert. Un usage répété de cette réserve conduirait évidemment à une sérieuse remise en cause de l'application uniforme du droit de l'Union régissant l'espace judiciaire pénal européen. En outre, la Cour se voit privée de toute possibilité de contrôle à ce sujet, puisqu'en vertu du paragraphe 5 de l'article 35 du TUE, elle n'est pas compétente pour « vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ». La Cour ne peut donc contrôler l'usage fait par les Etats membres de la réserve fondée sur le maintien de l'ordre public ou la sauvegarde de la sécurité intérieure ⁴².

Avant de s'interroger sur les motifs d'une telle exclusion de compétence, il importe d'en analyser les conséquences.

Si la Cour est dans l'impossibilité d'apprécier la compatibilité de la réserve invoquée par un Etat membre avec le droit de l'Union – à savoir l'action de l'Union à laquelle il est dérogé ou les droits de l'homme et les libertés fondamentales – il n'en demeure pas moins que les juridictions nationales sont compétentes à l'égard de telles réserves. En outre, les Etats membres qui invoquent une exception tirée de l'ordre public ou de la sécurité intérieure demeurent liés par la convention européenne des droits de l'homme (ci-après la « CEDH »). Il en résulte que l'exception dont se prévaut un Etat membre tombe sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, dès lors qu'une protection équivalente fait défaut au niveau de l'Union.

En effet, en vertu d'une jurisprudence bien établie de la Commission européenne des droits de l'homme ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme ⁴³, cette dernière demeure compétente pour statuer sur la conformité des actions des Etats parties à la CEDH avec les standards garantis par celle-ci, quand bien même leurs actions se fonderaient non pas sur le droit interne mais sur une obligation internationale. Néanmoins, la Cour européenne des droits de l'homme décline sa compétence lorsqu'il s'agit de statuer sur des questions liées à la mise en œuvre par un Etat membre de mesures prises par l'Union, à condition que cette dernière garantisse

⁴² La Cour paraît néanmoins disposer d'un pouvoir marginal pour vérifier si les circonstances de l'espèce peuvent *prima facie* ressortir de l'ordre public ou de la sécurité intérieure de l'Etat membre excipant de la réserve susvisée (voy., en ce sens, DE SCHUTTER, O., « Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'espace judiciaire pénal européen », *op. cit.*, p. 67).

⁴³ Voy. LENAERTS, K. et DESOMER, M., « Het EVRM en de Europese Unie », in LEMMENS, P. et VANDENHOLE, W. (éd.), *Het EVRM vandaag en morgen*, Anvers, Kluwer, 2002 (à paraître), points 8 et 9; LENAERTS, K. et DE SMIJTER, E., « The Charter and the role of the European Courts », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, p. 90-101.

une protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales équivalente à celle prévue par la CEDH ⁴⁴. Cette condition faisant défaut en l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme est appelée à jouer pleinement son rôle protecteur des droits fondamentaux.

Ce qui vient d'être exposé vaut pour toutes les situations, décrites ci-avant, qui font apparaître un vide dans le système de protection juridictionnelle du justiciable en raison des restrictions apportées à la compétence de la Cour dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Il est dès lors permis d'affirmer qu'en réservant à la Cour, dans ce cadre, une compétence nettement moins étendue que dans le pilier communautaire, les Etats membres ont préféré confier à la Cour européenne des droits de l'homme plutôt qu'à la Cour le contrôle ultime du respect des droits fondamentaux.

Comment expliquer la méfiance apparente des Etats membres à l'égard de la Cour? La réponse réside sans doute dans le fait que le droit pénal a toujours fait partie des compétences étatiques qui relèvent des pouvoirs régaliens d'un Etat souverain au même titre que la fiscalité ou la défense. De telles compétences sont jugées essentielles à l'exercice du pouvoir étatique et dès lors conçues par les Etats souverains comme inaliénables au profit d'une organisation ou d'une autorité transnationale, sous peine de mettre en cause les fondements mêmes de l'Etat concerné. Il s'agit, selon nous, de la seule explication possible de cette situation ⁴⁵. Cela étant, il convient à présent de s'interroger sur le bien-fondé de cette méfiance apparente des Etats membres.

3. La contribution future de la Cour au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice

Une telle méfiance nous paraît peu justifiée. Certes, il est compréhensible que les Etats membres puissent, dans certaines hypothèses, se fonder sur des exigences tirées de l'ordre public ou de la sécurité intérieure pour déroger à des mesures de l'Union en

⁴⁴ Voy. la décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 9 février 1990, *M.&Co. c. Allemagne, Décisions et rapports*, mars 1990, vol. 64, p. 146; arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni, Recueil des arrêts et décisions*, 1999-I, p. 305.

⁴⁵ Ainsi l'argument selon lequel il faut voir dans les lacunes de l'article 35 du TUE l'expression du souci des Etats membres d'éviter un encombrement de la Cour, ne peut être retenu. En effet, ainsi qu'il a déjà été démontré dans le passé par la création du Tribunal de première instance des Communautés européennes et ainsi que l'a attesté le traité de Nice en ce qui concerne la future création de nouvelles instances judiciaires, le problème d'un éventuel encombrement de la Cour en raison de l'augmentation du nombre de litiges susceptibles de lui être soumis, peut être résolu en améliorant l'organisation judiciaire de l'Union et, le cas échéant, en mettant sur pied de nouvelles juridictions adjointes (voy. LENAERTS, K. et DESOMER, M., «Het Verdrag van Nice en het «post-Nice» debat over de toekomst van de Europese Unie», *Rechtskundig Weekblad*, 2001-2002, p. 78-81; et LENAERTS, K., «La réorganisation de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne: quel angle d'approche adopter?», in DONY, M. et BRIBOSIA, E. (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002.

matière de coopération policière et judiciaire en matière pénale. Il faut cependant noter que la Cour a l'habitude de juger des exceptions invoquées par les Etats membres au nom de telles exigences. En réalité, elle a développé une grande expérience en ce qui concerne le contrôle de l'usage fait par les Etats membres des exceptions d'ordre public et de sécurité intérieure pour déroger, dans le contexte du fonctionnement du marché intérieur, au principe de libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ⁴⁶.

Il convient dès lors de dégager les grands axes de la jurisprudence de la Cour à ce sujet, puis de s'interroger sur le bien-fondé d'une compétence de la Cour pour se prononcer sur des questions d'ordre public ou de sécurité intérieure et, plus fondamentalement, pour contribuer au maintien d'un juste équilibre entre les principes de liberté et de sécurité ⁴⁷.

A. Les principes dégagés par la Cour en vue d'un juste équilibre entre liberté et sécurité

Ainsi qu'il vient d'être rappelé, les Etats membres se sont vu accorder par le traité CE la possibilité de déroger au principe de la libre circulation des personnes pour des motifs liés à des exigences d'ordre public et de sécurité publique ⁴⁸. Concrètement, un Etat membre peut refuser à un ressortissant d'un autre Etat membre l'entrée sur son territoire, voire expulser celui-ci de son territoire, en invoquant de tels motifs. Agissant de la sorte à l'égard d'un ressortissant d'un autre Etat membre souhaitant exercer une activité salariée ou indépendante ou voulant rejoindre un membre de sa famille qui, lui, a bénéficié de la libre circulation des travailleurs ou du droit d'établissement, l'Etat membre concerné est, du moins à première vue, libre de déterminer les circonstances dont il estime qu'elles relèvent de son ordre public ou de la sécurité publique pour prendre de telles mesures restrictives.

Les notions d'ordre public et de sécurité publique étant des concepts à géométrie – spatiale et temporelle – variable ⁴⁹, les circonstances qui peuvent conduire un Etat membre à invoquer une telle exception peuvent varier d'un Etat à l'autre et

⁴⁶ En effet, le traité CE prévoit expressément la faculté pour les Etats membres de déroger au principe de libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux quand les exigences de l'ordre public ou de la sécurité publique le requièrent (voy. les articles 30, 39, paragraphe 3, 46, 55 et 58, paragraphe 1, sous b), du traité CE).

⁴⁷ L'analyse sera exclusivement centrée sur la jurisprudence relative à la libre circulation des personnes, car celle-ci se rapproche de la manière la plus nette du sujet traité dans la présente étude.

⁴⁸ Les articles 39, paragraphe 1, du traité CE (en matière de libre circulation des travailleurs salariés) et 46, paragraphe 1, du traité CE (en matière de droit d'établissement et de libre circulation des travailleurs indépendants) prévoient un motif supplémentaire sur la base duquel les Etats membres peuvent déroger aux libertés énoncées par ces articles, à savoir la santé publique. Eu égard à l'objet principal de notre contribution, l'exposé sera limité aux motifs liés à l'ordre public et à la sécurité publique.

⁴⁹ Voy. arrêts de la Cour du 4 décembre 1974, aff. 41/74, *Van Duyn, Rec.*, p. 1337, point 18; et du 27 octobre 1977, aff. 30/77, *Bouchereau, Rec.*, p. 1999, point 34.

d'une époque à l'autre. Ainsi la Cour a-t-elle reconnu, dans l'affaire *Van Duyn* en 1974, que la décision des autorités britanniques de refuser l'accès au territoire à une ressortissante néerlandaise qui souhaitait exercer un emploi salarié auprès de l'Eglise de Scientologie, était justifiée par des raisons d'ordre public liées au danger social représenté par cette organisation. Les concepts d'ordre public et de sécurité publique étant à contenu variable, M^{me} Van Duyn aurait peut-être eu plus de chance si elle avait postulé pour un emploi identique dans un autre Etat membre où l'Eglise de Scientologie ne serait pas jugée socialement dangereuse. On ne peut pas non plus exclure que cette personne aurait obtenu gain de cause si les faits s'étaient produits de nos jours au Royaume-Uni, à condition que les autorités britanniques soient désormais convaincues de l'absence de danger de l'Eglise de Scientologie pour la société britannique.

Ainsi que son caractère relatif, tant dans l'espace que dans le temps, l'atteste, la notion de sécurité (terme générique regroupant l'ordre public et la sécurité publique) est, au départ, un concept national qui, comme c'est le cas en droit international public ou privé, se caractérise par un certain unilatéralisme, dans la mesure où ce sont les Etats membres qui seuls en déterminent la portée⁵⁰. Cela étant, il ne faut pas perdre de vue que la sécurité dont peuvent se prévaloir les Etats membres pour restreindre la libre circulation des ressortissants d'autres Etats membres, demeure l'exception à la règle, celle-ci étant par ailleurs un principe fondamental du traité CE. Par conséquent, comme toute exception à une règle générale, cette exception doit être interprétée de manière stricte, voire restrictive⁵¹. S'il en était autrement, les Etats membres pourraient, en se fondant de manière excessive sur des raisons de sécurité, vider de son sens le principe de la libre circulation des personnes. Il en résulte que la portée de la notion de sécurité ne peut pas être déterminée de manière unilatérale par les Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté⁵². La notion, au départ d'inspiration nationale, va faire l'objet d'un encadrement au niveau communautaire, particulièrement par la Cour.

Le contrôle effectué par les institutions communautaires est double. Tout d'abord, une directive fut adoptée en 1964⁵³ en vue de limiter la marge d'appréciation dont

⁵⁰ L'on rappellera ainsi la politique française des sièges vides au Conseil vers la fin de l'année 1965 à titre de protestation de la France à l'encontre du vote à la majorité qualifiée dans certaines matières. La France était d'avis que lorsque l'enjeu mettait en cause ses « intérêts vitaux », le vote à la majorité qualifiée devait céder la place au vote à l'unanimité. Il s'agit là d'une expression de la notion d'ordre public en droit international public.

⁵¹ Voy. en ce sens arrêts de la Cour, *Van Duyn*, précité, point 18 ; du 28 octobre 1975, aff. 36/75, *Rutili, Rec.*, p. 1219, point 27 ; du 26 février 1975, aff. 67/74, *Bonsignore, Rec.*, p. 297, point 6 ; *Bouchereau*, précité, point 33 ; et du 19 janvier 1999, aff. C-348/96, *Calfa, Rec.*, p. I-11, point 23.

⁵² Voy., à cet effet, arrêts précités *Van Duyn*, point 18 ; *Rutili*, point 27 ; et *Bouchereau*, point 33.

⁵³ Directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, portant sur la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *JOCE*, n° B 56, 1964, p. 850.

disposent les Etats membres pour déterminer les besoins de leur ordre public et de leur sécurité publique. La directive en question prévoyait, d'une part, des limites de droit matériel visant à préciser les contours de ces notions et, d'autre part, des normes de droit procédural afin de garantir une protection minimale aux ressortissants des autres Etats membres faisant l'objet d'une expulsion ou d'un refus d'octroi d'un titre de séjour pour des motifs d'ordre public ou de sécurité publique. Ensuite, la Cour a été amenée à se prononcer à plusieurs reprises, souvent à titre préjudiciel, sur la portée de l'exception, exerçant ainsi un contrôle juridictionnel sur l'usage fait de celle-ci.

B. Les limites liées au fondement de l'exception de sécurité

La réserve de sécurité dont un Etat membre peut exciper pour entraver le droit d'un ressortissant communautaire d'entrer, de séjourner ou de se déplacer sur son territoire doit être fondée exclusivement sur le comportement personnel de l'individu concerné⁵⁴. Ainsi, il est interdit à un Etat membre d'expulser un individu lorsque cette expulsion est décidée dans un but de dissuasion à l'égard d'autres ressortissants communautaires, c'est-à-dire lorsque des motifs de prévention générale sont entrés en ligne de compte. C'est en ce sens qu'a tranché la Cour dans l'affaire *Bonsignore*⁵⁵, où un ressortissant italien, exerçant un emploi en Allemagne, avait été condamné par un tribunal au paiement d'une amende pour avoir enfreint la loi allemande sur les armes. M. Bonsignore avait accidentellement causé la mort de son frère avec une arme à feu dont il était en possession illégale. Le tribunal le condamna pour infraction à la loi sur les armes et retint sa culpabilité pour la mort de son frère, sans toutefois lui infliger une peine pour ce crime, compte tenu notamment de la souffrance morale résultant pour lui des conséquences de son imprudence. Ensuite, M. Bonsignore fut expulsé par l'autorité compétente en matière de police. La juridiction allemande saisie par le recours formé par M. Bonsignore contre la décision d'expulsion fut convaincue, au vu des éléments du dossier, que la décision d'expulsion ne pouvait avoir été dictée que par des motifs de dissuasion générale à l'égard des communautés immigrées compte tenu de la recrudescence de la violence que connaissaient les grands centres urbains à cette époque. Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour statua dans le sens évoqué ci-dessus. La Cour a récemment confirmé cette jurisprudence dans l'affaire *Nazli*⁵⁶.

La question s'est posée de savoir si l'affiliation d'une personne à une organisation jugée contraire à l'ordre public ou dangereuse pour la sécurité publique peut, en tant que telle, constituer un comportement personnel au sens de la directive 64/221. Dans l'affaire *Van Duyn*, la Cour a jugé que s'il n'en était rien pour une affiliation passée, une affiliation actuelle, qui reflète une participation aux activités de l'organisation ainsi qu'une identification à ses buts et desseins, peut être considérée comme un acte volontaire de l'intéressé et comme faisant dès lors partie de son comportement personnel⁵⁷. Il paraît ressortir de cette jurisprudence que l'affiliation d'une personne

⁵⁴ Voy. l'article 3, premier alinéa, de la directive 64/221/CEE.

⁵⁵ Arrêt *Bonsignore*, précité, points 6 et 7.

⁵⁶ Arrêt de la Cour du 10 février 2000, aff. C-340/97, *Nazli, Rec.*, p. I-957 (voy. ci-après note 67).

⁵⁷ Arrêt *Van Duyn*, précité, point 17.

à un groupement qui représente un réel danger pour la sécurité publique suffit aux autorités d'un Etat membre pour justifier une mesure d'expulsion ou de refus d'accès au territoire, sans qu'il faille prouver que la personne en question a commis des actes contraires à la sécurité publique.

Une autre limite posée à l'exception de sécurité tient au fait qu'une telle exception ne peut en aucun cas reposer sur des considérations économiques⁵⁸. L'on pourrait considérer que cette précision, faite par la directive 64/221, était en quelque sorte superflue, dans la mesure où le caractère limitatif de l'énumération des motifs pouvant autoriser un Etat membre à invoquer la réserve en question, ressort clairement des articles 39 et 46 du traité CE. Quoi qu'il en soit, il résulte de tout ceci que seules des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publiques peuvent justifier une dérogation au principe de la libre circulation des personnes.

Il est également interdit aux Etats membres de prendre des mesures tendant à éloigner de leur territoire un citoyen de l'Union pour des motifs tenant à l'exercice de droits syndicaux ou à l'affiliation à un syndicat. L'on touche là à l'exercice d'un droit fondamental pour lequel le droit communautaire secondaire prévoit expressément l'égalité de traitement entre ressortissants nationaux et ressortissants d'autres Etats membres⁵⁹, ainsi que l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Rutili* l'illustre bien. Dans cette affaire, un ressortissant italien résidant en France s'était vu opposer une décision des autorités administratives françaises compétentes en matière de police des étrangers qui lui interdisait le séjour dans quatre départements français bien précis et ce, en raison de ses activités politiques et syndicales qui auraient été de nature à troubler l'ordre public. A titre préjudiciel, la Cour a jugé sans équivoque que l'exercice de droits syndicaux ne peut en aucun cas justifier des mesures limitant le droit de séjour d'un ressortissant communautaire⁶⁰. Elle s'est prononcée également sur la question de la conformité au droit communautaire d'une mesure nationale interdisant à un ressortissant communautaire de séjourner sur une partie du territoire. Soulignant que le traité se réfère au territoire global de l'Etat membre concerné et non à ses subdivisions internes, la Cour a conclu à l'illégalité d'une telle mesure prise sur le fondement de l'article 39, paragraphe 3, du traité CE. Elle a toutefois ajouté qu'une telle mesure serait licite dans des circonstances où elle pourrait également être adoptée à l'égard des ressortissants de l'Etat membre concerné.

C. Les limites liées à la nature du comportement susceptible de justifier l'exception de sécurité

Ainsi qu'il a été relevé, les Etats membres peuvent uniquement fonder l'exception de sécurité sur le comportement personnel de l'individu. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la marge d'appréciation laissée aux Etats membres pour déterminer les comportements susceptibles de mettre en cause la sécurité publique,

⁵⁸ Article 2, deuxième alinéa, de la directive 64/221/CEE.

⁵⁹ Voy. l'article 8 du règlement (CEE) 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *JOCE*, n° L 257, 1968, p. 2.

⁶⁰ Voy. arrêt *Rutili*, précité, point 31.

est encadrée par la condition selon laquelle le comportement de l'individu concerné doit constituer une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public, affectant un intérêt fondamental de la société ⁶¹. Même si cette condition constitue une vraie limite au pouvoir discrétionnaire des Etats membres en la matière, force est cependant de constater qu'elle est formulée de manière générale et abstraite, ce qui rend son application complexe.

S'agissant de la notion d'intérêt fondamental de la société, il convient de rappeler la relativité spatiale et temporelle des concepts d'ordre et de sécurité publics. Par conséquent, une telle notion varie d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre. Ainsi, la Cour a-t-elle jugé dans l'affaire *Calfa* qu'un Etat membre peut légitimement prétendre que la détention et l'usage de stupéfiants, même s'il s'agit de drogues douces comme le cannabis, peuvent constituer un danger pour la société de nature à justifier des mesures spéciales à l'encontre des étrangers qui enfreignent la législation sur les stupéfiants, afin de préserver l'ordre public ⁶².

En revanche, il ressort de la jurisprudence de la Cour ⁶³ que le trouble à l'ordre social résultant d'une infraction à une règle de droit ne suffit pas, à lui seul, à caractériser l'existence d'une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public, affectant un intérêt fondamental de la société. Même l'existence d'une condamnation pénale n'est pas, en tant que telle, une condition suffisante pour que l'exception de sécurité puisse être invoquée par un Etat membre. En effet, l'article 3, deuxième alinéa, de la directive de 1964 stipule clairement que la «seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver ces mesures». Dans l'affaire *Bouchereau*, la Cour a été amenée à se prononcer sur l'interprétation à donner à ladite disposition ⁶⁴. Elle exigea qu'au-delà de l'appréciation sur la base de laquelle avait été prononcée la condamnation pénale de l'individu concerné, les autorités compétentes en matière de police procèdent à une nouvelle évaluation, *in concreto*, afin de déterminer si l'individu représentait toujours une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public. La Cour a cependant ajouté que rien n'empêche les autorités policières de prendre en considération l'existence d'une condamnation pénale antérieure pour conclure que la personne concernée continue de

⁶¹ Voy., notamment, arrêts précités *Rutili*, point 28; *Bouchereau*, point 35 et *Calfa*, point 21.

⁶² Arrêt *Calfa*, précité, point 22.

⁶³ Voy., entre autres, arrêt *Bouchereau*, point 35.

⁶⁴ Cette affaire concernait un ressortissant français résidant au Royaume-Uni, qui, après avoir été condamné une première fois pour détention illégale de stupéfiants en bénéficiant du régime de liberté conditionnelle, avait été ultérieurement reconnu coupable d'une infraction identique. Dans le cadre de la seconde affaire, le tribunal avait proposé aux autorités administratives d'expulser M. Bouchereau. Ce dernier invoqua l'article 3, deuxième alinéa, de la directive de 1964, si bien que le tribunal décida de poser une question préjudicielle à la Cour sur l'interprétation de ladite disposition.

représenter une menace réelle et suffisamment grave, en raison de la probabilité d'un comportement récidiviste.

L'exigence posée par la Cour hypothèque sérieusement les législations nationales prescrivant l'expulsion automatique d'un étranger qui commet une infraction pénale. Ainsi, à deux reprises, la Cour a implicitement jugé de telles législations incompatibles avec le droit communautaire. L'affaire *Calfa*⁶⁵ concernait une touriste italienne qui écopa, en Grèce, d'une peine d'emprisonnement de trois mois accompagnée d'une sanction complémentaire d'expulsion à vie du territoire grec, pour détention et usage illégaux de stupéfiants⁶⁶. La Cour jugea que, compte tenu du fait que la loi grecque oblige le juge à prononcer l'expulsion à vie du territoire d'un(e) ressortissant(e) communautaire reconnu(e) coupable d'une infraction à la loi sur les stupéfiants, sans laisser à ce juge la moindre marge d'appréciation (sauf raisons impérieuses d'ordre familial), il était impossible de procéder à une évaluation du comportement personnel de l'auteur de l'infraction ni du danger qu'il ou elle représente pour l'ordre public.

La Cour a récemment confirmé cette jurisprudence dans une affaire qui opposait la ville de Nürnberg à un ressortissant turc, M. Nazli⁶⁷. En vertu de l'accord d'association entre la Turquie et la Communauté européenne, celui-ci avait exercé une activité salariée pendant plus de dix ans en Allemagne. Après avoir été condamné à une peine d'emprisonnement d'un an et neuf mois avec sursis pour complicité dans un trafic de stupéfiants, il s'était vu refuser la prorogation de son permis de séjour et avait fait l'objet d'une décision d'expulsion de la ville de Nürnberg. La Cour constata que cette décision ne reposait pas sur une évaluation du comportement de M. Nazli de nature à révéler un risque concret de nouvelles perturbations graves de l'ordre public, mais découlait uniquement du fait que la loi allemande sur les étrangers prévoyait l'expulsion d'un étranger qui commet une infraction à la loi sur les stupéfiants, sans laisser de marge d'appréciation aux autorités compétentes. Se fondant, d'une part, sur les constatations du juge de fond saisi à la suite de la décision d'expulsion, selon lesquelles M. Nazli avait, immédiatement après sa condamnation pénale, retrouvé un emploi et s'était très bien réintégré sur le plan social et, d'autre part, sur les constatations au vu desquelles il avait été décidé de surseoir à la peine d'emprisonnement infligée à M. Nazli (écart de conduite isolé; expression de regrets sincères), la Cour a conclu, à juste titre selon nous, que la décision d'expulsion n'avait pas été fondée sur le comportement personnel de M. Nazli. Ainsi, la décision d'expulsion litigieuse, prononcée de manière automatique, en dehors de toute évaluation concrète du danger que courait la société allemande en raison de la présence de M. Nazli sur son territoire, n'a pas été jugée conforme au droit communautaire. Une telle décision était, du reste,

⁶⁵ Arrêt *Calfa*, précité.

⁶⁶ En vertu du droit grec, la décision ordonnant l'expulsion à vie d'un étranger peut, à l'issue d'une période de trois ans, être abrogée par le ministre grec de l'Intérieur, qui possède en la matière un pouvoir discrétionnaire absolu.

⁶⁷ Arrêt *Nazli*, précité.

critiquable au regard du droit communautaire pour une autre raison, à savoir qu'elle ne pouvait avoir été fondée que sur des motifs de prévention générale, motifs qui, ainsi qu'il a été exposé plus haut, ne cadrent pas avec le critère du comportement personnel de l'individu concerné ⁶⁸.

L'existence d'une condamnation pénale n'est donc pas une condition suffisante. De l'autre côté, elle n'est pas non plus une condition nécessaire. Un Etat membre peut invoquer l'exception de sécurité publique même si le comportement du ressortissant communautaire concerné ne constitue pas une infraction pénale. Ainsi, dans l'affaire *Van Duyn*, la Cour a jugé que le Royaume-Uni, qui avait pris à l'égard de l'Eglise de Scientologie une position nette selon laquelle celle-ci représentait un danger social, mais ne lui avait pas pour autant interdit ses activités, pouvait légitimement refuser l'accès au territoire à une ressortissante néerlandaise qui souhaitait exercer un emploi au sein de cette organisation, bien que cette ressortissante n'ait commis aucune infraction pénale. De l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Adoui et Cornuaille*, il ressort également que le comportement ayant justifié une mesure fondée sur l'exception de sécurité publique doit avoir fait l'objet de mesures répressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à en combattre l'apparition ⁶⁹. Des mesures visant à combattre un comportement, sans pour autant l'ériger en infraction, suffisent pour rendre applicable l'exception de sécurité publique. En effet, il appartient aux Etats membres de juger de l'opportunité des moyens mis en œuvre pour combattre un comportement réputé socialement dangereux ⁷⁰.

Il reste à évoquer les conditions d'application du principe d'égalité en cette matière. Dans l'affaire *Van Duyn*, la Cour a admis que le Royaume-Uni refuse qu'un ressortissant communautaire séjourne sur son territoire afin d'exercer un emploi dans l'Eglise de Scientologie, alors qu'il n'était pas interdit aux ressortissants britanniques de travailler pour la même organisation. Une dizaine d'années plus tard, la Cour s'est ravisée en décidant, dans l'affaire *Adoui et Cornuaille*, qu'un Etat membre ne peut prendre, à l'égard d'un ressortissant d'un autre Etat membre, des mesures tendant à lui refuser l'entrée et le séjour sur le territoire ou à l'en éloigner, pour un comportement qui ne ferait pas l'objet de mesures répressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à le combattre s'il était le fait d'un de ses propres ressortissants ⁷¹. En effet, même si, en vertu d'un principe de droit international bien établi, il est défendu à un Etat membre de refuser l'accès au territoire à un de ses ressortissants ou de l'en éloigner, de telles mesures, alors qu'elles sont permises à l'égard d'un ressortissant d'un autre Etat membre, ne peuvent pas être prononcées de manière arbitraire à l'encontre de ce dernier. Il en résulte que le comportement du ressortissant de l'autre

⁶⁸ Voy. le même arrêt, points 59 et 62. Bien que l'affaire *Nazli* concernât un ressortissant turc, la Cour a dégagé, dans le cadre des dispositions de l'accord d'association concerné et de la décision prise par le conseil d'association, une interprétation de l'exception d'ordre public et de sécurité publique, analogue à celle prévalant dans l'ordre juridique communautaire.

⁶⁹ Voy. arrêt de la Cour du 18 mai 1982, aff. 115 et 116/81, *Adoui et Cornuaille*, *Rec.*, p. 1665, point 8.

⁷⁰ Arrêt *Van Duyn*, précité, point 19.

⁷¹ Arrêt *Adoui et Cornuaille*, précité, point 8.

Etat membre, qui a conduit l'Etat en question à prendre lesdites mesures, doit faire l'objet de mesures répressives ou d'autres mesures réelles et effectives destinées à combattre ce comportement s'il était le fait d'un de ses propres ressortissants. Cette jurisprudence a été récemment confirmée dans l'affaire *Jany e.a.*, qui opposait l'Etat néerlandais à des ressortissantes polonaises et tchèques voulant séjourner aux Pays-Bas pour y travailler en tant que prostituées en se fondant sur les accords d'association conclus par la Communauté européenne avec ces deux pays ⁷².

Au terme de cet examen de jurisprudence, il est permis de constater qu'au gré des affaires qui lui ont été soumises au sujet du rapport à établir entre liberté et sécurité dans le domaine de la circulation des personnes, la Cour a acquis une réelle expérience dans la recherche du juste équilibre. Par conséquent, la réticence des Etats membres à l'égard d'une compétence analogue de la Cour dans le cadre du développement de l'ELSJ apparaît peu fondée. Il pourrait donc être sérieusement envisagé d'attribuer à la Cour les mêmes compétences que celles dont elle dispose en vertu du droit communautaire, et en particulier une compétence pour statuer sur les questions relatives à l'exercice des responsabilités incombant aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure dès lors que cet exercice interfère avec le droit de l'Union. En agissant de la sorte à travers une révision du TUE, les Etats membres, en tant que pouvoir constituant, non seulement viendraient combler les lacunes existant dans le système de protection juridictionnelle, mais feraient également en sorte qu'une même autorité juridictionnelle soit chargée du respect de la règle de droit dans l'interprétation et l'application de tout le droit de l'Union, y compris celui relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale. L'unicité du contrôle juridictionnel aurait, en outre, le mérite d'augmenter la transparence et la cohérence du droit de l'Union. Toutefois, une telle solution ne mettrait pas pour autant un terme à la discussion sur la relation entre l'Union et la CEDH et, plus particulièrement, sur la question de l'adhésion de l'Union à la CEDH, puisqu'il demeure possible que le niveau de protection offert par la jurisprudence de

⁷² Arrêt de la Cour du 20 novembre 2001, aff. C-268/99, *Aldona, Malgorzata, Jany, Rec.*, p. I-1, points 60 à 62.

⁷³ A cet égard, il convient de rappeler que, ainsi qu'il ressort de l'arrêt *Rutili*, les restrictions que le droit communautaire impose au pouvoir des Etats membres de déterminer unilatéralement la portée de l'exception de l'ordre public et de la sécurité publique et, de manière plus générale, l'ensemble de l'encadrement de ces notions effectué par la Cour, correspond au principe qui limite la faculté des Etats signataires de la CEDH d'apporter des restrictions à certains des droits contenus dans cette convention, en ce sens que ces restrictions ne peuvent dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de leurs besoins dans une société démocratique (voy. arrêt *Rutili*, cité à la note 51 ci-dessus, point 32 et les articles 8, 9, 10 et 11 de la CEDH). Les Etats membres qui souhaitent se prévaloir de l'exception de l'ordre public et de la sécurité publique pour restreindre la libre circulation des ressortissants d'un autre Etat membre, doivent dès lors à tout le moins respecter les principes énoncés dans la CEDH. De ce qui précède, il peut être déduit que l'Union a bien l'intention d'offrir une protection équivalente à celle assurée par la CEDH, ce qui ne constitue pas pour autant une garantie qu'il en sera effectivement ainsi. Voy., pour de plus amples développements, LENAERTS, K. et DESOMER, M., «Het EVRM en de Europese Unie», *op. cit.* ; LENAERTS, K. et DE SMIJTER, E., «The Charter and the role of the European Courts», *op. cit.*

la Cour reste en deçà de celui garanti par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ⁷³.

4. Conclusions

L'analyse des compétences de la Cour dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale débouche sur un constat sans équivoque : ces compétences sont loin d'être à l'image de celles dont la Cour dispose pour remplir son rôle de cour constitutionnelle chargée du respect ultime du droit communautaire dans l'interprétation et dans l'application de celui-ci. Il en résulte un nombre de lacunes dans le système de protection juridictionnelle considéré dans son ensemble et, plus particulièrement, une impossibilité pour la Cour d'assurer directement le maintien d'un juste équilibre entre le principe de liberté, d'une part, et celui de sécurité, d'autre part, dans le développement d'un espace dit «de liberté, de sécurité et de justice».

L'incompétence de la Cour pour se prononcer sur l'exception «traditionnelle» de l'ordre public et de la sécurité intérieure sur la base de laquelle les Etats membres peuvent justifier des dérogations aux mesures adoptées par le Conseil en vue de l'émergence d'un espace pénal européen constitue l'expression de la méfiance des Etats membres à l'égard d'une ingérence du pouvoir judiciaire européen dans des matières jugées sensibles et, partant, traditionnellement considérées comme relevant des pouvoirs régaliens des Etats. Cette méfiance s'avère largement dépourvue de sens au vu de l'expérience acquise par la Cour à cet égard dans le domaine de la libre circulation des personnes. Il apparaît dès lors souhaitable d'attirer l'attention des Etats membres sur l'habileté dont la Cour a fait preuve pour trouver un point d'équilibre acceptable entre, d'une part, le respect des libertés – qu'il s'agisse de celles prévues par les traités constitutifs de l'Union ou des libertés fondamentales consacrées par la CEDH – et, d'autre part, les nécessités tirées de l'ordre public et de la sécurité intérieure. Cela inciterait les Etats membres lors de la prochaine conférence intergouvernementale visant à réviser les traités constitutifs de l'Union, à calquer les compétences de la Cour concernant la coopération policière et judiciaire en matière pénale, pierre angulaire de l'ELSJ, sur celles qu'elle détient dans le domaine du droit communautaire afin de combler les lacunes constatées dans le système de protection juridictionnelle des justiciables et de sanction judiciaire du respect du droit de l'Union. En même temps, une telle réforme contribuerait – à côté de l'extension de l'application du mécanisme législatif de la codécision du Conseil et du Parlement européen établi à l'article 251 du traité CE aux matières couvertes par l'actuel troisième pilier – à faire disparaître la distinction entre ce pilier et le pilier communautaire pour fondre l'ensemble des politiques relatives au développement de l'ELSJ dans une enceinte juridique unique, à savoir celle de l'Union européenne, personne de droit international, basée sur la méthode communautaire.

L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des Etats au regard de la convention européenne des droits de l'homme

Olivier DE SCHUTTER

Parmi les questions décisives qu'affronte la mise sur pied de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, surtout dans cette phase de sa construction où elle passe par la reconnaissance mutuelle des décisions de justice rendues en matière répressive ¹, figure celle de savoir comment repenser les droits de l'homme à la lumière du dépassement du paradigme de la souveraineté étatique, dans un domaine surtout – le pénal – qui est traditionnellement si étroitement lié à cette souveraineté. Au regard de la convention européenne des droits de l'homme, ce questionnement prend une forme précise. La convention lie des Etats ; c'est tout Etat partie qui doit en garantir le respect, au bénéfice des personnes qui se trouvent sous sa juridiction ². Comment ce caractère de la convention – d'instituer *chaque Etat*, considéré individuellement, en débiteur et sentinelle des droits de l'homme sous sa juridiction – est-il compatible avec la construction d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice qui bâtit

¹ Celle-ci, dont le principe a d'abord été évoqué lors du Conseil européen de Cardiff des 15 et 16 juin 1998 (*JOCE*, n° C 12, 15 janvier 2001), a été définie comme « pierre angulaire » de la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne dans les conclusions du Conseil européen de Tampere, des 15 et 16 octobre 1999. Voy. surtout, pour un panorama des initiatives que la reconnaissance mutuelle en cette matière a suscitées, DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

² Voy. l'article 1^{er} de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, se trouve sous la « juridiction » d'un Etat partie toute personne qui se trouve sous le pouvoir effectif des autorités de cet Etat. En conformité avec « la notion essentiellement territoriale de juridiction », ce n'est que « dans des circonstances exceptionnelles que les actes des Etats contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire peuvent s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction au sens de l'article 1 de la convention » (Cour eur. DH (GC), déc. du 12 décembre 2001, *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats contractants*, req. n° 52207/99, § 67 (à propos des bombardements des forces alliées de l'OTAN sur les bâtiments de la radio-télévision serbe de Belgrade)). Il est acquis depuis plus de dix ans que la responsabilité d'un Etat partie à la convention peut se trouver engagée en raison

justement sur l'idée que peut régner entre les Etats une « confiance mutuelle », à raison de l'existence de certains standards communs que tous doivent respecter ? Si chaque Etat *individuellement* doit respecter la convention, cela exclut-il nécessairement que, s'en remettant au respect de la convention par d'autres Etats qui appartiennent au même espace, il limite l'intensité du contrôle qu'il exerce sur certaines situations, en pariant sur le respect par ces autres Etats de certains standards communs ? Lorsqu'un Etat partie à la convention noue des liens de coopération avec un autre Etat avec lequel il constitue un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, peut-il se dispenser d'exercer un contrôle *au cas par cas* sur le respect des droits de l'homme au sein de cet autre Etat avec lequel il collabore, ou bien peut-il, à défaut, n'exercer sur ce respect qu'un contrôle marginal, au nom de la protection en principe équivalente offerte aux droits fondamentaux dans ce second Etat ?

1. Le précédent : le protocole relatif au droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union

Il est permis de préciser la nature de cette interrogation par la référence à un précédent connu. Une question s'était en effet déjà posée, aux termes assez semblables, lorsqu'au cours des négociations ayant conduit à l'adoption du traité d'Amsterdam modifiant le traité sur l'Union européenne, les Etats membres adoptèrent le protocole – dit « Aznar », du nom du chef du gouvernement espagnol qui s'en est vu attribuer la paternité – relatif au droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union. E. Bribosia et A. Weyembergh ont parfaitement aperçu, à l'époque, le problème que cela posait ³ : peut-on admettre que les Etats membres de l'Union européenne s'entendent entre eux pour modaliser l'étendue d'une obligation qui leur est imposée, à chacun, par la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, sans que les autres parties à cet instrument y aient consenti ? N'est-ce pas précisément une telle situation que condamne la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, dont l'article 30 § 4, relatif à la conclusion de traités successifs par un même Etat, contient cette règle élémentaire selon laquelle il n'est pas permis de se délier d'un traité antérieur par la conclusion d'un traité postérieur conclu avec d'autres parties ?

du risque qu'il fait courir à un individu de subir des violations de la convention entre les mains des autorités d'un autre Etat, à la suite de toute forme de remise de cet individu aux autorités de cet Etat, dans le cadre de l'extradition (Cour eur. DH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A n° 161), du refoulement d'un demandeur d'asile (Cour eur. DH, arrêts *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991, Série A n° 201, *Vilvarajah et Pusparajah c. France* du 27 août 1992, Série A n° 241-B), ou de l'éloignement de l'étranger pour motifs d'ordre public ou en raison du caractère illégal de son séjour sur le territoire national de l'Etat en cause. Pour qu'une telle responsabilité existe, il suffit qu'il soit établi qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé court un risque réel d'être soumis, dans le pays de renvoi, à la torture ou à des peines ou traitements contraires à l'article 3 de la convention, ou à toute autre violation grave de la convention européenne des droits de l'homme.

³ BRIBOSIA, E. et WEYEMBERGH, A., « Le citoyen européen privé du droit d'asile », *JTDE*, 1997, p. 204 ; des mêmes auteurs, « Extradition et asile : vers un espace judiciaire européen ? », *RBDI*, 1997, p. 87.

A présent que se met sur pied un espace de liberté, de sécurité et de justice impliquant la reconnaissance mutuelle des décisions de justice rendues en matière répressive, se pose une question assez homologue. Elle est de savoir si, chaque Etat membre de l'Union européenne ayant souscrit l'engagement de respecter la convention européenne des droits de l'homme, ces Etats peuvent collaborer entre eux en partant d'une présomption selon laquelle ils respectent effectivement les normes de cet instrument. En vertu de cette présomption, alors qu'ils sont tenus à une obligation de vigilance lorsqu'ils nouent des liens de même nature avec des Etats tiers, les Etats membres de l'Union européenne pourraient se contenter entre eux d'un contrôle beaucoup plus marginal, voire même se dispenser de toute forme de contrôle. L'appui sur une présomption de cette forme peut-elle être admise? Sous l'angle du droit international public, semble s'imposer une réponse plutôt négative. Au regard des autres Etats parties à la convention européenne des droits de l'homme, le traité sur l'Union européenne auquel sont parties les Quinze, comme les mesures adoptées dans le cadre de son titre VI relatif à la coopération policière et à la coopération judiciaire en matière pénale, constituent des *res inter alios acta*, qui leur sont en principe inopposables: les Etats membres de l'Union européenne ne peuvent normalement limiter l'étendue de leur responsabilité internationale en développant entre eux des formes de coopération par lesquelles ils se dispenseraient du respect de certaines des obligations contractées par chacun d'eux dans l'ordre juridique international. Il faut pourtant y regarder de plus près.

2. Droit primaire et droit dérivé de l'Union européenne

D'abord, entre la question de la compatibilité avec la convention de Genève du 28 juillet 1951 de l'adoption en 1997 du protocole relatif au droit d'asile pour les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et la question de la compatibilité des progrès de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale avec les obligations qu'impose aux Etats membres la convention européenne des droits de l'homme, il existe une différence qu'on pourrait juger significative: à présent, c'est par l'adoption d'instruments relevant du droit dérivé de l'Union européenne, plutôt que par le droit primaire, que l'étendue des obligations internationales des Etats membres de l'Union européenne se trouve restreinte.

Cette différence ne paraît cependant pas décisive sur le plan des principes, malgré le doute que laissent subsister les plus récentes prises de position de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard⁴. L'article 30 § 4 de la convention de Vienne sur

⁴ Voy. Cour eur. DH (GC), arrêt *Mathews c. Royaume-Uni* (req. n° 24833/94) du 18 février 1999, § 33: «l'Acte de 1976 ne peut être attaqué devant la Cour de justice des Communautés européennes, car il ne s'agit pas d'un acte «ordinaire» de la Communauté, mais d'un traité conclu au sein de l'ordre juridique communautaire. Le traité de Maastricht n'est pas, lui non plus, un acte de la Communauté, mais un traité, par la voie duquel s'est réalisée la révision du traité CEE. Le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres parties au traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* au titre de l'article 1 de la convention et, en particulier, de l'article 3 du protocole n° 1, des conséquences de ce traité».

le droit des traités du 23 mai 1969⁵, texte qui inspire la Cour européenne des droits de l'homme dans l'interprétation qu'elle fait de la convention européenne des droits de l'homme⁶, ne distingue pas ces deux situations – celle où le traité postérieur entraîne directement une situation de conflit avec les obligations internationales antérieurement contractées, d'une part, celle où il se contente de mettre sur pied une organisation internationale à laquelle sont attribuées des compétences dont l'exercice crée le risque de conflit, d'autre part⁷. Le droit des traités fait obstacle à ce qu'un Etat puisse prétendre échapper aux obligations que lui impose un traité antérieur par la conclusion d'un traité postérieur avec d'autres parties: dès 1958, la Commission européenne des droits de l'homme en avait déduit le principe suivant lequel «si un Etat assume des obligations contractuelles et conclut par la suite un autre accord international qui ne lui permet plus de s'acquitter des obligations qu'il a assumées par le premier traité, il encourt une responsabilité pour toute atteinte portée de ce fait aux obligations qu'il assumait en vertu d'un traité antérieur»⁸. Il en résulte qu'un Etat partie à la convention européenne des droits de l'homme demeure tenu de respecter les engagements qu'il a pris dans le cadre de celle-ci, sans qu'il lui soit permis d'exciper

⁵ On a parfois défendu la thèse que l'application de cette règle «ne permet (...) de mettre en cause la responsabilité des Etats en raison des faits illicites commis par les organisations dont ils sont membres que dans un nombre limité de cas, dès lors que l'article 30 de la convention de Vienne ne régit que les traités successifs *portant sur la même matière*» (KLEIN, P., *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 479). Mais, d'une part, aucune référence n'est citée à l'appui de cette lecture, et il est permis de se demander si l'expression italiquée qui figure à l'article 30 de la convention de Vienne ne signifie pas simplement – ce qui est certes banal, mais pas pour autant exclu – que les règles relatives à la conclusion de traités successifs par un même Etat n'ont de pertinence que lorsqu'elles aboutissent à imposer à cet Etat des obligations contradictoires vis-à-vis d'autres parties dès lors justement que ces traités portent sur une même matière. D'autre part, se poserait en tout état de cause la question de savoir ce que sont des traités successifs «portant sur la même matière»: P. Klein par exemple, considère que si le traité de Rome et la convention européenne des droits de l'homme ne portent «à l'évidence pas sur les mêmes matières», il en va ainsi «tout au moins jusqu'à l'adoption de l'article F § 2 du traité sur l'Union européenne du 7 février 1992», date après laquelle, donc, cette situation se serait modifiée (*ibid.*, p. 480).

⁶ Cour eur. DH, arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, Série A n° 18, § 29; Cour eur. DH (GC), décision *Bankovic et autres c. Belgique et 16 autres Etats parties* du 12 décembre 2001, précité, § 55.

⁷ Pour des développements sur une question que je ne puis développer ici, voy. DE SCHUTTER, O. et LHOEST, O., «La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit communautaire: Gibraltar, l'Union européenne, et la convention européenne des droits de l'homme», *CDE*, 2000, n° 1-2, p. 142, ici p. 206-207; ou DE SCHUTTER, O., *Ancrer les droits fondamentaux dans l'Union européenne*, rapport établi à la demande de la Commission européenne, DG Justice et affaires intérieures, mars 2002, p. 110-120.

⁸ Commiss. eur. DH, déc. du 10 juin 1958, *X. c. Rép. féd. d'Allemagne*, req. n° 235/56, *Ann. Conv.*, 2, 1958-1959, p. 257, ici p. 301 (affaire de la Cour suprême des restitutions, juridiction internationale établie sur le territoire allemand dont les requérants alléguaient qu'elle avait rendu une décision à leur égard sans respecter le prescrit de l'article 6 de la convention).

du transfert à une organisation internationale de certains pouvoirs, postérieurement à l'entrée de la convention européenne des droits de l'homme à son égard, lorsqu'un tel transfert ferait obstacle à ce qu'il continue d'assurer le respect des droits fondamentaux aux personnes placées sous sa juridiction⁹ : « On ne saurait admettre que, par le biais de transferts de compétence à une organisation internationale, les Hautes Parties contractantes puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la convention aux garanties qui y sont édictées »¹⁰.

3. « Confiance mutuelle » et principe d'équivalence

La question que suscite, du point de vue de la convention européenne des droits de l'homme, la reconnaissance mutuelle des décisions de justice répressives dans l'Union, ne paraît donc pas pouvoir être si aisément rencontrée : si les Etats membres de l'Union demeurent *en principe* tenus de respecter les obligations que leur impose la convention, la confiance mutuelle qu'ils choisissent de s'accorder les amène-t-elle à violer celle-ci ? Ou bien la Cour européenne des droits de l'homme admet-elle que puisse fonctionner, entre les Etats parties à la convention européenne des droits de l'homme, une manière de présomption favorable au respect des droits et libertés par chacun d'eux, ce qui rendrait licites certaines formes de coopération interétatique qui seraient condamnées si elles avaient lieu entre Etats parties à la convention et Etats tiers ?

Cette interrogation est distincte de celle de savoir si, *dans l'ensemble*, les progrès de l'Union européenne dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale entre Etats membres sont ou non favorables aux droits fondamentaux de l'individu. Il n'est pas douteux que, sur plusieurs points, la construction de l'espace de liberté, de

⁹ Voy. à propos de l'immunité de juridiction reconnue par les tribunaux allemands à l'Agence spatiale européenne, Cour eur. DH (GC), arrêts *Waite et Kennedy c. Allemagne* et *Beer et Regan c. Allemagne* du 18 février 1999. Voy. not. le § 67 de l'arrêt *Waite et Kennedy* : « lorsque des Etats [parties à la convention] créent des organisations internationales pour coopérer dans certains domaines d'activité ou pour renforcer leur coopération, et qu'ils transfèrent des compétences à ces organisations, et leur accordent des immunités, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Toutefois, il serait contraire au but et à l'objet de la convention que les Etats soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la convention dans le domaine d'activité concerné. Il y a lieu de rappeler que la convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoire, mais concrets et effectifs ». Soulignons cependant qu'il était en cause non le *respect des règles du procès équitable* par la juridiction compétente à statuer sur les griefs des requérants, mais *l'accès même à un tribunal*. Dans les deux arrêts cités, la Cour européenne conclut que, compte tenu de la possibilité de saisine de la Commission de recours de l'Agence spatiale européenne, il n'a pas été porté atteinte à la substance même du droit d'accès à un tribunal des requérants. Elle ne se prononce pas sur la question de savoir si la convention européenne des droits de l'homme exige que cette Commission respecte l'ensemble des règles du procès équitable. Sur l'arrêt *Waite et Kennedy*, voy. également, ci-dessous, l'utilisation qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *T.I. c. Royaume-Uni*.

¹⁰ Commiss. eur. DH, décision du 9 décembre 1987, *Etienne Tête c. France*, req. n° 11.123/84, DR, 54, p. 53.

sécurité et de justice constitue une amélioration du point de vue du respect des droits de l'homme. Au-delà du gain de sécurité juridique que permet la reconnaissance mutuelle des décisions pénales, puisqu'elle garantit que la décision rendue dans un Etat membre ne sera pas remise en cause dans un autre Etat, son principe, selon lequel l'Etat d'exécution reconnaît sans les soumettre à une forme d'*exequatur* les décisions rendues par les juridictions répressives de l'Etat d'émission – et dont le mandat d'arrêt européen constitue une première traduction particulièrement importante¹¹ –, présente quatre avantages importants. D'abord la reconnaissance mutuelle renforce l'efficacité de la lutte contre la criminalité, qui jusqu'à présent a pu tirer profit de la lourdeur des collaborations entre les systèmes judiciaires des différents Etats membres de l'Union européenne et de l'absence de coordination entre eux. Ensuite elle garantit à l'inculpé qu'il ne sera pas jugé deux fois pour la même infraction, dans deux Etats membres distincts (principe *non bis in idem*¹²). A plusieurs égards, elle est de nature à favoriser la non-discrimination entre inculpés ou condamnés ayant la nationalité de l'Etat membre du for, et inculpés ou condamnés ressortissants d'un autre Etat membre¹³ :

¹¹ La décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, issue d'une proposition de la Commission du 19 septembre 2001 (COM(2001) 522 final), a fait l'objet d'un accord politique en décembre 2001. Elle doit faire l'objet d'une adoption formelle dans le courant de l'année 2002. Voy. FLORE, D., «Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne», *JT*, 2002, p. 273.

¹² Voy. déjà les articles 54 à 57 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, du 19 juin 1990 (*JOCE*, n° L 239, 22 septembre 2000). Dans l'affaire *Krombach*, l'intéressé avait été condamné par contumace en 1993 par la cour d'assises de Paris à la suite d'une plainte avec constitution de partie civile déposée contre lui, alors qu'il avait auparavant bénéficié à propos des mêmes faits d'une décision de non-lieu devant les juridictions allemandes, confirmée par la cour d'appel de Munich le 9 septembre 1987. Un mandat d'arrêt «Schengen» puis un mandat d'arrêt international furent délivrés contre M. Krombach à la suite de sa condamnation. Trouvé en Autriche, M. Krombach fut placé sous écrou extraditionnel. La cour d'appel d'Innsbruck fut cependant amenée à constater dans un arrêt du 2 février 2000 – selon le résumé que donne de sa position la Cour européenne des droits de l'homme – que «le jugement de la cour d'appel de Munich du 9 septembre 1987, contre lequel il n'existait pas de voie de recours en droit allemand, avait une autorité relative de chose jugée, puisque l'instruction ne pourrait être reprise en Allemagne qu'en cas de faits nouveaux. Or, à partir du moment où le tribunal de l'Etat de commission de l'infraction avait renoncé à poursuivre le requérant et pris à cet égard une décision définitive, ce dernier ne pouvait pas être placé sous écrou extraditionnel. Enfin, la cour estima que l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (*Schengener Durchführungs-abkommen*), qui prévoit le principe *non bis in idem*, s'opposait, en cas de purge de la contumace, à ce que le requérant soit rejugé en France pour des faits pour lesquels il avait bénéficié en Allemagne d'une décision de classement définitive» (Cour eur. DH (3^e section), arrêt *Krombach c. France* du 13 février 2001 (req. n° 29731/96), § 55).

¹³ Voy. pour des développements DE SCHUTTER, O., «Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'espace judiciaire pénal européen», in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 55, spéc. p. 72-73.

avant la condamnation, elle peut décourager une utilisation trop systématique à l'égard de ces personnes de la détention préventive – la reconnaissance mutuelle favorise en effet la possibilité de mettre sur pied des mesures de surveillance à l'égard de la personne qui attend d'être jugée, de manière à éviter de devoir recourir à la détention préventive de cette personne – ; lors de la condamnation, en ce qui concerne l'accès des ressortissants d'autres Etats membres à des mesures alternatives à la peine privative de liberté ; après la condamnation à une peine privative de liberté, en facilitant la réinsertion sociale par la possibilité d'exécuter la peine dans l'Etat de résidence de la personne condamnée et en facilitant l'accès pour les non-nationaux à des mesures de libération conditionnelle ¹⁴. Enfin, de manière plus générale, les progrès de l'espace judiciaire pénal peuvent avoir un effet d'entraînement favorable à une amélioration de la protection des droits fondamentaux, notamment ceux de l'accusé dans le cadre des procédures pénales, puisque c'est en tirant argument de l'existence de niveaux de protection moins élevés que certains Etats pourraient vouloir ralentir le rythme de cette progression, subordonnant par là à une harmonisation vers le haut des droits fondamentaux le renforcement de la coopération judiciaire pénale ¹⁵.

Une chose est cependant de reconnaître en quoi la mise sur pied de l'espace commun de liberté, de sécurité et de justice peut contribuer au meilleur respect des droits de l'homme au sein de l'Union européenne ; autre chose est de s'interroger sur les limites que les droits de l'homme peuvent imposer à la construction de cet espace judiciaire commun et à sa « pierre angulaire », la reconnaissance mutuelle des décisions de justice rendues en matière répressive. Pour apprécier quelles sont au juste ces limites, il faut partir d'un constat. Au fondement de la notion de reconnaissance mutuelle se situe l'idée que les Etats membres de l'Union peuvent s'accorder entre eux une confiance réciproque. Cette confiance à son tour est fondée sur l'appartenance de l'ensemble de ces Etats à la convention européenne des droits de l'homme, et donc sur l'existence de certains standards minima que tous ces Etats sont censés respecter ¹⁶. En d'autres termes, la qualité d'Etats parties à la convention de l'ensemble des Etats de l'Union impliquerait que puisse jouer entre eux un « principe d'équivalence », c'est-

¹⁴ La convention européenne pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition du 30 novembre 1964 ou la convention du Conseil de l'Europe du 21 mars 1983 sur la transfèrement des personnes condamnées se sont révélées à cet égard constituer des instruments insuffisants.

¹⁵ Voy. sur cette question SCHUTTE, J., « L'application du titre VI et la matière pénale », in TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., *La justice pénale et l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 239-245.

¹⁶ Le premier considérant qui figurait dans la proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres présentée par la Commission le 19 septembre 2001 se lit : « L'établissement d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice repose sur la confiance mutuelle dans les systèmes de justice pénale des Etats membres. Ces systèmes s'appuient sur les principes de la liberté, de la démocratie et de l'Etat de droit et respectent les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la convention européenne [des droits de l'homme] et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Le projet soumis au Coreper du 12 décembre 2001 (2001/0215 (CNS) – COPEN 79, CATS 50, 4 décembre 2001 ; dernier texte en notre possession) contient un

à-dire une présomption selon laquelle chacun de ces Etats respecte effectivement la convention européenne des droits de l'homme qu'il s'est engagé internationalement à respecter, ce qui dispenserait chacun des Etats de l'Union de vérifier, au cas par cas, si cette présomption est effectivement fondée dans les circonstances propres de l'espèce : il découlerait de ce principe d'équivalence que, dans le cadre des coopérations qu'il noue avec d'autres Etats – que sa propre intervention se situe en amont ou en aval de l'intervention de l'un de ceux-ci –, un Etat partie à la convention devra exercer un contrôle moins exigeant sur la conformité des actes d'un autre Etat contractant à la convention européenne des droits de l'homme que sur celle des actes d'un Etat tiers, non partie à la convention. Voilà la thèse à éprouver.

4. Le principe d'équivalence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Trouve-t-on la trace de pareil principe d'équivalence dans la jurisprudence de la convention européenne des droits de l'homme ? Si elle repose sur la présomption qu'on vient de rappeler, la reconnaissance mutuelle des décisions rendues par les autorités judiciaires des Etats membres de l'Union en matière répressive est-elle encore conforme aux exigences de la convention ? On l'a dit : celle-ci est un instrument qui lie des Etats individuellement. Elle ne permet normalement pas à ces Etats de substituer à cette responsabilité individuelle le pari sur l'existence de standards minima communs. N'impose-t-elle pas dès lors, au contraire de la présomption

considérant n° 10 qui précise que « Le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres. Sa mise en œuvre ne peut être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des Etats membres des principes contenus à l'article 6 § 1^{er} du traité sur l'Union européenne, constatée par le Conseil en application de l'article 7 § 1^{er} de ce même traité, et selon la procédure prévue par l'article 7 § 2 ». Lors de l'étape ultime des négociations portant sur le mandat d'arrêt européen, il s'est trouvé encore quatre Etats membres (Finlande, Irlande, Suède et Danemark) pour estimer que le refus d'exécution du mandat d'arrêt européen devait pouvoir se fonder sur « la contrariété aux principes fondamentaux de l'Etat d'exécution ». La présidence belge a invité ces délégations « à reconsidérer leur demande compte tenu d'une part du principe de reconnaissance mutuelle qui s'accorde mal d'une multiplication des contrôles dans l'Etat d'exécution et d'autre part des références [faites dans la proposition de décision-cadre à la nécessité de veiller strictement au respect des droits fondamentaux] ». L'article 1 § 3 de la proposition de décision-cadre prévoit en effet que l'obligation d'exécuter le mandat « ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne ». Cette dernière disposition, formellement, n'imposant qu'aux institutions de l'Union une obligation de respecter les droits fondamentaux (voy. aussi, à propos de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes « en ce qui concerne l'action des institutions », l'article 46, d), TUE, modifié par le traité d'Amsterdam de manière à reconnaître le caractère justiciable de l'article 6 § 2 TUE), alors que l'obligation d'exécuter le mandat d'arrêt s'impose aux Etats membres, la précision n'est pas dépourvue de toute utilité juridique ; du moins écarte-t-elle toute ambiguïté qui aurait pu subsister, au-delà du message qu'elle envoie : les intentions du législateur européen sont pures. Voy. FLORE, D., « Le mandat d'arrêt européen », précité, p. 278.

d'équivalence, des restrictions quant à la confiance mutuelle que des Etats parties à la convention européenne des droits de l'homme peuvent s'accorder, puisqu'ils sont chacun autant de sentinelles du respect des droits de l'homme des personnes placées sous leur juridiction? Un examen sommaire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question – elle-même d'ailleurs très maigre en volume – conduit à la conclusion que, si un tel «principe d'équivalence» n'a pas été comme tel formellement reconnu, l'absence d'une consécration explicite du principe ne l'empêche pas d'avoir une efficacité pratique.

En réalité, cet écart entre d'un côté, l'affirmation par la Cour européenne des droits de l'homme des principes auxquels elle entend se tenir, et de l'autre, la pratique qui se dégage de sa jurisprudence, n'est pas elle-même de nature à faciliter l'interprétation. La doctrine de la Cour semble faire obstacle à ce qu'elle reconnaisse, en termes explicites, qu'entre Etats parties à la convention européenne des droits de l'homme puisse jouer un «principe d'équivalence» lorsque ces Etats nouent des coopérations entre eux. En fait pourtant, un tel principe semble bien à l'œuvre, puisque la Cour admet que l'Etat B partie à la convention puisse se fonder sur la présomption que les autorités d'un Etat A partie à la convention se sont bien conformées aux obligations que celle-ci impose pour justifier, en prenant appui sur cette présomption, un contrôle atténué sur le respect de la convention par ces autorités, dans chaque cas individuel où celles-ci sollicitent la coopération de l'Etat B. Que les autorités de l'Etat A demandent l'extradition ou la remise d'une personne afin de juger celle-ci pour des infractions commises sur le territoire de l'Etat A, que les juridictions de l'Etat A aient rendu une décision de justice dont la reconnaissance de la force exécutoire est demandée devant les autorités de l'Etat B, ou encore que les autorités de l'Etat A sollicitent l'Etat B pour qu'une personne que leurs juridictions ont condamnée puisse purger dans ce second Etat la peine prononcée à son égard, les questions que suscite la reconnaissance ou non d'un «principe d'équivalence» sont assez comparables. Et par-delà la diversité de ces situations, se laisse déceler un certain espace entre le principe d'une responsabilité de chaque Etat qui demeure individuelle et la réalité d'une jurisprudence plutôt favorable à des coopérations nouées entre les Etats parties à la convention: l'étude de la jurisprudence illustre bien que ces coopérations peuvent se fonder sur la présomption que ces Etats respectent effectivement la convention dès lors que celle-ci est en vigueur à leur égard.

On peut mesurer la difficulté d'interprétation au départ de la comparaison entre deux affaires qui présentent le point commun de concerner l'étendue de la responsabilité d'un Etat partie à la convention (respectivement, le Royaume-Uni et la France), lorsque la violation qui lui est imputée a sa source dans l'intervention de ses autorités en amont de l'intervention d'un autre Etat partie à la convention, par ailleurs également membre de l'Union européenne (respectivement, l'Allemagne et l'Espagne). Dans l'affaire *T.I. c. Royaume-Uni*¹⁷, le requérant, un demandeur d'asile sri-lankais dont la demande d'asile avait été rejetée par les autorités allemandes, avait ensuite introduit une demande d'asile au Royaume-Uni où il était arrivé clandestinement. En

¹⁷ Cour eur. DH (3^e section), décision *T.I. c. Royaume-Uni* (req. n° 43844/98) du 7 mars 2000.

application de la convention de Dublin sur la détermination de l'Etat responsable de l'examen des demandes d'asile du 15 juin 1990, le Royaume-Uni avait décidé de ne pas examiner le fond de la demande d'asile, mais s'apprêtait plutôt à la renvoyer vers l'Allemagne. T.I. craignait cependant d'être éloigné par les autorités allemandes vers son pays d'origine où, selon lui, il risquait de subir des mauvais traitements entre les mains des forces de police sri-lankaises, qui le soupçonnaient de complicité avec les Tigres tamouls et qui lui avaient déjà infligé de tels traitements par le passé.

A l'appui de sa requête, T.I. invoquait notamment l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme. Soutenu par des observations présentées par l'Allemagne – qui notamment prenait l'engagement de respecter toute indication donnée par la Cour européenne des droits de l'homme en vertu de l'article 39 de son règlement si le requérant devait faire l'objet d'une nouvelle mesure d'éloignement depuis l'Allemagne¹⁸ –, le Royaume-Uni avançait au contraire que la Cour européenne des droits de l'homme devrait normalement s'abstenir d'exercer un contrôle sur le renvoi d'une personne d'un Etat partie à la convention vers un autre Etat partie. Il prétendait fonder une telle attitude de retrait de la part de la Cour européenne des droits de l'homme à la fois sur l'identité de la protection dont, une fois placé sous la juridiction de ce second Etat, l'intéressé pourrait bénéficier, et également sur la considération qu'une autre attitude de la part de la Cour européenne des droits de l'homme nuirait aux efforts des Etats membres de l'Union européenne de progresser dans la voie de la coopération interétatique, dont la convention de Dublin du 15 juin 1990 constitue un exemple. Selon le Royaume-Uni,

«... this Court should be slow to find that the removal of a person from one Contracting State to another would infringe Article 3 of the convention, as in this case, the applicant would be protected by the rule of law in Germany and would have recourse, if any problems arose, to this Court, including the possibility of applying for a Rule 39 indication to suspend his deportation. It would be wrong in principle for the United Kingdom to have to take on a policing function of assessing whether another Contracting State such as Germany was complying with the convention. It would also undermine the effective working of the Dublin convention, which was brought into operation to allocate in a fair and efficient manner State responsibility within Europe for considering asylum claims».

Autorisé à présenter des observations, le Haut Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) soulignait au contraire que si l'adoption de la convention de Dublin du 15 juin 1990 constituait en principe un développement positif dans le

¹⁸ L'article 39 du règlement de la Cour, relatif aux mesures provisoires, permet à la chambre ou au président d'«indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure». L'indication de mesures provisoires ne présente normalement pas une force obligatoire pour les Etats auxquels elle s'adresse : voy. Cour eur. DH, arrêt *Cruz Varas c. Suède* du 20 mars 1991 (Série A, n° 201), § 102-103, et en dernier lieu, Cour eur. DH (3^e section), *J. Conka et al.*, ainsi que *la Ligue des droits de l'homme c. Belgique* (req. n° 51564/99), décision du 13 mars 2001 (irrecevabilité partielle).

droit international de l'asile – cette convention avait en effet le mérite de mettre fin au phénomène des « réfugiés en orbite » dont aucun Etat n'acceptait la responsabilité de l'examen au fond de la demande d'asile –, sa mise en œuvre pouvait être en pratique plus problématique tant que subsisteraient des différences, d'Etat à Etat, quant à l'interprétation de la convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés : tant que demeuraient de telles différences en effet, un Etat appliquant la convention de Genève d'une manière plus favorable au candidat réfugié pouvait être empêché d'en faire bénéficier le demandeur d'asile, dont la demande aurait déjà fait l'objet d'un examen par un Etat offrant de la convention de Genève une interprétation moins favorable ou dont la demande devait être traitée par ce second Etat en vertu des règles fixées par la convention de Dublin quant à la détermination de l'Etat responsable¹⁹.

Dans sa décision du 7 mars 2000, la Cour européenne des droits de l'homme ne conclut à l'irrecevabilité de la requête introduite contre le Royaume-Uni, pour défaut manifeste de fondement, qu'après avoir constaté que le renvoi de T.I. vers l'Allemagne ne résulterait pas en l'éloignement de celui-ci vers le Sri Lanka, l'article 53(6) de la loi allemande sur les étrangers constituant une clause humanitaire permettant de ne pas procéder à l'éloignement du territoire des personnes craignant pour leur vie ou leur sécurité dans l'Etat de destination. La Cour rejette par contre de manière très explicite le raisonnement du Royaume-Uni, en soulignant que les progrès de la coopération interétatique ne peuvent conduire les Etats parties à la convention européenne des droits de l'homme à échapper aux obligations que la convention européenne des droits de l'homme leur impose à titre *individuel* :

« In the present case, the applicant is threatened with removal to Germany, where a deportation order was previously issued to remove him to Sri Lanka. It is accepted by all parties that the applicant is not, as such, threatened with any treatment contrary to Article 3 in Germany. His removal to Germany is however one link in a possible chain of events which might result in his return to Sri Lanka where it is alleged that he would face the real risk of such treatment.

The Court finds that the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the convention. Nor can the United Kingdom rely automatically in that context on the arrangements made in the Dublin convention concerning the attribution of responsibility between European countries for deciding asylum claims. Where States establish international organisations, or mutatis mutandis international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would

¹⁹ Le HCR en déduisait qu'aucun demandeur d'asile ne pouvait être renvoyé vers un « pays tiers sûr » identifié comme l'Etat responsable par la convention de Dublin, sans qu'un certain contrôle accompagne ce renvoi : « *No asylum-seeker should (...) be sent to a third country without a reliable assessment in his case of the available guarantees, e.g. that the person will be re-admitted, that he will enjoy effective protection against refoulement, that he will have the possibility to seek and enjoy asylum, and that he will be treated in accordance with accepted international standards* ».

be incompatible with the purpose and object of the convention if Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the convention in relation to the field of activity covered by such attribution (see e.g. Waite and Kennedy v. Germany judgment of 18 February 1999, Reports 1999, § 67). The Court notes the comments of the UNHCR that, while the Dublin convention may pursue laudable objectives, its effectiveness may be undermined in practice by the differing approaches adopted by Contracting States to the scope of protection offered».

L'affirmation de la Cour doit pourtant être nuancée par l'attitude qu'elle choisit, en l'espèce, d'adopter, face à la requête qui lui est soumise. Lors de l'audience devant la Cour, la controverse essentielle portait sur l'efficacité de la garantie offerte à T.I. par l'article 53(6) de la loi allemande sur les étrangers, dont l'étendue de la protection qu'il pouvait offrir dans une situation telle que celle du requérant demeurerait incertaine. Bien que les débats n'aient pas effacé tous ses doutes à cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme jugea ne pouvoir présumer que l'Allemagne, Etat partie à la convention, ne respecterait pas l'obligation que lui impose l'article 3 de cet instrument, de ne pas faire courir un risque réel et sérieux de mauvais traitements à une personne faisant l'objet d'un éloignement («*There is (...) no basis on which the Court could assume in this case that Germany would fail to fulfil its obligations under Article 3 of the convention to provide the applicant with protection against removal to Sri Lanka if he put forward substantial grounds that he faces a risk of torture and ill-treatment in that country*»). Ainsi, bien que fût rejeté en principe l'argument selon lequel la qualité d'Etat partie à la convention européenne des droits de l'homme de l'Allemagne dispenserait le Royaume-Uni d'exercer un contrôle sur le sort qui serait réservé par ce pays à un demandeur d'asile qu'il s'apprêtait à lui remettre, la circonstance que l'Allemagne soit tenue au respect de la convention et notamment de l'article 3 de celle-ci sert à la Cour à écarter, sur le fond, l'allégation que le refoulement de T.I. vers l'Allemagne lui ferait courir un risque réel et sérieux de traitements contraires à cet article.

C'est pourquoi le contraste est moins fort qu'il n'y paraît de premier abord, entre la décision *T.I.* du 7 mars 2000 et une décision adoptée le 12 janvier 1998 par la Commission européenne des droits de l'homme, dans laquelle celle-ci conclut à l'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement de la requête introduite contre la France par un militant de l'organisation séparatiste basque Euskadi ta Askatasuna (ETA), M. Luis Iruretagoyena²⁰. Ce dernier reprochait aux autorités françaises d'avoir mis à exécution un arrêté d'expulsion pris à son égard en le remettant aux autorités espagnoles, et plus précisément à la garde civile espagnole – qui l'interpella dès le

²⁰ Commiss. eur. DH, décision du 12 janvier 1998, *L. Iruretagoyena c. France*, req. n° 32829/96. Pour un raisonnement semblable à celui présenté ci-dessous, voy. déjà la décision d'irrecevabilité rendue par la Commiss. eur. DH le 5 décembre 1996, dans l'affaire *José Antonio Urrutikoetxea c. France*, req. n° 31113/96. Cette dernière affaire avait cependant été d'une résolution plus aisée pour la Commission, puisque celle-ci pouvait y constater que, «de l'aveu même du conseil du requérant, ce dernier n'a subi aucun traitement inhumain ou dégradant depuis son arrivée en Espagne et que son arrestation et sa garde à vue par les autorités espagnoles étaient conformes aux dispositions de la convention», constat qui peut justifier

franchissement de la frontière franco-espagnole – entre les mains de laquelle il aurait subi par la suite des mauvais traitements prohibés par l'article 3 de la convention.

Le gouvernement répondait que « s'il ne pouvait être écarté que le requérant fasse l'objet de poursuites pénales en Espagne, du fait de son appartenance à l'ETA et à ses activités anciennes, cette circonstance ne saurait suffire à établir que la décision de renvoi violerait l'article 3 de la convention, *compte tenu de ce que l'Espagne, membre de l'Union européenne, est un Etat de droit où l'autorité judiciaire assure le respect des droits de l'homme et des libertés individuelles* » (notre accent). Il soulignait que l'éloignement du requérant vers l'Espagne ne pouvait être considéré comme lui faisant courir un risque réel et sérieux d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la convention ²¹, dès lors que ce pays « a souscrit aux engagements internationaux de protection des droits de l'homme, notamment la convention européenne des droits de l'homme et le pacte international des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques ». Il ajoutait enfin que les mauvais traitements que le requérant prétendait avoir subis de la part de la garde civile avaient donné lieu au dépôt d'une plainte auprès d'un juge d'instruction de Saint-Sébastien : que l'affaire soit en cours d'instruction par les autorités judiciaires espagnoles démontrait, selon la France, qu'il ne pouvait lui être reproché d'avoir agi de façon imprudente en procédant à l'éloignement.

Au contraire, pour étayer son allégation que les risques que la France lui faisait courir n'étaient pas imaginaires mais au contraire parfaitement prévisibles, le requérant prenait appui sur « les rapports de nombreux organismes internationaux concernant l'Espagne, et en particulier, par les constatations et recommandations du [Comité européen pour la prévention de la torture] dans ses rapports consécutifs aux visites effectuées en Espagne ». Il se référait également aux constatations et recommandations du Comité des droits de l'homme de Nations unies qui, lors de l'examen du rapport présenté par l'Espagne, en vertu de l'article 40 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, s'était dit préoccupé par les nombreux rapports qu'il avait reçus concernant des mauvais traitements et tortures subis par des personnes soupçonnées d'actes terroristes et exercés par les membres des forces de sécurité. Le requérant notait en outre : « Quant aux arguments du gouvernement, selon lesquels l'Espagne

a posteriori l'appréciation portée par les autorités françaises sur l'absence de risque réel pour le requérant éloigné vers l'Espagne.

²¹ Selon une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme bien établie depuis 1989, « le renvoi d'un étranger par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le reconduit vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. En pareil cas, cette disposition implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays » : voy. Cour eur. DH, arrêts *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, série A n° 161, p. 35, § 90-91, *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991 série A n° 201, p. 28, § 69-70 ; *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, n° 22, p. 1853-1855, § 73-74 et 80 ; *Ahmed c. Autriche* du 17 décembre 1996, *Recueil* 1996-VI, n° 26, p. 2206, § 39 ; *H.L.R. c. France* du 29 avril 1997, *Recueil* 1997-III, n° 36, p. 757, § 33-34 et *D. c. Royaume-Uni* du 2 mai 1997, *Recueil* 1997-III, n° 37, § 46.

est un Etat de droit, membre de l'Union européenne, le requérant fait observer que les rapports du CPT ne concernent que les Etats membres du Conseil de l'Europe, parties à la convention européenne des droits de l'homme. Or, ces rapports ont fait état de pratiques de traitements contraires à l'article 3 de la convention, disposition qui ne fait pas de distinction entre les Etats parties et les autres».

La Commission européenne des droits de l'homme se prononce sur cette question en faveur de la thèse du gouvernement défendeur. Elle déduit de la qualité d'Etat partie à la convention européenne des droits de l'homme une présomption favorable au respect des droits de l'homme par cet Etat :

«En l'espèce, la Commission constate que l'Etat espagnol en adhérant à la convention s'est engagé à respecter les droits y inclus, notamment son article 3. Il a également reconnu le droit au recours individuel prévu par cette convention. Dès lors, il existe une présomption de ce que des traitements contraires à cette disposition ne se produisent pas dans cet Etat.

La Commission rappelle que, pour contrôler l'existence du risque de mauvais traitements, il faut se référer par priorité aux circonstances dont l'Etat en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion, même si les organes de la convention peuvent tenir compte de renseignements ultérieurs (voir *mutatis mutandis*, n° 25342/94, déc. 4.9.95, DR 82, p. 134).

A cet égard, la Commission note que, d'après un rapport du CPT, l'infliction de la torture et des mauvais traitements graves par les forces de sécurité n'est plus une pratique courante en Espagne, même si, au vu des allégations faites, il serait prématuré de conclure que l'utilisation de ces méthodes a été éradiquée en Espagne. D'autres organes internationaux, notamment le Comité des Nations unies contre la torture et le Comité des droits de l'homme des Nations unies, se sont déclarés préoccupés par la situation en Espagne à cet égard. La Commission observe en outre que le requérant a été arrêté par la garde civile et que, d'après le rapport du CPT, elle est la force de sécurité qui est le plus fréquemment l'objet d'allégations d'avoir recours à des méthodes irrégulières.

Il est également vrai que le fait que le requérant ait été un membre actif au sein de l'ETA a pu l'exposer à des risques accrus, étant donné que la garde civile pourrait le considérer comme une source importante d'informations sur les activités de cette organisation.

Toutefois, le seul fait de l'appartenance à l'ETA ne saurait suffire pour amener les autorités françaises à considérer que le requérant courrait en Espagne un sérieux risque d'être exposé à des traitements contraires à l'article 3 de la convention. La Commission constate que le requérant n'a ni demandé à bénéficier du statut de réfugié politique en France, ni démontré avoir fait état, devant les autorités françaises, de circonstances particulières relatives à sa personne ou à ses activités en Espagne, qui auraient pu rendre probable l'infliction de la torture ou de tout autre traitement prohibé par l'article 3.

Compte tenu de ce qui précède, la Commission considère que, dans les circonstances de l'espèce, il apparaît difficile de conclure qu'au moment où la mesure d'expulsion a été prise et exécutée par les autorités françaises, il existait des raisons sérieuses de croire que le requérant serait soumis, en Espagne, à des traitements contraires à l'article 3 de la convention. En ce qui concerne ce qui s'est déroulé après l'arrivée du requérant en Espagne, la Commission rappelle que le requérant aura la faculté, le cas

échéant, de s'en plaindre par une requête dirigée contre l'Espagne».

Voilà deux rhétoriques apparemment opposées : la présomption explicitement favorable, ici, au respect des droits de l'homme par l'Etat partie à la convention, paraît contraster avec le refus, exprimé plus récemment par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *T.I.*, de diminuer l'étendue de la responsabilité de l'Etat refoulant un demandeur d'asile lorsque pareil refolement aboutit à le renvoyer aux frontières d'un Etat partie à la convention. Pourtant il ne faudrait pas se laisser aveugler par cette opposition. Dans les deux affaires, les organes de contrôle de la convention européenne des droits de l'homme reconnaissent qu'un Etat mis en cause devant elle pour avoir coopéré avec un autre Etat – et il importe peu que cette coopération s'effectue ou non conformément à un traité liant les deux Etats l'un à l'autre – n'éprouvera guère de difficultés à justifier son comportement lorsque le second Etat est partie, comme lui, à la convention européenne des droits de l'homme, tant est forte la présomption que ce second Etat respecte effectivement la convention qui, formellement, l'oblige.

5. L'absence d'un principe d'équivalence dans le cas des coopérations nouées avec des Etats tiers

L'identité fondamentale qui unit, sur ce point, les deux affaires *Iruretagoyena c. France et T.I. c. Royaume-Uni*, apparaîtra peut-être plus nettement si l'on compare l'attitude qu'y adoptent les organes de contrôle de la convention européenne des droits de l'homme avec celle qui caractérise leur approche des situations où sont en cause, au contraire, des coopérations nouées par des Etats parties à la convention avec des Etats tiers. Ainsi dans l'affaire *Pellegrini*, la Cour européenne des droits de l'homme était confrontée à une requête dirigée contre l'Italie dont les juridictions avaient accepté de donner *exequatur* à une décision de justice émanant des juridictions de l'Etat du Vatican – Etat non partie à la convention européenne des droits de l'homme –, en violation des droits de la défense de la requérante, aboutissant à l'annulation d'un mariage : l'effet du jugement d'*exequatur* était de priver M^{me} Pellegrini d'une pension alimentaire qu'elle aurait obtenu en tant qu'épouse divorcée. L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 20 juillet 2001 affirme en termes très nets l'obligation pour les juridictions d'un Etat partie à la convention de contrôler la conformité à l'ensemble des droits de la convention des décisions de justice rendues par les juridictions d'un Etat non partie, avant de reconnaître à celles-ci un effet exécutoire : «... la déclaration de nullité du mariage de la requérante a été émise par les juridictions du Vatican, puis rendue exécutoire par les juridictions italiennes. Or, le Vatican n'a pas ratifié la convention, et par ailleurs la requête est dirigée contre l'Italie : la tâche de la Cour consiste dès lors non pas à examiner si la procédure s'étant déroulée devant les juridictions ecclésiastiques était conforme à l'article 6 de la convention, mais *si les juridictions italiennes, avant de donner l'exequatur à ladite déclaration de nullité, ont dûment vérifié que la procédure y relative remplissait les garanties de l'article 6 ; un tel contrôle s'impose, en effet, lorsque la décision dont on demande l'exequatur émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la convention.* Pareil contrôle est d'autant plus nécessaire lorsque l'enjeu de l'*exequatur* pour les parties est capital» ²².

Sans doute, cet arrêt concerne la matière civile, et il peut apparaître dès lors moins pertinent pour l'analyse des difficultés que peut éprouver la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à appréhender l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice, dans ce que présente d'inédit l'étendue qu'y est susceptible de prendre la coopération judiciaire en matière pénale. Pourtant cet arrêt mérite qu'on y prête attention. D'abord sa rédaction semble suggérer le tracé d'une distinction entre les Etats parties à la convention et les autres Etats, du point de vue de la confiance qu'on peut leur accorder : une interprétation *a contrario* du passage cité de l'arrêt *Pellegrini* pourrait conduire à la conclusion que l'*exequatur* d'une décision de justice rendue par la juridiction d'un Etat partie à la convention ne devrait pas être subordonnée à la vérification du respect des garanties de l'article 6 de la convention, un Etat partie n'engageant pas sa responsabilité au regard de la convention s'il accorde l'*exequatur* en se bornant à présumer le respect de ces garanties de la part des juridictions d'un Etat que la convention lie ²³.

Ensuite, l'arrêt du 20 juillet 2001 illustre le chemin parcouru depuis une dizaine d'années dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, lorsque la question de la reconnaissance et de l'exécution des décisions de justice rendues à l'étranger y a d'abord fait son entrée. Lorsqu'en 1992 s'était posée devant la Cour européenne des droits de l'homme la question de savoir si un Etat partie à la convention européenne des droits de l'homme pouvait exécuter dans ses prisons des

²² Cour eur. DH (2^e section), arrêt *Pellegrini c. Italie* (req. n° 30882/96) du 20 juillet 2001, § 40 (notre accent).

²³ Comp. CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98 : appelée par la voie préjudicielle à fournir une interprétation de l'article 27, point 1, de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*JOCE*, n° L 299, 1972, p. 32), dont les clauses équivalentes figurent aujourd'hui aux articles 34, 1° (reconnaissance) et 45 § 1 (exécution) du règlement 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*JOCE*, n° L 12, 16 janvier 2001, p. 1), la Cour de justice des Communautés européennes estime que le recours à cette clause d'ordre public afin de justifier le refus de la reconnaissance ou de l'exécution de la décision rendue dans un autre Etat contractant ne serait acceptable que si pareille reconnaissance ou pareille exécution « heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique » (point 37). Comme l'affaire concernait, on s'en rappelle, l'exécution en Allemagne des aspects civils d'une décision pénale rendue par contumace par les juridictions françaises, la Cour poursuit en notant que le droit à être défendu « occupe une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable » et « figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » (point 38). Elle conclut en considérant que « le recours à la clause de l'ordre public doit être considéré comme étant possible dans les cas exceptionnels où les garanties inscrites dans la législation de l'Etat d'origine et dans la convention elle-même n'ont pas suffi à protéger le défendeur d'une violation manifeste de son droit de se défendre devant le juge d'origine, tel que reconnu par la CEDH » (point 44). Il n'est pas certain que pareille

peines privatives de liberté prononcées – en violation alléguée des droits de la défense – par des juridictions non tenues de respecter la convention – il s’agissait en l’espèce du Tribunal des Corts établi dans la principauté d’Andorre, qui avait condamné les deux requérants qui avaient choisi de purger leurs peines dans les prisons françaises –, la Cour européenne des droits de l’homme avait certes énoncé le principe suivant lequel ²⁴.

«La convention n’obligeant pas les Parties contractantes à imposer ses règles aux Etats ou territoires tiers, il n’incombait pas à la France de rechercher si la procédure qui déboucha sur cette condamnation remplissait chacune des conditions de l’article 6. Exiger un tel contrôle de la manière dont une juridiction non liée par la convention applique les principes se dégageant de ce texte contrecarrerait aussi la tendance actuelle au renforcement de l’entraide internationale dans le domaine judiciaire, tendance normalement favorable aux intéressés. *Les Etats contractants doivent toutefois se garder d’apporter leur concours s’il apparaît que la condamnation résulte d’un déni de justice flagrant*».

Il est néanmoins significatif que l’obligation imposée à la France de ne pas se rendre complice d’un «déni de justice flagrant» devant les juridictions étrangères, n’avait pu être fondée que par le détour de l’article 5 § 1^{er} de la convention, qui concerne la privation de liberté, et n’avait pas été déduite directement de l’article 6 de la convention, aucun des deux Etats défendeurs en l’espèce (la France et l’Espagne) ne pouvant en effet selon la Cour se voir imputer la responsabilité de violations reprochées aux autorités de la principauté d’Andorre : la Cour ne parut pas vouloir déduire cette imputabilité de la simple circonstance que les peines privatives de liberté de plus de trois mois étaient exécutoires, selon le choix de l’intéressé, soit en France, soit en Espagne. L’arrêt *Pellegrini* du 20 juillet 2001, en ce sens, peut être vu comme consacrant plus nettement la responsabilité au regard de la convention d’un Etat qui collabore à l’exécution d’une décision de justice rendue par la juridiction d’un Etat étranger, et dès lors se fait le complice de toute violation commise par cette juridiction, soit en raison de la procédure à travers laquelle elle a rendu sa décision, soit en raison du contenu de la solution à laquelle elle a abouti ²⁵.

On pourrait encore vouloir accentuer le contraste qui existe entre l’arrêt *Pellegrini c. Italie* et l’arrêt *Droz et Janousek c. France et Espagne* rendu près de dix années plus tôt. Ce dernier arrêt paraissait exiger des Etats parties à la convention qu’ils refusent de collaborer à l’exécution d’une décision de justice rendue par les juridictions

inclusion des droits fondamentaux parmi les principes dont la violation peut justifier le refus d’un Etat membre de l’Union de reconnaître ou d’exécuter une décision étrangère en matière civile ou commerciale, au nom de la clause d’ordre public, s’impose en vertu de la convention européenne des droits de l’homme elle-même, du moins si l’on effectue une lecture *a contrario* de l’arrêt *Pellegrini c. Italie* rendu par la Cour européenne des droits de l’homme le 20 juillet 2001. Il est vrai que pareille lecture ne s’impose pas nécessairement, et pourrait même paraître à certains assez téméraire.

²⁴ Cour eur. DH, arrêt *Droz et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, Série A n° 240, § 110 (notre accent).

d'un Etat non partie en cas de « déni de justice flagrant ». L'arrêt *Pellegrini* ne fait plus allusion à cette idée d'un « ordre public » au sein de la convention, puisqu'il renvoie quant à lui aux « garanties de l'article 6 » – des garanties dont il appartient aux juridictions italiennes, dans le cadre d'une procédure d'*exequatur*, de vérifier qu'elles aient bien été respectées, sans qu'il faille distinguer entre les violations graves et d'autres qui seraient vénielles. Pourtant il serait sans doute prématuré d'en tirer la conclusion que, sur ce point aussi, l'enseignement de *Drozd et Janousek* serait dépassé. Postérieurement à l'arrêt *Pellegrini*, une chambre de la Cour européenne des droits de l'homme – constituée, il est vrai, au sein d'une autre section de celle-ci – a de nouveau pris appui sur le critère fixé dans l'affaire *Drozd et Janousek*, en considérant que l'extradition d'une personne vers les Etats-Unis ne serait susceptible d'engager la responsabilité de la France, Etat requis, au regard de la convention européenne des droits de l'homme ²⁶, que si le déni de justice redouté par le requérant était « flagrant ». Le requérant Samuel Einhorn craignait de devoir subir en Pennsylvanie la peine de réclusion criminelle à perpétuité sur laquelle une procédure pénale par contumace avait débouché huit ans plus tôt sans pouvoir purger la contumace et obtenir un nouveau procès, et ce malgré l'adoption d'une loi spécialement destinée à rendre possible l'effacement du procès antérieur et la tenue d'un nouveau procès. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle ²⁷

²⁵ Cette thèse se laisse bien distinguer de celle adoptée par la majorité de la Cour dans l'arrêt *Drozd et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992. Elle était d'ailleurs déjà défendue par le juge Matscher, dans l'opinion concordante qu'il a émise à la suite de cet arrêt : le juge Matscher estimait que « la responsabilité d'un Etat contractant peut être engagée du fait qu'il prête la main à l'exécution d'un jugement étranger – provenant d'un Etat contractant ou tiers – qui avait été obtenu dans des conditions qui constituent une violation de l'article 6, que ce soit un jugement en matière civile ou en matière pénale et, dans ce dernier cas, qu'il comporte une peine pécuniaire ou une peine privative de liberté ».

²⁶ Il peut être utile de souligner, afin d'éviter sur ce point tout malentendu, que la violation de l'article 6 de la convention par un Etat acceptant d'extrader vers un autre Etat un individu se trouvant sous sa juridiction ne saurait résulter que des risques de violation de l'article 6 de la convention par l'Etat requérant à la suite de l'extradition : la responsabilité de l'Etat requis pourrait se trouver engagée, en effet, s'il remet une personne à un autre Etat alors que cette personne court un risque réel et sérieux de subir dans ce second Etat une violation des droits que la convention européenne des droits de l'homme lui reconnaît. Par contre, la décision de faire droit à la demande d'extradition – ou, *mutatis mutandis*, de remise – adressée par un Etat requérant ne revient pas à trancher une accusation portée en matière pénale, et n'implique donc pas l'applicabilité à la procédure d'extradition même de l'article 6 de la convention : la Commission européenne des droits de l'homme a rappelé à cet égard que « les termes « bien-fondé de toute accusation en matière pénale » concernent la procédure d'examen de la culpabilité ou de l'innocence d'un individu contre qui une telle accusation est élevée, et ne se réfèrent pas à la procédure par laquelle les autorités judiciaires d'un Etat se prononcent sur l'extradition éventuelle de cet individu à un autre pays (n° 10227/82, déc. 15.12.83, DR 37 p. 93 ; n° 10479/83, déc. 12.3.84, DR 37 p. 158) » (Commiss. eur. DH, déc. du 8 février 1990, *G. Farmakopoulos c. Belgique*, req. n° 11683/85 ; Commiss. eur. DH, déc. du 8 janvier 1993, *P. Debuine c. Belgique*, req. n° 18059/91).

«qu'il n'est pas exclu qu'une décision d'extradition puisse exceptionnellement soulever un problème sur le terrain de l'article 6 de la convention au cas où le fugitif aurait subi ou risquerait de subir un déni de justice flagrant dans l'Etat requérant (voir, l'arrêt *Soering* précité, p. 45, § 113 ; voir aussi, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Drozdz et Janousek c. France et Espagne* du 26 juin 1992, série A n° 240, p. 34, § 110). (...) L'extradition du requérant vers les Etats-Unis serait donc susceptible de soulever un problème sous l'angle de l'article 6 de la convention s'il existait des motifs sérieux et avérés de croire qu'il ne pourrait obtenir la purge de la contumace dans cet Etat et qu'il y serait détenu en exécution de la peine prononcée en son absence».

La Cour paraît estimer ainsi que le critère du « déni de justice flagrant » continue de s'imposer, s'agissant d'identifier les limites que la convention européenne des droits de l'homme pose à la coopération judiciaire avec des Etats non parties à la convention : au moment d'examiner la demande d'extradition présentée par les Etats-Unis, la France n'aurait pas à s'assurer que l'ensemble des garanties de l'article 6 de la convention seraient intégralement respectées, comme elles le seraient si l'Etat requérant était lié par la convention ; elle pourrait se contenter d'une vérification plus sommaire, portant sur l'existence ou non de « motifs sérieux et avérés de croire » que la purge de la contumace ne pourra être obtenue ou que la personne extradée sera victime d'un déni de justice « flagrant »²⁷. La décision n'est cependant pas d'une interprétation aisée. Dans l'affaire *Einhorn*, c'est le degré d'incertitude quant au sort de S. Einhorn une fois retourné aux Etats-Unis qui créait le problème : quelle solidité les assurances présentées par l'Etat requérant l'extradition doivent-elles présenter pour que l'Etat requis, en procédant à l'extradition, respecte ses obligations conventionnelles ? C'est afin de pallier cette incertitude que la Cour choisit de faire appel au critère – le « déni de justice flagrant » – d'abord inauguré par l'arrêt du

²⁷ Cour eur. DH (3^e section), *S. Einhorn c. France* (req. n° 71555/01), décision du 16 octobre 2001, § 32-33.

²⁸ Voy. Cour eur. DH (3^e section), *S. Einhorn c. France* (req. n° 71555/01), § 33, dans lequel la Cour note que « si (...) des questions sérieuses se posent quant à la conformité de la loi du 27 janvier 1998 à la Constitution de Pennsylvanie [cette loi, adoptée afin de permettre l'extradition de M. Einhorn, prévoyait la possibilité de purger la contumace, et donc d'organiser un nouveau procès après la première condamnation d'un accusé défaillant ; sa compatibilité avec le principe de la séparation des pouvoirs figurant dans la constitution de l'Etat de Pennsylvanie était controversée, si bien que subsistait un doute quant à la possibilité que l'intéressé aurait d'en bénéficier], à défaut d'un constat émanant des juridictions pennsylvaniennes compétentes, ils ne démontrent pas l'inconstitutionnalité de ladite loi. On ne peut, sans entrer au fond du débat sur la constitutionnalité de cette loi, en déduire l'existence de « motifs sérieux et avérés de croire » que le requérant ne pourra obtenir la purge de la contumace en Pennsylvanie ou que le déni de justice qu'il redoute est « flagrant ». Or, à l'évidence, il n'appartenait pas à l'Etat défendeur de trancher une telle question avant d'autoriser l'extradition et il ne peut être soutenu qu'une obligation de cette nature découlait de ses obligations conventionnelles. Dans de telles circonstances, il doit être considéré que l'Etat défendeur a rempli ses obligations au regard de l'article 6 dès lors qu'il a pu, en toute bonne foi, déduire des engagements des autorités américaines compétentes que le requérant ne sera pas amené à purger en Pennsylvanie la peine prononcée en son absence ».

16 juin 1992. Or, par définition, cette incertitude n'existe pas lorsque, comme dans les affaires *Pellegrini* ou – précisément – *Drozd et Janousek*, c'est en aval de la décision de justice étrangère qu'interviennent les autorités de l'Etat partie à la convention, pour contribuer à son exécution.

6. Tentative de synthèse

Faut-il en déduire, pour autant, que si l'Etat partie à la convention qui intervient pour exécuter, *en aval*, la décision de justice rendue par la juridiction d'un Etat non partie doit vérifier le respect de l'intégralité des garanties que recouvre l'article 6 de la convention (*Pellegrini*), seul ferait obstacle à l'intervention d'un Etat partie à la convention *en amont* d'un Etat non partie le risque de « déni de justice flagrant » (*Einhorn*)? Cette lecture ne paraît guère défendable. D'abord, elle ne correspond pas à la lettre de la décision *Einhorn* elle-même, qui paraît plutôt vouloir exclure l'extradition *soit* lorsqu'il existe un « risque sérieux et avéré » d'atteinte aux droits de l'article 6 de la convention, *soit* lorsqu'il existe un risque de « déni de justice flagrant » – cette bifurcation pouvant cependant s'expliquer, il est vrai, par référence aux craintes spécifiques émises par le requérant dans cette affaire. Mais cette lecture conduit également à une utilisation assez paradoxale de l'arrêt *Drozd et Janousek*, puisque le critère du « déni de justice flagrant », invoqué dans cet arrêt pour définir les situations où les autorités françaises devraient refuser de coopérer à l'exécution des décisions rendues par les juridictions andorranes, ne serait plus à présent valable que pour la situation inverse, où un Etat intervient *en amont* d'un autre Etat dont on craint qu'il viole les droits de la personne qui lui est remise. Enfin – surtout –, la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme a été jusqu'à présent pour le moins inconstante sur le sujet, au point qu'il paraît délicat de vouloir en déduire une théorie générale. Ainsi, si une chambre constituée au sein de la troisième section de la Cour fait référence au critère du « déni de justice flagrant » dans l'affaire *Einhorn* où il s'agissait d'évaluer la responsabilité de la France pour une extradition à la demande des Etats-Unis, une chambre constituée au sein de la quatrième section a jugé qu'« à titre exceptionnel, une décision d'extradition peut soulever une question sous l'angle de l'article 6 de la convention lorsque le requérant *risque à l'évidence* de se voir refuser un procès équitable » – sans que la notion de « déni de justice flagrant » intervienne d'aucune façon ²⁹.

Face à cette diversité de situations, l'on peut être tenté d'identifier les critères auxquels fait appel la Cour européenne des droits de l'homme en répartissant selon deux axes les occasions où elle a pu se prononcer.

Intervention de l'Etat <i>en aval</i> (par la mise à exécution d'une	Intervention de l'Etat <i>en amont</i> (par la remise, l'extradition, le
---	---

²⁹ Cour eur. DH (4^e section), déc. *Naletilic c. Croatie* (req. n° 51891/99) du 4 mai 2000. En l'espèce, le requérant, accusé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de crimes contre l'humanité, infractions graves aux conventions de Genève et violations des lois ou coutumes de la guerre, craignait d'être remis à cette juridiction internationale, et alléguait

	décision de justice rendue à l'étranger)	refoulement, ou le renvoi)
Etat tiers	<i>Situation A</i> <i>Drozd et Janousek</i> <i>Pellegrini</i>	<i>Situation B</i> <i>Einhorn</i>
Etat partie à la convention	<i>Situation C</i> <i>Pellegrini a contrario</i>	<i>Situation D</i> <i>T.I. c. Royaume-Uni</i> <i>Iruretagoyena c. France</i>

Cette classification n'est cependant que d'un faible secours, à défaut que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme adopte, dans chacune de ces situations, une approche parfaitement cohérente. L'arrêt *Drozd et Janousek* évoque l'obligation de la France de refuser de collaborer à l'exécution de la décision de justice adoptée par les juridictions d'un Etat non partie à la convention lorsque cette décision résulte d'un déni de justice «flagrant»; cette restriction n'apparaît plus dans *Pellegrini*. Par contre, citant *Drozd*, la décision adoptée dans l'affaire *Einhorn* évoque bien le cas de «déni de justice flagrant». Pourtant comment ne pas voir que les deux situations diffèrent fondamentalement l'une de l'autre? A la différence de l'affaire *Drozd*, l'affaire *Einhorn* ne concernait pas la mise à exécution d'une décision de justice, mais l'extradition d'une personne vers un Etat tiers. Dans la première affaire, il s'agissait donc de savoir si un Etat peut collaborer à l'exécution d'une décision de justice dont les procédures d'adoption comme le résultat sur lequel elle a débouché sont connus ou peuvent faire l'objet d'une vérification; il s'agit en revanche, dans le cas d'une demande d'extradition comme celle présentée à la France dans l'affaire *Einhorn*, d'examiner quel risque l'Etat peut raisonnablement prendre, alors que la situation qu'il affronte se caractérise au contraire par l'incertitude quant aux conséquences qui peuvent résulter de la remise d'une personne aux autorités d'un autre Etat. Il semble donc justifiable que l'on soit plus exigeant vis-à-vis de l'Etat partie qui collabore, *en aval*, à l'exécution d'une décision de justice étrangère, que vis-à-vis de l'Etat partie dont l'intervention se situe *en amont*, avant que cette décision intervienne : si l'on ne peut exiger dans ce second cas de figure que le risque de violation soit nul – comment le serait-il tout à fait? –, il semble en revanche au moins possible dans le premier cas de demander de l'Etat partie qu'il subordonne sa collaboration à la vérification du respect effectif de l'intégralité des droits que la convention reconnaît. Là où il s'agit d'évaluer la responsabilité de l'Etat partie qui expose une personne se trouvant sous sa juridiction à un risque de violation de ses droits en décidant de la remettre à un autre Etat, il semble défendable aussi d'établir

que celui-ci n'était pas un «tribunal indépendant et impartial établi par la loi», au sens de l'article 6 § 1 de la convention. La Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête pour défaut manifeste de fondement, estimant que «contrairement à ce que le requérant a l'air de penser, il ne s'agit nullement d'extradition; l'intéressé a été livré à un tribunal international qui présente toutes les garanties nécessaires, y compris celles d'impartialité et d'indépendance, comme le montre la teneur de son statut et de son règlement de procédure».

un rapport de vases communicants entre le *caractère avéré et sérieux du risque couru* et la *gravité de la violation* que l'individu redoute de subir : plus la violation présentera un caractère « flagrant » ou concernera un droit d'importance « fondamentale » au sein de la convention – l'on sait la position qu'occupent à cet égard le droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture ni d'être soumis à des peines ou traitements inhumains ou dégradants –, et plus l'on devra admettre que, même si le risque qu'il prend en acceptant de remettre un individu à un autre Etat est minime, au sens où sont faibles les chances que la violation redoutée ait effectivement lieu, un Etat partie peut néanmoins engager sa responsabilité internationale, en raison de la gravité des conséquences potentielles.

Cette première considération vient appuyer l'idée d'une exigence renforcée vis-à-vis de l'Etat partie à la convention qui reconnaît certains effets à la décision de justice rendue à l'étranger, et intervient donc en aval. Mais une autre considération peut venir la contrebalancer. Dans la situation où il s'agit de faire produire un effet à la décision de justice rendue au sein d'un autre Etat, le droit pour l'individu d'obtenir l'exécution de la décision de justice rendue à son égard – qui fait partie du droit d'accès à un tribunal que garantit l'article 6 § 1^{er} de la convention³⁰ – peut justifier que l'Etat à qui cette reconnaissance est demandée se borne à un contrôle purement marginal. Une même préoccupation n'existe pas dans tous les cas s'agissant de la situation où un Etat intervient, non pas en aval, mais en amont d'un autre Etat. Ne devrait-on pas, dès lors, exiger dans cette seconde situation un contrôle renforcé de la part de l'Etat sur le respect des droits de l'homme par l'Etat auquel il s'apprête à remettre une personne ?

³⁰ Voy. Cour eur. DH, arrêt *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997, *Rec.*, 1997, p. II-540, § 40 (le droit à un tribunal « serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie »). Bien que son enjeu se situe sur le plan du droit au respect de la vie familiale de l'article 8 de la convention plutôt que sur celui du droit d'accès à un tribunal de l'article 6 § 1^{er}, l'affaire *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* illustre les potentialités de cette jurisprudence du point de vue du droit à obtenir l'exécution des décisions de justice obtenues à l'étranger. L'argumentation du gouvernement roumain dans l'affaire *Ignaccolo-Zenide*, qu'il présente devant la Commission européenne des droits de l'homme, visait à distinguer l'étendue des obligations positives qu'impose l'article 8 de la convention, selon qu'il s'agit de garantir la réunion d'une famille dans une situation interne ou selon qu'il s'agit d'exécuter une décision de justice étrangère – à la suite des tribunaux californiens, les juridictions roumaines avaient accordé l'*exequatur* à une décision de justice française concernant le droit de garde de la requérante – : tout en admettant que l'article 8 de la convention impose aux Etats une obligation positive pour assurer le droit au respect de la vie familiale, le gouvernement roumain estimait que, compte tenu « des efforts raisonnables des autorités pour assurer l'exécution des décisions judiciaires étrangères », cette disposition n'avait pas été violée (Commiss. eur. DH, décision du 3 juillet 1997, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* (req. n° 31679/96)). Pas plus que la Commission, la Cour européenne des droits de l'homme n'accordera un poids quelconque à cette distinction (Cour eur. DH, arrêt *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie* (req. n° 31679/96) du 25 janvier 2000, § 93-96). Voy. également la décision de recevabilité du 27 septembre 2001 rendue dans l'affaire *Maire c. Portugal* (requête n° 48206/99) (exécution insuffisante par les

Il n'est pas davantage aisé de justifier de manière absolue l'utilisation de critères différenciés selon que l'Etat avec lequel une coopération judiciaire se noue est ou non un Etat partie à la convention. D'un côté – et c'est le sens de la position de retrait que la Cour européenne des droits de l'homme adopte dans l'affaire *Drozdz et Janousek* comme d'ailleurs, trois ans plus tôt, dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*³¹ –, lorsque des liens de coopération sont noués avec un Etat tiers, il pourrait paraître indû d'aboutir à imposer à celui-ci le respect des normes de la convention qui lui sont étrangères, sous la menace de dénier à la décision rendue par son juge qui violerait la convention la reconnaissance à laquelle cette décision prétend. Cela ne doit pas faire obstacle à ce qu'un Etat partie à la convention refuse de coopérer avec un Etat tiers dans une situation où il se rendrait complice d'une violation flagrante de la convention, assimilable sans doute, dans la plupart des cas, à la violation d'une norme impérative du droit international public³². C'est le sens, sans doute, que l'on peut reconnaître à l'expression de « déni de justice flagrant » – ou du moins, ce serait là une manière d'objectiver la notion. D'un autre côté cependant, lorsque la coopération se noue avec un Etat partie à la convention, il y a un autre motif de n'exercer sur le respect de la convention par cet Etat qu'un contrôle relativement marginal : c'est justement qu'en raison de ce qu'il est lié par la convention européenne des droits de l'homme, une présomption favorable au respect de ses normes par cet Etat peut se justifier. C'est la lecture qu'il est permis de faire, avons-nous vu, des décisions auxquelles aboutissent les organes de contrôle de la convention européenne des droits de l'homme dans les affaires *T.I. c. Royaume-Uni* et *Iruretagoyena c. France*.

Ce que révèle l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne à propos de l'obligation qu'assument les Etats parties à la convention par rapport à celle-ci lorsqu'ils nouent des formes de coopération judiciaire avec d'autres Etats, c'est qu'on se situe, à cette étape du développement de la convention européenne des droits de l'homme, à un niveau intermédiaire entre l'empirisme le plus pur et la construction d'une théorie achevée. En reprenant les quatre situations délimitées il y a un instant, l'on peut résumer ainsi les arguments qui plaident en faveur d'un contrôle, tantôt renforcé, tantôt plus marginal, sur les actes par lesquels un Etat accepte de coopérer avec un autre Etat.

autorités portugaises d'une décision de justice française concernant le droit de garde de l'enfant d'un couple divorcé)).

³¹ Cour eur. DH, arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A n° 161.

³² Sur ce concept, voy. l'article 53 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, ainsi que RAGGAZI, M., *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1997 ; et SEIDERMAN, I.D., *Hierarchy in International Law. The Human Rights Dimension*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Hart-Intersentia, 2001. Pour une identification des droits fondamentaux dont le respect s'impose au titre du *jus cogens* – au-delà de la formule, connue mais excessivement vague, de l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain)*, (1970) ICJ Rep. 3, p. 32 –, voy. CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 2002, p. 246.

	En faveur d'un contrôle <i>renforcé</i> , s'étendant à l'ensemble des garanties de la convention	En faveur d'un contrôle <i>atténué</i> , limité au « noyau dur » de la convention
<i>Situation A</i> (Etat partie intervient en aval d'un Etat tiers) <i>Janousek</i>)	Absence de garanties quant au respect des droits fondamentaux par l'Etat tiers (<i>Pellegrini</i>)	Refus d'imposer à un Etat tiers les normes de la convention, sauf en cas de violation flagrante (<i>jus cogens</i>) (<i>Drozd et Janousek</i>) Nécessité, dans certains cas, de reconnaître le droit à l'exécution des décisions de justice
<i>Situation B</i> (Etat partie intervient en amont d'un Etat tiers)	Même argument que ci-dessus	Refus d'imposer à un Etat tiers les normes de la convention, sauf en cas de risque de violation flagrante (<i>jus cogens</i>) (<i>Einhorn</i>)
<i>Situation C</i> (Etat partie intervient en aval d'un autre Etat partie)	L'Etat qui doit faire produire un effet à la décision adoptée par le juge d'un autre Etat ne saurait collaborer à la violation par cet autre Etat des obligations que la convention lui impose	Présomption favorable au respect de la convention par l'Etat dont émane la décision dont la reconnaissance est sollicitée Nécessité, dans certains cas, de reconnaître le droit à l'exécution des décisions de justice
<i>Situation D</i> (Etat partie intervient en amont d'un autre Etat partie)	L'Etat vers lequel une personne est remise est lié par la convention ; il n'est donc pas illégitime de lui en imposer le respect en refusant la coopération lorsque le risque de violation existe	Présomption favorable au respect de la convention par l'Etat vers lequel une personne est remise <i>(T.I., Iruretagoyena)</i>

Ces arguments, qui penchent en des sens très divers, donnent naissance à tout un jeu de présomptions, au poids chaque fois variable, et qui par leur nature même paraissent décourager toute tentative de systématisation selon les classifications binaires auxquelles nous sommes généralement habitués – et sur lesquelles, du reste, l'on vient de prendre appui. Aucune des présomptions que nous avons énoncées ne paraît devoir se voir reconnaître un caractère absolu. Dans leur caractère réfragable se laisse identifier, au contraire, le principe qui a constitué notre point de départ : ayant assumé individuellement un engagement dans l'ordre juridique international en adhérant à la convention européenne des droits de l'homme, les Etats parties à cet instrument ne peuvent à quelques-uns construire entre eux un espace judiciaire commun au nom des exigences duquel ils prétendraient ensuite pouvoir mettre entre parenthèses cet engagement, sur la base de la « confiance mutuelle » qu'ils s'accordent. Cela ne signifie pas naturellement que la convention européenne des droits de l'homme ferait obstacle à la coopération judiciaire pénale entre Etats de

l'Union européenne, dont personne ne nie au contraire l'apport qu'elle peut constituer à la protection des droits de l'homme en Europe. De ne valoir que jusqu'à preuve du contraire n'a jamais empêché une présomption de fonctionner. C'est plutôt dès l'instant où la présomption se fait irréfragable, que l'on pénètre un domaine truffé de pièges : celui de la fiction juridique.

La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures

Jean Paul JACQUÉ ¹

1. Introduction

La question de la base juridique est l'un des grands classiques du droit communautaire. Le terme fait partie du «jargon» qui s'est développé au sein des institutions. Il fait référence à l'exigence de l'existence d'une disposition spécifique du traité pour que l'Union ou la Communauté puisse agir. Cette exigence découle du fait que le transfert de compétences à une organisation internationale constituant une exception au principe de la souveraineté de l'Etat, il ne saurait être présumé et doit découler d'une disposition expresse des traités. C'est également ce qu'il convient de conclure de l'article 5, par. 1, CE qui indique que la Communauté ne dispose que de compétences d'attribution. Toute action doit donc pouvoir être rattachée à une disposition des traités, c'est-à-dire trouver dans ceux-ci une base juridique.

La fonction de la base juridique est double. D'une part, elle permet d'établir l'existence d'une compétence communautaire pour agir dans le domaine concerné. D'autre part, elle a pour effet de déterminer la procédure à suivre pour adopter l'acte. En effet, dans la mesure où il n'existe pas de procédure législative unique, mais des procédures diverses comportant des exigences de majorité différentes, il appartient à l'article du traité qui donne compétence de contenir, ou de renvoyer à, des dispositions procédurales. Enfin, la base juridique adéquate doit être visée dans l'acte afin de permettre un contrôle juridictionnel en cas de contestation.

La question de la détermination de la base juridique adéquate a donné lieu à une abondante jurisprudence ². Compte tenu des enjeux institutionnels, en termes de pouvoirs réciproques du Parlement et du Conseil, du choix d'une base juridique, cette situation n'est pas surprenante. La jurisprudence de la Cour est claire. Le choix d'une

¹ Les vues exprimées dans ce texte sont propres à l'auteur et ne sauraient en aucun cas engager l'institution à laquelle il appartient.

² Voir notamment parmi d'autres affaires, CJCE, arrêt du 11 juin 1991, aff. 30/89, *Commission c. Conseil, Rec.*, p. I-2818 et arrêt du 26 avril 1996, aff. C-271/94, *Parlement c. Conseil, Rec.*, p. I-1689.

base juridique doit résulter de critères objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel tels que l'objet et le contenu de l'acte. Il est effectué au cas par cas et les avantages que peuvent présenter pour une institution le choix de telle ou telle base ne doivent pas entrer en ligne de compte.

S'il n'existe pas de base juridique, la situation est simple puisque la décision envisagée ne peut être adoptée, faute de compétence. L'analyse est plus difficile lorsque plusieurs bases juridiques sont envisageables. Dans ce cas, deux situations sont concevables. Si un examen attentif du but de l'objet et du contenu de l'acte permet d'établir la possibilité de le rattacher de manière prépondérante à une base juridique déterminée, cette base doit être choisie, les aspects qui relèvent d'une autre base devant être considérés comme accessoires³. Si, par contre, on ne peut faire prévaloir un objectif par rapport à un autre, la pluralité de bases juridiques est possible. Une difficulté peut naître lorsque les procédures imposées par ces bases sont différentes. Face à ce problème, la Cour semblait avoir choisi en faveur de la base juridique impliquant la procédure la plus favorable au Parlement⁴. Mais il est douteux qu'elle confirmerait une telle solution qui est restée isolée.

Les spécificités du secteur JAI rendent la problématique des bases juridiques encore plus sensible. En effet, si l'on prend en compte ce qui constituait le titre VI du TUE au moment de Maastricht et que l'on inclut par conséquent le titre IV du TCE consacré à l'asile et à l'immigration qui a été communautarisé à Amsterdam, les difficultés sont doubles. Tout d'abord, il faut savoir si une mesure projetée relève du TCE ou du TUE et ensuite, dans l'hypothèse où elle entre dans les compétences communautaires, si elle relève ou non du titre IV, l'enjeu étant important dans ce cas puisque ce titre fait l'objet d'un *opting out* de trois Etats membres. Il n'est donc pas surprenant que les controverses sur la base juridique constituent un des éléments inévitables de toute discussion dans le cadre de la JAI entendue au sens large (c'est-à-dire y inclus le titre IV du TCE)

2. La question des relations entre le TUE et le TCE

Afin de trouver la base juridique adéquate pour un acte, il est nécessaire de décider si la compétence pour agir a été attribuée par les traités à l'Union dans le cadre du titre VI ou à la Communauté européenne. L'article 47 du TUE constitue à cet égard un guide précieux. Il prévoit qu'aucune disposition du TUE n'affecte les traités instituant les Communautés européennes. En outre, l'article 46 relatif à la compétence de la Cour de justice inclut l'article 47 dans les dispositions dont le respect est garanti par la Cour. Ces dispositions ont été invoquées pour la première fois devant la Cour dans une affaire relative à la reconsultation du Parlement dans le cadre de l'adoption du règlement du 25 septembre 1995 déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa⁵. Dans cette affaire, le Conseil estimait que l'étendue de

³ CJCE, avis 2/00 du 6 décembre 2001, *Rec.*, 2001, p. I-9731.

⁴ CJCE, arrêt du 11 juin 1991, aff. C-300/89, *Commission c. Conseil*, *Rec.*, p. I-2895 ; pour une solution différente, voy. CJCE, arrêt du 17 mars 1993, aff. C-155/91, *Rec.*, p. I-1964.

⁵ CJCE, arrêt du 10 juin 1997, *Parlement c. Conseil*, aff. C-392/95, *Rec.*, p. I-3213.

la compétence dont disposait le Conseil dans le cadre du TCE devait être interprétée par référence aux dispositions du titre VI du TUE. L'avocat général Fennely s'est opposé à une telle démarche. Il estimait que la Cour n'étant pas compétente à l'égard du TUE, elle ne saurait interpréter celui-ci. Par contre, conformément à l'article 47, elle devait donner leur plein effet aux dispositions du TCE ⁶. La Cour ne s'est pas prononcée sur ce point, mais a suivi dans la pratique la démarche préconisée par son avocat général.

C'est dans l'affaire relative au visa de transit aéroportuaire que la doctrine de la Cour a été exposée de manière plus précise ⁷. En l'espèce, il s'agissait d'un acte adopté sur la base du titre VI, mais dont la Commission estimait qu'il aurait dû être adopté sur la base du TCE. Dans cette affaire, la Cour admet la recevabilité du recours bien que l'acte ait été adopté sur la base du titre VI. En effet, conformément à l'article 46, il lui appartient de veiller à ce que ne soient pas adoptés sur la base du titre VI des actes qui auraient dû l'être sur la base du TCE. Ensuite, elle examine si le TCE fournit une base juridique appropriée. Ce n'est que dans la négative qu'elle rejette la demande en annulation.

On peut tirer de cette jurisprudence deux conclusions, l'une de fond, l'autre procédurale. Tout d'abord, avant tout recours au titre VI, il convient d'examiner le TCE afin de vérifier s'il ne contient pas une base juridique appropriée. Dans le cadre de cet examen, il n'y a pas lieu de tenir compte des dispositions du TUE. On peut se demander si cette jurisprudence qui date d'une époque à laquelle la Cour ne disposait d'aucune compétence pour interpréter le titre VI est encore valable aujourd'hui alors que la compétence de la Cour a été élargie au titre VI. On peut répondre positivement, car la *ratio decidendi* de la Cour est l'article 47 du TUE lequel impose que priorité soit donnée aux dispositions du TCE. Ensuite, sur un plan procédural, la Cour est compétente pour traiter des questions de conflits de bases juridiques entre les deux traités. C'est sur la base de cette méthodologie qu'il est possible d'aborder quelques hypothèses concrètes de conflit.

3. Les conflits internes au TCE entre le titre IV et les autres titres de ce traité

La principale difficulté qui résulte du conflit entre des bases juridiques fondées sur le titre IV (asile et immigration) du TCE et d'autres bases du même traité réside dans le statut particulier de ce titre. En effet, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark ne sont pas soumis aux dispositions adoptées sur la base du titre IV. Si les deux premiers bénéficient d'un *opting in* et peuvent décider de participer à la législation ainsi adoptée, il n'en va pas de même du Danemark qui ne peut en aucun cas participer sauf s'il s'agit d'un acte adopté sur la base de l'acquis de Schengen. Et encore dans ce dernier cas, il n'est pas lié au sens du droit communautaire, mais la législation s'impose à lui au titre du droit international public. On mesure la difficulté qu'il y aurait à adopter un acte fondé sur deux bases juridiques dont l'une relèverait du

⁶ « En résumé, nous estimons que la Cour doit interpréter l'article 100 C sans tenir compte du contenu du titre VI et en gardant présent à l'esprit que le contenu de ce titre ne peut affecter l'article 100 C lui-même... », voy. les conclusions, *Rec.*, p. I-3229.

⁷ CJCE, arrêt du 12 mai 1998, aff. C-170/96, *Rec.*, *Commission c. Conseil*, p. I-2763.

titre IV. La nature des dispositions de l'acte et leur champ d'application varieraient en fonction de leur destinataire. Outre les difficultés d'application, l'uniformité du droit communautaire serait atteinte.

Cette situation s'est présentée à trois reprises. Le premier est relatif à la proposition de normes minimales pour les demandeurs d'asile. L'article 12 de la proposition concerne l'accès au système éducatif. Or, cette question relève des articles 149 et 150 du TCE sur l'éducation et la formation professionnelle lesquelles ne permettent pas d'ailleurs l'adoption de mesures d'harmonisation. Cependant, en l'espèce, il est possible de considérer que l'article 12 est simplement accessoire et qu'il n'est pas détachable du reste de la proposition, ce qui implique que le titre IV puisse être utilisé pour l'ensemble de celle-ci.

Il n'en ira pas de même lors de la révision du règlement 1408/71 sur la sécurité sociale. Ce texte repose sur l'article 51 du TCE qui précise que les mesures prises sur cette base ont pour objet de faciliter la libre circulation des travailleurs. Or la proposition de révision présentée par la Commission prévoyait l'extension du champ d'application du règlement aux travailleurs des pays tiers. Cette partie de la proposition a donné lieu à d'intenses discussions. La base juridique offerte par l'article 51 était-elle suffisante pour fonder une telle extension ?

Si le règlement 1408 couvrait depuis l'origine la situation des réfugiés et apatrides, l'article 63, paragraphe 4 du titre IV du TCE, confère compétence à la Communauté pour adopter des mesures « définissant les droits des ressortissants des pays tiers en situation régulière de séjour dans un Etat membre de séjourner dans les autres Etats membres et les conditions dans lesquelles ils peuvent le faire ». La question était donc de savoir si l'extension du règlement 1408 aux ressortissants de pays tiers devait se faire sur la base de l'article 51 ou de l'article 63, paragraphe 4, avec la conséquence que le choix de l'article 63, paragraphe 4, aboutissait à un règlement dont la portée et la procédure d'adoption étaient différentes selon qu'il concernait les ressortissants des Etats membres ou ceux des pays tiers. Il est vrai que, pour la Cour de justice, comme on l'a exposé plus haut, ces considérations ne sont pas de nature à déterminer le choix de la base juridique, lequel doit reposer exclusivement sur l'objet et le contenu de l'acte.

La réflexion sur cette question a pu être approfondie sur la base d'un arrêt de la Cour de justice ⁸. Celle-ci était saisie d'une question préjudicielle sur la légalité de l'insertion des apatrides dans le champ d'application du règlement 1408. On aurait pu estimer que si la Cour de justice admettait la légalité de cette insertion, ceci aurait signifié que l'article 51 pouvait servir de base juridique pour l'extension aux ressortissants des pays tiers. Or la démarche de la Cour est bien différente. Elle accepte pour des raisons spécifiques l'extension aux réfugiés et apatrides. En effet, elle souligne qu'avant l'entrée en vigueur du traité communautaire, les Etats membres avaient contracté des engagements internationaux qui avaient pour effet de soumettre cette catégorie de personnes au même régime que celui applicable aux nationaux.

⁸ CJCE, arrêt du 11 octobre 2001, aff. jtes C-95/99 à C-98/99 et C-180/99, *Khalil et autres*, Rec. p. I-7413.

L'insertion dans le règlement 1408 était alors le seul moyen de permettre aux Etats membres de respecter leurs engagements antérieurs. A vrai dire, le raisonnement de la Cour n'est pas entièrement convaincant, car l'adoption du règlement 1408 n'impliquait aucunement de violation des engagements internationaux antérieurs et il restait loisible aux Etats membres d'assurer l'exécution de ceux-ci par la voie de mesures non communautaires. Il semble bien que la Cour n'ait pas voulu remettre en cause une situation qui datait de 1958, mais que, par contre, en soulignant le caractère exceptionnel de cette situation, elle évitait une généralisation de cette extension à tous les ressortissants des pays tiers. Ainsi, elle souligne le lien entre l'article 51 et la libre circulation des travailleurs et indique que l'article 51 ne peut couvrir des situations sans point de rattachement avec le droit communautaire. Au lendemain de l'arrêt *Khalil*, il était clair que l'extension aux ressortissants des pays tiers était impossible parce que l'article 51 ne couvrait que des situations liées à libre circulation des travailleurs.

Dans ces conditions, le recours à l'article 63, paragraphe 4, s'imposait. En présence d'une base spécifique dans le traité, il est, en effet, impossible, selon une jurisprudence constante de faire recours à l'article 308 du traité. La seule solution praticable consistait à détacher de la proposition de la Commission les dispositions relatives aux ressortissants des pays tiers pour les traiter dans un texte spécifique, ce que proposait la Commission. Le Royaume-Uni et l'Irlande participaient à l'adoption de ce texte en faisant jouer leur *opting in*. Pour le Danemark, sa participation n'étant pas possible, celui-ci envisageait d'adopter une loi nationale parallèle.

Enfin, au moment où dans le cadre du traité d'Amsterdam, il a été décidé d'insérer dans le titre IV les dispositions relatives à la coopération judiciaire en matière civile, on avait envisagé la suppression de l'article 220 du TCE (aujourd'hui 293) ou tout au moins son adaptation puisqu'il recouvre des domaines qui relèvent aujourd'hui du titre IV. Cependant, ceci n'a pas été possible ; d'où de possibles chevauchements. Cette situation n'a pas empêché de travailler au remplacement progressif des conventions fondées sur l'ex-article 220 par des textes communautaires avec comme conséquence l'exclusion danoise en raison de son *opting out*. Il ne fait pas de doute que les dispositions postérieures l'emportant sur les dispositions antérieures, l'article 293 doit être interprété à la lumière du titre IV. L'article 293 et le titre IV ne contiennent pas des bases juridiques alternatives que l'on pourrait utiliser indistinctement au gré du législateur. Le titre IV l'emporte sur l'article 293 et il serait utile que l'on procède dans le futur aux aménagements qui n'ont pu être réalisés à Amsterdam afin d'éviter toute ambiguïté.

4. Les conflits de base juridique entre le titre IV du TCE et le titre VI du TUE

L'éclatement du titre VI tel qu'il a été réalisé par le traité d'Amsterdam a entraîné une séparation entre la coopération en matière pénale qui continue à relever du titre VI du TUE et la coopération en matière civile qui est prévue par le titre IV. Dans ces conditions, la difficulté consiste à distinguer ce qui relève de la matière pénale par rapport à la matière civile. La Cour européenne des droits de l'homme a été fréquemment confrontée à cette question en ce qui concerne la définition du pénal. La méthode dégagée à Strasbourg peut être une inspiration pour Bruxelles. De la même

manière, la Cour de justice des Communautés a été appelée aux fins de l'application de la convention de Bruxelles I à se prononcer sur l'article premier de cette convention, lequel précise qu'elle s'applique « en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction ».

Il est tout d'abord important de ne pas se laisser emprisonner par les catégories nationales qui sont variables. Agir autrement reviendrait à faire évoluer la question des bases juridiques au gré des évolutions de quinze législations nationales parfois contradictoires. L'uniformité ne peut être trouvée qu'au prix d'une définition communautaire autonome de ce qui relève du droit pénal, cette définition pouvant au demeurant s'appuyer sur des principes communs aux Etats membres. En ce qui concerne la matière civile, la Cour de Luxembourg renvoie à la nature des rapports entre les parties au litige ou à l'objet de celui-ci ⁹.

Cette question s'est concrètement posée à propos de deux initiatives de décision-cadre, l'une relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel des avoirs ou des preuves et l'autre à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires. La première initiative soulevait la question de la nature civile ou pénale du gel des biens qui pourraient faire l'objet d'une restitution à leur propriétaire légitime. La difficulté est que, dans un tel cas, la controverse oppose l'autorité publique qui prend la décision et le détenteur du bien. Néanmoins, l'objet de la mesure est la restitution, c'est-à-dire le rétablissement de relations de droit civil entre propriétaire et détenteur. Faut-il dans ce contexte faire prévaloir l'intervention de la puissance publique alors qu'elle ne diffère pas dans son rôle d'une intervention dans une procédure civile afin de procéder à une saisie aux fins de restitution au propriétaire légitime ?

Dans la seconde initiative, est soulevée la question de la nature civile ou pénale du paiement d'une compensation à une victime d'une infraction. Divers éléments entrent en ligne de compte. La condamnation profite-t-elle individuellement à la victime, ce qui pourrait conduire à estimer qu'il s'agit d'une matière civile ? La victime participe-t-elle à la procédure et si oui, en quelle qualité ? Quels sont les critères de calcul de la compensation : gravité de l'infraction, situation du coupable ou indemnisation intégrale du préjudice subi par la victime ? etc. Dans ce cas, l'appréciation devrait varier en fonction des règles propres à chaque Etat membre tant qu'un système uniforme n'est pas établi. La base juridique pour la reconnaissance mutuelle doit-elle être tributaire à cet égard des situations nationales ? Si la compensation est octroyée à un fonds d'indemnisation et non à la victime, elle relève vraisemblablement du droit pénal ; si la condamnation à la compensation peut se substituer à une sanction, il en va de même ; par contre, si la compensation fait suite à une action introduite par la victime à l'occasion de l'action publique, le caractère civil serait établi.

Ces exemples montrent la complexité de l'analyse de situations dans lesquelles la diversité des systèmes nationaux s'ajoute à la complexité introduite par les traités.

⁹ CJCE, arrêt du 1^{er} octobre 1976, aff. 29/76, *LTU c. Eurocontrol*, *Rec.*, p. 1541.

5. Les conflits de base juridique entre le titre VI du TUE et le traité CE en matière de sanctions

Il s'agit d'une question classique qui ne date pas du traité de Maastricht, mais s'est toujours posée dans le cadre communautaire. Les actes communautaires peuvent-ils prévoir des sanctions à l'encontre de ceux qui violeraient les obligations qu'ils comportent ? Tout simplement, autrefois, le conflit était entre compétence nationale et communautaire. Actuellement il tend à se déplacer entre compétence communautaire et compétence au regard du titre VI du TUE.

La question resurgit aujourd'hui en raison de l'examen d'un projet de décision-cadre sur la protection de l'environnement par le droit pénal. La situation du droit communautaire à cet égard est simple. A de multiples reprises, la Cour a estimé que les autorités nationales devaient assurer l'exécution du droit communautaire par des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées. L'application uniforme du droit communautaire est à ce prix. De même, il n'est pas contesté que le droit communautaire puisse comporter des sanctions administratives. Les législations dans le domaine de l'agriculture et de la pêche, notamment, fournissent de nombreux exemples ¹⁰. D'ailleurs, le règlement du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers de la Communauté vise à harmoniser ces sanctions en adoptant une définition commune de l'irrégularité qui peut être sanctionnée, en posant le principe du caractère non rétroactif de la décision d'infliger une sanction, en établissant un délai de prescription de quatre ans, en dressant une liste des sanctions, en permettant la suspension de la sanction lorsqu'une procédure pénale est déclenchée ¹¹. Il s'agit donc d'un cadre général qui établit un régime commun et s'applique dès lors que des réglementations particulières établissent la possibilité de sanctions. De plus, le règlement du 7 novembre 1988 relatif à certaines mesures de contrôle en matière de pêche prévoit l'obligation d'imposer des sanctions pénales ou administratives ¹². Or ce texte, examiné à plusieurs reprises par la Cour de justice n'a jamais encouru sa censure ¹³.

Dans ces conditions, rien n'interdit au législateur communautaire d'instaurer l'obligation d'établir des sanctions pénales dès lors que celles-ci sont proportionnées.

¹⁰ Voy. CJCE, arrêt du 21 septembre 1989, aff. 68/88, *Commission c. Grèce*, *Rec.*, p. 2965 : « A cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils (les Etats membres) doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et qui, en tout état de cause, confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif ». Voy. aussi, CJCE, arrêt du 27 octobre 1992, aff. C-240/90, *Commission c. Allemagne*, *Rec.*, p. I-5383. Elle a admis, dans le même arrêt, que, lorsque le Conseil conférait à la Commission le pouvoir d'adopter des mesures d'exécution, cette dernière pouvait instituer des sanctions même si l'habilitation ne faisait aucune référence à celles-ci.

¹¹ *JOCE*, n° L 312, 23 décembre 1995, p. 1.

¹² *JOCE*, n° L 306, 11 novembre 1988, p. 2.

¹³ CJCE, arrêt du 27 mars 1990, aff. C-9/89, *Espagne c. Conseil*, *Rec.*, p. I-1383 et CJCE, arrêt du 1^{er} février 2001, aff. C-333/89, *Commission c. France*, *Rec.*, p. I-1025.

Mais la compétence communautaire se limite à la définition des obligations à respecter et à la prévision de sanctions pénales. Pour aller au-delà, et notamment pour définir le régime de sanctions, il est nécessaire de passer par une décision-cadre fondée sur le titre VI du TUE.

Le même raisonnement peut être appliqué à l'analyse de l'article 280 CE sur la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté. Cet article donne compétence à la communauté pour adopter des mesures dans le domaine de la prévention et de lutte contre la fraude. Il précise cependant que ces mesures ne concernent ni l'application du droit pénal national, ni l'administration de la justice. Rien n'interdit donc à la Communauté de définir les infractions et de prévoir l'obligation d'instaurer des sanctions pénales. Mais il ne peut aller plus loin. La définition des sanctions et des procédures dépasserait le champ des compétences communautaires.

6. Conclusion

Comme on le voit, la question de la base juridique est au cœur des débats que suscite chaque mesure prise par l'Union dans le domaine concerné et seule une analyse au cas par cas du contenu et de l'objet de l'acte est susceptible d'apporter des réponses permettant de se mettre à l'abri d'une éventuelle censure de la Cour. Il n'en demeure pas moins que la situation est d'une extrême complexité. Il n'est pas certain que les auteurs des traités qui ont voulu la structure en piliers en aient été pleinement conscients au moment de Maastricht et d'Amsterdam, mais ils en subissent aujourd'hui les conséquences. Il n'est donc pas surprenant que se fassent entendre des appels à une cohérence accrue en essayant d'apporter davantage de clarté

Relations extérieures et élargissement ¹

Gilles DE KERCHOVE ²

I. INTRODUCTION

Les aspects externes de l'espace judiciaire pénal ont connu ces dernières années un développement remarquable. Cela tient à la fois à la nature des questions traitées et au dynamisme de l'Union en matière pénale. Les menaces que représentent le terrorisme, la criminalité organisée, le trafic de drogues, le trafic des êtres humains, le blanchiment d'argent revêtent à l'évidence une dimension transnationale qui contraint les Etats à intensifier leur coopération. En outre, l'Union a conçu depuis le traité d'Amsterdam et le Conseil européen de Tampere de nouveaux mécanismes, défini de nouvelles politiques et créé de nouvelles institutions auxquels les pays tiers et les organisations internationales souhaitent être associés. Cette dimension externe s'est cependant développée de manière passablement anarchique, au gré souvent des intérêts géopolitiques des présidences successives, et a souffert d'une insuffisante continuité dans sa mise en œuvre.

Par ailleurs, les questions de justice et d'affaires intérieures (ci-après «JAI») sont centrales dans le processus d'élargissement de l'Union. D'abord parce qu'elles imposent aux pays candidats des efforts d'ajustement considérables. Ensuite parce que le sérieux avec lequel elles auront été traitées par les pays candidats pèsera d'un poids certain lorsque les parlements nationaux auront à donner leur assentiment aux traités d'adhésion.

Les développements qui suivent porteront successivement sur ces deux questions.

¹ Les documents auxquels il est fait référence dans cet article peuvent être consultés en accédant au registre des documents du Conseil (<http://register.consilium.eu.int/ufregister/introFR.htm>).

² Les opinions exprimées dans cet article sont personnelles à l'auteur et n'engagent en rien l'institution à laquelle il appartient.

II. LES ASPECTS EXTERNES DE L'ESPACE PENAL EUROPEEN ³

Le Conseil européen s'est penché à deux reprises sur le volet externe des questions de justice et d'affaires intérieures. La première fois, ce fut à Feira ⁴, pour définir des priorités thématiques et géographiques de coopération et mieux articuler celles-ci avec les autres politiques de la Communauté et de l'Union. La seconde, ce fut à Laeken ⁵, pour évaluer, à mi-parcours, l'état de réalisation du traité d'Amsterdam qui assigne à l'Union l'objectif de devenir, en cinq ans, un espace de liberté, de sécurité et de justice.

1. Les conclusions de Feira

Le Conseil européen de Tampere avait invité le Conseil, en étroite collaboration avec la Commission, à élaborer avant le Conseil européen de juin 2000 des recommandations spécifiques concernant les objectifs et les mesures relatives à l'action extérieure de l'Union en matière de justice et d'affaires intérieures. Le rapport que le Conseil a adressé au Conseil européen de Feira constitue la réponse à cette invitation ⁶. Après avoir identifié les contraintes propres au secteur, le Conseil s'est efforcé de définir quelques principes directeurs d'action ainsi que les domaines et les partenaires à privilégier.

A. Les contraintes

Les objectifs sont divers. Le traité d'Amsterdam a certes placé sous le concept unificateur d'espace de liberté, de sécurité et de justice les diverses questions d'intérêt commun que le traité de Maastricht s'était contenté d'énumérer à l'article K 1 du traité sur l'Union européenne (immigration, asile, contrôles aux frontières extérieures, lutte contre la toxicomanie, coopérations douanière, policière, judiciaire civile et pénale). Il n'empêche que les enjeux sont multiples et variés. Les politiques d'asile et d'immigration ont certes de multiples éléments en commun; elles poursuivent cependant des objectifs bien distincts (au point que dans certains Etats membres, elles relèvent de ministres différents). La coopération judiciaire civile a été reprise dans le

³ Les développements qui suivent portent uniquement sur les aspects externes de la coopération policière et judiciaire pénale telle qu'elle est organisée au titre VI du TUE (communément dénommée «troisième pilier»). Les aspects externes des autres politiques qui concourent à la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice – singulièrement les politiques d'asile et d'immigration (titre IV du TCE) – font certes appel à certains instruments développés dans le cadre du titre VI du TUE (recours à Europol, à Eurojust, caractère mixte des contrôles réalisés aux frontières extérieures de l'Union européenne) et ont longtemps souffert des mêmes faiblesses que celles qui sont développées dans le présent article: approche insuffisamment intégrée, pro-active et continue (voy. cependant la détermination du Conseil européen, lors de ses réunions de Tampere et, surtout, de Séville, à les corriger en préconisant une meilleure articulation des diverses politiques de la Communauté et de l'Union en matière d'immigration). Elles présentent cependant des spécificités institutionnelles et ne seront, dès lors, pas abordées dans le cadre du présent article.

⁴ Conclusions de la Présidence, 19 et 20 juin 2000, doc. 200/1/00.

⁵ Conclusions de la Présidence, 14 et 15 décembre 2001, doc. 300/1/01 REV 1.

⁶ Doc. 7653/00.

chapitre consacré à la libre circulation des personnes (titre IV du TCE). Elle répond cependant à une logique et poursuit des objectifs différents. Il en va de même des questions de sécurité relevant de la coopération intergouvernementale définie au titre VI du TUE. Il s'ensuit qu'il est difficile, voire illusoire de définir une approche unifiée de l'action externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Il ne s'agit en aucun cas de mener une « politique étrangère » propre à la JAI. Bien au contraire. Il s'agit de promouvoir davantage l'action intégrée, transpilier et d'inscrire l'action externe de la JAI dans la politique étrangère de l'Union. Il convient de poursuivre la réalisation des objectifs JAI à l'aide de l'ensemble des instruments disponibles dans le domaine communautaire ⁷ et dans celui de la politique étrangère et de sécurité commune (ci-après « PESC ») ⁸.

D'une part, les instruments JAI peuvent aider à la réalisation d'objectifs de politique étrangère (voy. en matière de gestion non militaire des crises, l'envoi de policiers, de magistrats, l'aide au rétablissement de l'Etat de droit ⁹). On peut même imaginer que des thèmes JAI deviennent des objectifs de politique étrangère. L'Union pourrait, comme l'administration Clinton l'a fait en matière de lutte contre la corruption, mener une action internationale contre le blanchiment.

D'autre part, les instruments de la PESC (recours plus systématique aux ambassades, dialogue politique, élaboration de stratégies communes thématiques, coordination de la position des Etats membres dans les enceintes internationales

⁷ Voy. la pratique consistant à insérer des clauses « JAI » dans les accords communautaires (clauses « anti-blanchiment », clauses « anti-corruption », clauses « droits de l'homme », clauses « anti-terrorisme », notamment). Voy. également l'utilisation judicieuse de l'accès au marché comme soutien aux politiques de développement alternatif des économies des pays producteurs de drogue. C'est ainsi que les pays andins et les pays d'Amérique centrale bénéficient d'un traitement spécial dans le cadre du système de préférences généralisées (SPG drogue). Avec la clause de la nation la plus favorisée, ce traitement assure aux exportations andines, jusqu'à concurrence de 80%, l'admission sur le marché communautaire en franchise de droits.

⁸ L'approche transpilier tend à se développer, comme en témoigne la démarche suivie par le Conseil européen et le Conseil en matière de lutte contre le terrorisme (voy. *infra*) et de lutte contre l'immigration illégale (voy. Conseil européen de Séville des 21 et 22 juin 2002, conclusions de la Présidence, doc. 200/02, p. 7-12).

⁹ Répondant à l'invitation du Conseil européen de Feira du 19 juin 2000 (conclusions de la Présidence, doc. 200/1/00, point 11) et de Göteborg du 16 juin 2001 (conclusions de la Présidence, doc. 200/1/01, point 48), deux conférences ministérielles d'engagement de capacités ont été convoquées, l'une en matière de capacités policières (19 novembre 2001) au cours de laquelle les Etats membres se sont engagés à fournir jusqu'à cinq mille policiers d'ici 2003, dont mille quatre cents pouvant être déployés dans un délai inférieur à trente jours et l'autre en matière de capacités d'Etat de droit (16 mai 2002) au cours de laquelle les Etats membres se sont engagés à fournir jusqu'à 282 fonctionnaires (juges, procureurs, services administratifs et pénitentiaires) pour des opérations de gestion de crises dans le domaine de l'Etat de droit, dont une soixantaine pouvant être déployés dans un délai de trente jours. Comme première concrétisation de ce nouveau type d'intervention, l'Union européenne conduira, en principe à partir du 1^{er} janvier 2003 et peut-être même avant, une mission de police en Bosnie Herzégovine (EUPM: European Union Police Mission) qui assurera le suivi de l'actuelle opération de l'ONU.

comme l'ONU, l'OCDE, le Conseil de l'Europe, notamment) et ceux de la Communauté (droits de douanes, préférences généralisées, aides au développement, accords commerciaux, etc.) doivent être davantage mobilisés pour réaliser des objectifs JAI.

Le cadre institutionnel nécessaire pour réaliser l'espace de liberté, de sécurité et de justice, s'il fait certes le délice des juristes, est d'une rare complexité. Selon les matières, il conviendra de faire intervenir la Communauté, l'Union ou ses Etats membres ¹⁰, ensemble ou séparément. S'il s'agit de développer l'acquis de Schengen, il conviendra d'associer la Norvège et l'Islande au processus décisionnel ¹¹.

B. Les principes directeurs

Le Conseil européen de Feira a retenu les cinq principes suivants.

1. Etre nécessaire à la réalisation de l'« espace »

L'existence de politiques ou d'actions internes constitue le paramètre central justifiant une action externe. Ce principe renvoie du reste à l'adage bien connu, s'agissant de définir les compétences externes de la Communauté, «*de foro interno, foro externo*». Il conduit à préconiser une certaine retenue dans la conduite des relations extérieures de la JAI. Il est évident que la performance externe de la JAI est directement proportionnelle au degré de réalisation au plan interne de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Le traité d'Amsterdam ayant assigné aux institutions de l'Union un délai de cinq ans pour y parvenir, il est souhaitable – sous peine de susciter de fausses attentes auprès de ses partenaires – que l'Union agisse avec modestie. La définition de politiques communes ambitieuses en matière de visa, d'asile, de partage des charges, de refoulement des étrangers en séjour illégal, d'intégration des ressortissants de pays tiers en séjour régulier, de prévention et de lutte contre la drogue, la criminalité organisée, la création et le fonctionnement

¹⁰ Voy. par exemple la négociation, et ensuite la signature et la ratification, de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée ainsi que de ses trois protocoles additionnels visant, le premier à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes en particulier des femmes et des enfants, le deuxième à lutter contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer et le troisième à lutter contre la fabrication et le trafic illicites d'armes à feu. Dans la mesure où leurs dispositions relèvent à la fois des compétences de la Communauté et de celles de l'Union et de ses Etats membres, ces quatre conventions constituent des accords mixtes auxquels la Communauté et ses Etats membres doivent devenir parties. Du reste, le Conseil a d'une part autorisé la Commission à négocier certains aspects de la convention et de ses protocoles dans les domaines dans lesquels la Communauté est compétente (décisions du Conseil des 31 janvier 2000, 14 février 2000 et 2 mai 2000 non publiées) et d'autre part autorisé la Présidence à signer ces quatre conventions au nom de la Communauté (décisions du Conseil du 8 décembre 2000 et du 16 octobre 2001 (*JOCE*, n° L 280, 24 octobre 2001, p. 5).

¹¹ Voy. par exemple le refus du Conseil de considérer que la décision-cadre établissant le mandat d'arrêt européen constitue un développement de l'acquis de Schengen au sens de l'article 2(3) de l'accord avec la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux Etats à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, *JOCE*, n° L 176, 10 juillet 1999, p. 35.

efficace d'agences comme Eurojust, Europol¹², le Collège européen de police ainsi que la mobilisation de programmes financiers significatifs propres à la JAI mettront l'Union en situation de mener des actions externes JAI plus crédibles. Cette exigence de concourir à la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice revêt également une dimension juridique. Deux exemples illustrent le propos. Celui de la Suisse, tout d'abord. La question se pose de savoir si la Communauté détient, en l'état actuel des traités, la compétence de conclure un accord avec la Suisse permettant à celle-ci d'être associée à l'acquis de Schengen et à son développement. Dans la mesure, en effet, où les mesures prises dans le cadre de Schengen ont pour but de réaliser un des principaux objectifs de la Communauté, à savoir la réalisation d'un marché intérieur dans lequel la libre circulation des personnes est assurée, il n'est pas certain que la suppression des contrôles intérieurs entre la Suisse et l'espace Schengen participe nécessairement à la réalisation de cet objectif et que la Communauté trouve dans les articles 300, 62, 63, 66 et 95 les bases juridiques suffisantes pour fonder sa compétence externe. L'autre exemple est celui de la gestion civile des crises. Les opérations de gestion civile des crises ressortissent, en effet, aux compétences de l'Union au titre de la PESC et non pas au titre de la coopération policière et judiciaire pénale, en dépit du recours à des forces de police civile ou à des magistrats. Les coûts opérationnels de la mission de police de l'Union européenne en Bosnie Herzégovine ont, du reste, été correctement mis à charge du chapitre B8 du budget communautaire, sur la base de l'article 28(3) du TUE.

2. *Procurer une valeur ajoutée par rapport à l'action des Etats membres*

La subsidiarité commande que la Communauté/l'Union n'intervienne que lorsque leur action apporte une valeur ajoutée à l'action bilatérale des Etats membres. L'objectif ne doit pas viser des liens politiques généraux, mais promouvoir une coopération effective dans des domaines où l'intervention de l'Union, en tant que telle, procure une réelle valeur ajoutée. L'inclusion d'un volet JAI dans les stratégies communes en constitue une bonne illustration¹³.

¹² Parmi les Etats tiers et les organisations internationales avec lesquelles le Conseil a souhaité qu'Europol conclue en priorité un accord de coopération (voy. décision du Conseil du 27 mars 2000 autorisant le directeur d'Europol à engager des négociations concernant des accords avec des Etats tiers et des instances non liées à l'Union européenne, *JOCE*, n° C 106, 13 avril 2000, p. 1 et décisions du Conseil du 6 décembre 2001 et du 13 juin 2002 modifiant cette dernière, *JOCE*, n° C 358, 15 décembre 2001, p. 1 et *JOCE*, n° C 150, 22 juin 2002, p. 1), Europol a déjà conclu un accord avec Interpol, l'Organisation mondiale des douanes, la Norvège, l'Islande, la Hongrie, la Pologne, l'Estonie, la Slovénie, la République tchèque. Un accord de coopération ne prévoyant pas d'échange de données à caractère personnel a été conclu avec les Etats-Unis. Plusieurs accords sont en outre en voie de finalisation avec la Suisse, la Bulgarie, la République slovaque, la Lituanie, la Lettonie, Malte, Chypre, la Roumanie, Monaco, le Canada et la Turquie.

¹³ Voy. les stratégies communes de l'Union européenne à l'égard de la Russie (*JOCE*, n° L 157, 24 juin 1999, partie II, point 4 (c), p. 6), de l'Ukraine (*JOCE*, n° L 331, 23 décembre 1999, points 63 et 64, p. 8) et de la région méditerranéenne (*JOCE*, n° L 183, 22 juillet 2000, points 22 et 23, p. 8).

3. *Contribuer aux objectifs politiques généraux de la politique extérieure de l'Union*

S'agissant de procurer aux citoyens un supplément de sécurité, l'action de l'Union est essentielle au regard des défis globaux que la Communauté internationale doit relever, tels que la restauration de l'Etat de droit, la lutte contre les filières d'immigration illégale, contre la criminalité organisée ou le terrorisme. Les problèmes à résoudre sont bien connus. En matière de drogues, les deux principaux circuits d'acheminement de la drogue vers l'Union européenne sont bien identifiés (filière de l'héroïne depuis l'Afghanistan jusqu'à l'UE, en passant par l'Asie centrale, l'Iran, le Caucase, la Turquie, l'Europe de l'est et les Balkans; filière de la cocaïne depuis l'Amérique latine en passant par les Caraïbes). En matière de trafic des êtres humains, de drogue et d'armes, les mafias albanaises jouent un rôle croissant dans la Communauté. En matière de blanchiment, certains territoires/Etats ne respectent pas les règles internationales minimales. Les remèdes sont, eux aussi, relativement bien identifiés: développement alternatif, préférences généralisées, aides directes au développement, aides à la formation des autorités policières et judiciaires, échanges d'informations par l'intermédiaire d'Europol, «*black listing*» des centres offshore etc. La question est essentiellement affaire de volonté politique.

4. *Etre réalisable dans un délai raisonnable*

L'action externe de l'Union souffre, on le sait, de son caractère exagérément déclamatoire. Dans le domaine JAI, ce défaut se double d'une dérive «programmatoire». L'Union s'est, en effet, davantage illustrée ces dernières années par sa propension à adopter de multiples programmes et plans d'actions ¹⁴ que par sa détermination à les mettre en œuvre et sa capacité à, ensuite, en évaluer les effets.

5. *S'inscrire dans la durée*

L'action extérieure requiert de la constance dans le choix des objectifs et de la détermination dans la mise en œuvre de ceux-ci. Elle s'accommode mal du rythme saccadé de la rotation semestrielle des présidences du Conseil ¹⁵.

¹⁴ Voy., pour ne prendre que les plus récents, doc. 7163/1/99 (plan global d'action en matière de drogue avec l'Amérique latine et les Caraïbes), doc. 5376/1/00 CORDROGUE 13 CODRO 1 NIS 16 REV 1 (plan d'action Union européenne – Asie centrale en matière de drogue), doc. 6698/00 CRIMORG 39 NIS 34 (plan d'action de l'Union européenne en vue d'une action commune en faveur de la Russie pour lutter contre la criminalité organisée), doc. 7042/01 et 7039/01 (plan d'action en matière de drogue convenu entre l'UE et les républiques d'Asie centrale (Kazakhstan, Kirghizstan, Tadjikistan et Ouzbekistan), doc. 14228/01 (plan d'action de l'UE dans le domaine JAI en Ukraine), doc. 3/02 REV 3 (programme régional de coopération en matière de justice, lutte contre la drogue, contre le crime organisé et contre le terrorisme et de coopération en matière d'intégration sociale des migrants, de migrations et de circulation de personnes, dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen).

¹⁵ Voy. à cet égard les propositions de la Présidence, élaborées conjointement avec le secrétaire général du Conseil, au Conseil européen en vue de préparer le Conseil à l'élargissement, destinées notamment à assurer plus de continuité entre les présidences successives (doc. 9939/02) ainsi que l'annexe II des conclusions de la Présidence, à l'issue du Conseil européen de Séville, les 21 et 22 juin 2002.

C. *Les domaines de coopérations prioritaires et les partenaires privilégiés*

Le Conseil européen a tout d'abord affirmé l'importance de la dimension JAI parmi les objectifs généraux de la politique de l'Union que sont l'élargissement, le pacte de stabilité dans les Balkans, la Méditerranée, les stratégies communes ainsi que les aspects non militaires de la gestion des crises. Il a ensuite identifié un certain nombre de thèmes horizontaux de la dimension extérieure JAI directement liés au respect de l'Etat de droit et à la sécurité des citoyens : la dimension extérieure de la politique migratoire, la lutte contre le crime organisé, le trafic de drogue, le terrorisme et certaines formes graves de criminalité (criminalité financière, blanchiment d'argent, corruption, traite des êtres humains, « *high tech crime* ») ainsi que le développement et la consolidation de l'Etat de droit dans les Etats en voie de transition démocratique.

La détermination de ces priorités conduit à privilégier certains partenaires, qu'il s'agisse d'Etats tiers, de groupes d'Etats ou d'organisations internationales.

2. **L'évaluation à mi-parcours à Laeken**

Répondant à l'invitation que lui avait adressée le Conseil européen lors de sa réunion de Tampere, le Conseil a entrepris d'évaluer la performance des activités menées au plan externe depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. S'il a pris acte d'une intensification des activités, il a eu la lucidité d'admettre que son action manquait encore de continuité, de cohérence et d'effectivité et qu'il avait fait un recours encore trop timide aux nouveaux instruments juridiques prévus par le traité d'Amsterdam pour la conduite des relations extérieures de l'espace pénal européen.

A. *Continuité*

Certes, les présidences se sont efforcées d'inscrire leur action externe dans la durée en élaborant, depuis le début de l'année 2001, un programme de relations extérieures « multi-présidences »¹⁶ qui respecte et développe les priorités thématiques et géographiques de coopération décidées par le Conseil européen à Feira. A l'égard de quelques partenaires, une certaine continuité semble du reste s'instituer. Ainsi en est-il des relations de l'Union européenne avec la Russie en matière pénale. A la suite de l'adoption du plan d'action contre la criminalité organisée¹⁷, les présidences successives ont cherché à sélectionner des projets prioritaires de coopération¹⁸ et s'y sont tenu (lutte contre le vol de véhicules, le trafic des êtres humains, le blanchiment, le trafic de drogue, la promotion de l'Etat de droit et la réforme du système répressif). L'action de l'Union reste cependant d'une manière générale encore trop réactive, ainsi qu'en témoigne les relations nouées avec la Chine à la suite de la mort tragique de

¹⁶ Voy. par exemple le programme 2001-2002 élaboré par les présidences suédoise, belge et espagnole (doc. 5146/01), actualisé ensuite sous présidence belge avec la collaboration de la future présidence danoise (doc. 10741/01), actualisé ensuite sous présidence espagnole (doc. 5004/02). On trouvera le programme de la présidence danoise au doc. 10685/02.

¹⁷ *JOCE*, n° C 106, 13 avril 2000, p. 5.

¹⁸ Ces thèmes ont été identifiés au cours de rencontres entre les ministres de la Justice et de l'Intérieur de l'Union européenne et de la Russie à Stockholm le 6 avril 2001 (doc. 8778/01) et à Luxembourg le 25 avril 2002 (doc. 8760/02).

cinquante-huit Chinois à Douvres et trop dépendante des tropismes géographiques des présidences successives.

B. Cohérence

Le rapport du Conseil au Conseil européen de Laeken relève à juste titre une hétérogénéité excessive des cadres de coopération : stratégies communes avec plan d'action global (Ukraine) ou ciblé (Russie-crime organisé), pacte de stabilité et processus de stabilisation et d'association (Balkans), stratégie commune et processus de Barcelone (Méditerranée), «Agenda» de dialogue informel en marge de la Task force ou du Comité de coopération conjoint (Etats-Unis, Canada), «Mécanisme de coordination et de coopération en matière de drogue» (Amérique latine et Caraïbes ¹⁹), Groupe de travail à haut niveau, etc.

La lutte contre le terrorisme, significativement intensifiée depuis les événements du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis, illustre néanmoins la détermination récente du Conseil à conduire sa politique extérieure de manière plus intégrée et interdisciplinaire. Les trois piliers (communautaire, PESC/PESD et coopération policière et judiciaire pénale) ont été mobilisés à cet effet, qu'il s'agisse :

- d'approfondir le dialogue politique avec les pays tiers notamment en promouvant les droits de l'homme et la démocratie,
- de veiller à la non-prolifération et à la maîtrise des armements,
- de consacrer davantage d'efforts à la prévention des conflits,
- de renforcer la coopération opérationnelle avec les partenaires de la coalition anti-terrorisme ²⁰,
- d'insérer une clause anti-terrorisme dans les accords d'association ²¹, de conclure des accords sous la forme d'échange de lettres concernant la lutte contre le terrorisme, basés sur l'article 24 du TUE ²², en parallèle avec la négociation d'accords de coopération ou de procéder à des déclarations conjointes,

¹⁹ Voy. doc. 9259/1/00.

²⁰ Voy. par exemple la visite à Washington en octobre 2001 d'une troïka composée de responsables des services de police et de renseignement de la Présidence ainsi que d'un représentant d'Eurojust, d'Europol, de représentants du Conseil et de la Commission afin de discuter de mesures opérationnelles avec des responsables du ministère américain de la Justice, du département d'Etat et des représentants de diverses agences (FBI, CIA, DIA, etc.). Voy. également la décision du Conseil le 20 septembre 2001 de constituer auprès d'Europol une Task Force anti-terrorisme afin de faciliter le recueil et l'échange d'informations sensibles en matière de terrorisme.

²¹ Doc. 7750/02 ; voy. également la clause insérée dans l'accord d'association entre l'Union européenne et le Chili (doc. 8189/02).

²² Doc. 7642/02, projet d'accord avec le Liban. Le Conseil a, par ailleurs, invité la Commission à lui soumettre un mandat de négociation afin de conclure un accord de coopération et de commerce avec l'Iran auquel serait lié un instrument séparé sur la lutte contre le terrorisme, Communiqué de presse, 9717/02, p. 16.

- d'évaluer les relations de l'Union avec les pays tiers en fonction de leur éventuel soutien au terrorisme ²³,
- de geler les avoirs des terroristes et des organisations terroristes identifiés par le Conseil en exécution de la résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies ²⁴,
- de conclure un accord d'extradition et d'entraide pénale, basé sur l'article 38 du TUE, avec les Etats-Unis ²⁵,
- de développer des programmes d'assistance technique aux pays tiers, financés par le budget communautaire, dans le domaine de la lutte anti-terrorisme,
- de mobiliser les instruments de la politique européenne de sécurité et de défense (PESD), notamment en renforçant les mécanismes d'échange de renseignements afin de doter l'Union d'une évaluation commune de la menace terroriste qui pèse sur les Etats membres ou les forces déployées en dehors de l'Union pour les opérations de gestion de crises,
- de recourir aux capacités militaires ou civiles pour contribuer à protéger les populations civiles contre les effets d'attentats ²⁶,
- ou d'instaurer un mécanisme d'évaluation des dispositifs de lutte anti-terrorisme dans les Etats membres.

C. Effectivité

La part des programmes communautaires d'assistance aux pays tiers consacrée au soutien de projets dans le domaine JAI ne cesse de croître, qu'il s'agisse des programmes PHARE, TACIS, MEDA ou CARDS. En outre, certaines lignes budgétaires du budget communautaire sont spécialement dédiées à des actions JAI, comme par exemple dans le domaine de la drogue ²⁷.

²³ Une grille d'analyse («*benchmarking*») est soumise à l'analyse des chefs des missions diplomatiques des Etats membres et les résultats sont analysés par le Comité de politique et de sécurité.

²⁴ Voy. la position commune du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (*JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 93), la position commune du Conseil du 27 décembre 2001 relative à la lutte contre le terrorisme (*JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 90), le règlement 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (*JOCE*, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 70); la dernière version de la liste a été publiée au *JOCE*, n° L 160, 18 juin 2002, p 26-27 et p 32-35.

²⁵ Voy. *infra*.

²⁶ Voy. la déclaration du Conseil européen sur la contribution de la PESD, y compris la PESD, à la lutte contre le terrorisme, adoptée à Séville les 21 et 22 juin 2002, doc. 200/02, p. 31-34.

²⁷ La Commission suit actuellement des projets antidrogue dans cent pays différents, pour une valeur supérieure à cent trente millions d'euros. Par exemple, vingt millions ont été attribués au soutien du plan de la Barbade et soixante pour des projets favorisant des formules de développement de substitution au Pérou et en Bolivie, trente en Colombie pour des projets analogues, deux pour la création d'un centre national de surveillance des drogues au Venezuela, etc.

Le Conseil a rarement entrepris d'évaluer l'efficacité des projets financés et de vérifier leur compatibilité avec ses priorités politiques. De surcroît, l'hétérogénéité des programmes et la multiplicité des projets rend ceux-ci difficilement lisibles et donc peu exploitables politiquement par l'Union dans son dialogue avec les pays tiers.

La réticence de la Commission à saisir le Conseil de documents de synthèse est de nature institutionnelle : la plupart des programmes de financement étant décidés dans des comités dans lesquels siègent des représentants des Etats membres, la Commission part de la prémisse logique que les membres du Conseil sont amplement informés par leur administration ²⁸. La réalité est cependant différente : ce sont souvent des généralistes, voire des experts budgétaires, qui siègent dans les divers comités qui assistent la Commission et rarement des spécialistes des questions JAI. Ce problème est amplifié par la difficulté que la Commission et le Conseil rencontrent à recueillir les informations relatives aux financements que les Etats membres eux-mêmes consacrent à des projets JAI dans les pays tiers avec lesquels l'Union/la Communauté entretient des rapports privilégiés. Cette information est cependant, elle aussi, très utile pour d'une part éviter les doubles emplois et d'autre part présenter tant aux pays bénéficiaires qu'aux autres partenaires (notamment américains) le montant consolidé de l'assistance européenne.

Cet élément est d'autant plus important que la Commission éprouve de plus en plus de difficulté de mobiliser des experts de la coopération policière et judiciaire pénale en nombre suffisant pour mener à bien les projets financés. Les ministres de la Justice et des Affaires intérieures manifestent en effet de la réticence à se priver, parfois pour de longues périodes, de fonctionnaires de police ou de magistrats compétents, alors que les attentes des citoyens en terme de sécurité et de justice sont grandes dans nos Etats membres, comme l'attestent sondages et élections récents.

Enfin, l'élargissement imminent de l'Union à dix nouveaux membres conduit inévitablement à poser la question des tâches respectives du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. En matière pénale, le Conseil de l'Europe a joué, auprès de tous ses membres et singulièrement auprès des candidats à l'Union européenne, un rôle de tout premier plan dans la promotion de l'Etat de droit et de la démocratie juridique et judiciaire. Son action, qui s'est amplifiée de façon remarquable depuis cinq ans, en Russie, en Ukraine et dans les Balkans où les besoins sont immenses, a pris plusieurs formes : d'une part, l'envoi d'experts, policiers, magistrats, « *policy makers* » afin d'aider les Etats à améliorer l'organisation et le fonctionnement de leur police et de leur justice, et d'autre part, l'élaboration d'instruments tendant à améliorer la coopération judiciaire et policière entre ses membres. Est-il politiquement incorrect de souhaiter une rationalisation de l'activité de ces deux organisations ²⁹ ? L'Union

²⁸ Voy. cependant la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la mise en œuvre du plan d'action antidrogue de l'UE (2000-2004), doc. 10207/01

²⁹ Depuis 1997, les présidents du Comité K4 et, à partir de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, du Comité de l'article 36, assistés de la Commission, ont pris l'habitude de rencontrer une délégation du Conseil de l'Europe afin d'échanger des informations sur les travaux en cours et à venir. Pour un compte rendu de la dernière réunion, voy. doc. 7995/02.

européenne va, en effet, inévitablement intensifier son action de promotion de l'Etat de droit dans les pays tiers dans le cadre de sa politique extérieure et elle souhaitera de plus en plus le faire directement. A terme, elle préférera négocier elle-même des conventions d'entraide pénale et d'extradition avec les membres du Conseil de l'Europe non membres de l'Union, sur la base des articles 24 et 38 du TUE, plutôt que de négocier à Strasbourg des conventions qui ne sont qu'une version allégée des instruments adoptés au sein de l'Union ³⁰.

D. Mobilisation des nouveaux instruments juridiques

Un des progrès notables apporté par le traité d'Amsterdam est d'avoir doté le Conseil d'un certain nombre d'instruments juridiques nouveaux pour lui permettre de conduire ses relations extérieures en matière de coopération policière et judiciaire pénale (voy. les articles 37 et 38 du TUE) ³¹. Trois années après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le Conseil n'en a pas encore fait un usage excessif!

1. Adoption de positions communes et coordination dans les enceintes internationales

L'article 37 du TUE prévoit que les Etats membres défendent les positions communes arrêtées par le Conseil dans les organisations internationales et lors des conférences internationales auxquelles ils participent. Empruntée à l'arsenal des instruments de la PESC (titre V du TUE, article 15), la position commune est l'acte juridique prévu par l'article 34 (2) (c) du TUE par lequel le Conseil définit l'approche de l'Union sur une question déterminée. Pareils actes échappent tant à la consultation du Parlement européen qu'à toute forme d'appréciation par la Cour de justice des Communautés européennes. Le Conseil en a adopté sept, dont cinq depuis la conclusion du traité d'Amsterdam, qui ont toutes porté sur la négociation de conventions internationales à caractère pénal (dans le cadre de l'OCDE en matière de corruption ³², dans le cadre du Conseil de l'Europe en matière de corruption ³³ et de criminalité dans le cyberspace ³⁴, dans le cadre des Nations Unies en matière de

³⁰ Voy. par exemple le second protocole additionnel à la convention du Conseil de l'Europe sur l'entraide en matière pénale, adopté le 8 novembre 2001, qui reprend, et donc double, sur bien des points la convention de l'Union européenne sur l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000 (*JOCE*, n° C 197, 12 juillet 2000, p. 1). Voy. sur cette question le rapport adopté le 20 mars 2002 par le Groupe de réflexion sur l'évolution de la coopération internationale en matière pénale (PC-S-NS), institué par le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) du Conseil de l'Europe qui plaide au contraire pour que la coopération paneuropéenne soit fondée sur les instruments et les instances du Conseil de l'Europe (p. 9).

³¹ Voy. sur ce point, DE KERCHOVE, G., «L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere», in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 10-11.

³² *JOCE*, n° L 279, 13 octobre 1997, p. 1 et *JOCE*, n° L 320, 21 novembre 1997, p. 1.

³³ *JOCE*, n° L 279, 13 octobre 1997, p. 1 et *JOCE*, n° L 320, 21 novembre 1997, p. 1.

³⁴ *JOCE*, n° L 142, 5 juin 1999, p. 1.

criminalité organisée ³⁵ et de corruption ³⁶). Passablement fastidieuses à négocier en raison de la nécessité de les adopter à l'unanimité, ces positions communes se sont cependant révélées très utiles à l'usage en ce qu'elles ont conforté la position de la présidence du Conseil de l'Union dans ces diverses négociations. Par son renvoi à l'article 18 du TUE qui s'applique « *le cas échéant* », l'article 37(2) du TUE confère, en effet, à la présidence la responsabilité de représenter l'Union pour les matières relevant du titre VI du TUE et d'exprimer la position de l'Union dans les organisations internationales et au sein des conférences internationales.

Le jeu de références croisées auquel procède l'article 37(2) du TUE permet également de considérer que le secrétaire général du Conseil pourrait exercer les fonctions de haut représentant pour la coopération policière et judiciaire pénale et assister à ce titre la présidence. Son intense activité dans le cadre de la PESC ne lui a cependant pas permis, à ce jour, d'assumer cette tâche sauf en matière de lutte contre le terrorisme (par exemple, à l'occasion de sa participation aux réunions ministérielles du G8 ou dans le cadre du dialogue transatlantique).

La coordination des Etats membres au sein des organisations internationales et lors des conférences internationales prévue par l'article 19 du TUE, en l'absence d'une position commune formellement adoptée par le Conseil, reste, elle, embryonnaire et balbutiante. Les présidences récentes se sont efforcées d'organiser systématiquement des réunions de coordination, soit à Bruxelles dans le cadre des groupes de travail du Conseil soit sur place, avec des résultats mitigés. C'est ainsi qu'en dépit des conclusions adoptées le 16 octobre 2001 par le Conseil composé des ministres de la Justice, de l'Intérieur et des Finances qui invitent « la présidence à organiser des réunions systématiques (dans le cadre des travaux du GAFI tendant à réviser les quarante recommandations en matière de lutte contre le blanchiment) afin de permettre de dégager une position commune entre les Etats membres » ³⁷, certains représentants d'Etats membres manifestent une résistance qui tient parfois à la volonté de conserver une plus grande latitude dans la négociation mais plus souvent à des particularités administratives, certains ministères nationaux n'envoyant pas les mêmes représentants dans les groupes de travail de l'Union et dans les autres organisations internationales.

Il est une autre disposition auquel l'article 37 du TUE fait référence – l'article 19(2) du TUE – qui reste trop peu utilisée. Cet article fait obligation aux Etats membres représentés dans des organisations internationales ou des conférences internationales auxquels tous les Etats membres ne participent pas de tenir ces derniers informés de toute question présentant un intérêt commun. L'exemple le plus emblématique est celui du G8 qui mène, depuis 1995, des travaux approfondis sur les questions de criminalité organisée et de terrorisme. A l'exception des conclusions

³⁵ *JOCE*, n° L 87, 31 mars 1999, p.1 et *JOCE*, n° L 37, 12 février 2000, p. 1.

³⁶ Position commune définie par le Conseil concernant les négociations au sein des Nations Unies pour l'élaboration d'une convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée le 29 novembre 2001, non publiée au *JOCE* en raison de son caractère confidentiel et une deuxième position commune sur le même objet, adoptée par le Conseil le 13 juin 2002.

³⁷ Point 9 des conclusions du Conseil, doc. 12665/01.

adoptées le 19 mars 1998³⁸, à l'initiative de la présidence britannique, par lesquelles le Conseil «a fait sienne l'approche suivie par les recommandations et principes arrêtées par le G8³⁹ sur lesquels il s'appuiera dans ses travaux», le Conseil n'est que sporadiquement et parcimonieusement informé des travaux du G8, en dépit de la participation à ses réunions de quatre de ses membres et de la Commission et de la très grande proximité des travaux menés dans l'Union et au G8, singulièrement en matière de terrorisme⁴⁰. La situation est, en revanche, différente dans le cadre de la Task Force de la mer Baltique sur la criminalité organisée («Groupe de Visby»), qui, outre les riverains de la mer Baltique (Danemark, Estonie, Allemagne, Islande, Lituanie, Lettonie, Norvège, Pologne, Russie, Suède) compte un représentant de la Commission et de la Présidence, assistée du Secrétariat général du Conseil.

2. *Négociation et conclusion d'accords de l'Union dans les matières relevant du titre VI du TUE*

Bien que le traité d'Amsterdam ait prévu la possibilité pour le Conseil de recourir aux accords visés à l'article 24 du TUE en matière de coopération policière et judiciaire pénale, il a fallu un certain temps à celui-ci avant de décider d'y avoir recours.

Le Conseil a commencé, parce qu'il y avait été invité par les négociateurs du traité d'Amsterdam, par conclure un accord avec la Norvège et l'Islande afin d'associer ces deux Etats à la mise en œuvre de l'acquis de Schengen⁴¹. Il l'a fait cependant sur la base de l'article 6 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, annexé au TUE, non sur celle des articles 38 et 24 du TUE, et sans faire référence explicitement au fait que cet accord engageait tant la Communauté que l'Union.

C'est à la suite de la décision du Conseil, le 8 avril 2001, d'autoriser la Présidence à négocier un accord entre l'Union européenne et la République fédérale de

³⁸ Doc. 6446/98.

³⁹ Il s'agissait à l'époque des quarante recommandations visant à la lutte contre la criminalité organisée adoptées le 12 avril 1996, des vingt-cinq recommandations en matière de terrorisme adoptées le 30 juillet 1996 et des dix recommandations visant à la lutte contre la criminalité liée à la haute technologie approuvées le 10 décembre 1997. L'on notera également les travaux du «Roma Group» en matière de lutte contre le terrorisme et notamment l'adoption d'un plan en vingt-cinq points par les ministres des Affaires étrangères du G8 en novembre 2001.

⁴⁰ L'exemple le plus emblématique de cette asymétrie d'information est celui de la décision prise par le «Groupe de Lyon» lors de sa réunion de Rome en juin 2001, confirmée lors de sa réunion à Ottawa en février 2002, d'établir une base de données d'images pédo-pornographiques qui serait gérée par Interpol. Ce projet est financé par le budget communautaire (programme STOP II), à l'initiative du Danemark, du Royaume-Uni et de l'Italie, et suivi dans un groupe auquel participent les Etats membres participant aux travaux du G8, la Commission et Europol.

⁴¹ *JOCE*, n° L 176, 10 juillet 1999, p. 35; voy. également l'accord avec l'Islande et la Norvège sur l'établissement des droits et obligations entre l'Irlande et le Royaume-Uni d'une part, l'Islande et la Norvège d'autre part dans les domaines de l'acquis de Schengen qui s'appliquent à ces Etats, *JOCE*, n° L 15, 20 janvier 2000, p. 1.

Yougoslavie concernant la Mission de surveillance de l'Union ⁴² que les préventions tant de la Commission que de certaines délégations à l'encontre des accords basés sur l'article 24 se sont atténuées. En dépit d'un faisceau d'indices convergents ⁴³, certaines délégations continuent cependant de contester la personnalité juridique internationale de l'Union européenne.

S'agissant du titre VI du TUE, le Conseil européen avait, lors de sa réunion de Tampere les 15 et 16 octobre 1999, invité le Conseil à faire «pleinement usage des nouvelles possibilités offertes par le traité d'Amsterdam en matière d'action extérieure et, en particulier, (...) des accords basés sur l'article 38 du TUE» ⁴⁴. Le Conseil a donné une première suite politique à cette invitation en décidant, à deux reprises ⁴⁵, d'engager la négociation d'accords de coopération judiciaire pénale, basés sur l'article 38 du TUE, avec les pays et territoires non coopératifs placés sur la liste noire du GAFI ⁴⁶. Aucune autorisation de négociation n'a, à ce jour, été donnée par le Conseil à la Présidence, les Présidences belge et espagnole ayant préféré dans un premier temps élaborer un projet d'accord-type qui serait ensuite proposé aux Etats et territoires non coopératifs avec lesquels le Conseil déciderait d'entamer une négociation en fonction de critères qui sont en cours de négociation ⁴⁷.

La première décision de recourir à l'article 38 du TUE a été prise par le Conseil le 10 juillet 2001 afin d'autoriser la Présidence à négocier un accord avec la Norvège et l'Islande en vue d'étendre à ces deux Etats les dispositions de la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne ⁴⁸ et de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne ⁴⁹ qui ne constituent pas un développement de l'acquis de Schengen ⁵⁰. Cette négociation n'a cependant pas encore débuté ⁵¹.

⁴² Le Conseil a, par ailleurs, autorisé la Présidence les 15 et 16 avril 2002 à entamer des négociations avec l'OTAN en vue de conclure un accord sur la sécurité des informations (doc. 7635/02). Un projet d'autorisation est, par ailleurs, en cours de négociation en vue de conclure un accord basé sur l'article 24 du TUE organisant les modalités de la mission de police en Bosnie Herzégovine.

⁴³ Voy. pour plus de détails, JACQUÉ, J.P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, p. 145-147. Voy. également : HAFNER, G., «Existe-t-il un *treaty making power* de l'Union européenne dans le cadre de la PESC», collection «Les Conférences Publiques du Pôle européen Jean Monnet de l'Université Pierre Mendès France», Grenoble, 3 mai 2001 et MARQUARDT, S., «The conclusion of international agreements under article 24 of the TEU», in KRONENBERGER, V. (ed.), *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony*, The Hague, Asser Press, 2001, p. 333-349.

⁴⁴ Point 60 des conclusions de la Présidence.

⁴⁵ Conclusions du Conseil conjoint des ministres de la Justice, de l'Intérieur et des Finances du 17 octobre 2000, doc. 12292/00 et conclusions du Conseil conjoint des ministres de la Justice, de l'Intérieur et des Finances du 16 octobre 2001, doc. 12665/01.

⁴⁶ Voy. doc. 10456/02.

⁴⁷ Voy. doc. 10457/02.

⁴⁸ JOCE n° C 313, 23 octobre 1996, p. 12.

⁴⁹ JOCE n° C 197, 12 juillet 2000, p. 3.

La deuxième décision de recourir à l'article 38 du TUE a été prise par le Conseil le 25 avril 2002 afin d'autoriser la Présidence, assistée de la Commission, à négocier un accord d'entraide pénal et d'extradition avec les Etats-Unis. Le principe d'une telle négociation avait été décidé par le Conseil le 20 septembre 2001 dans le cadre de sa réunion extraordinaire sur le terrorisme ⁵², confirmé ensuite par le Conseil européen lors de ses réunions de Bruxelles ⁵³ et de Gand ⁵⁴, et favorablement accueilli par le partenaire américain. La négociation de ce mandat s'est révélée particulièrement difficile, compte tenu de l'extrême sensibilité des matières à négocier ⁵⁵ et son adoption s'est faite au prix de directives de négociation particulièrement strictes et rigoureuses en terme de protection des droits fondamentaux, tels que les consacre la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Les négociations ont débuté le 28 juin 2002 et se poursuivront à un rythme soutenu au cours de la Présidence danoise.

La conclusion d'un ou de plusieurs accords de l'Union avec les Etats-Unis en matière d'entraide pénale et d'extradition pose la question juridique des relations entre ce ou ces accords et les accords bilatéraux que les Etats membres ont conclus avec les Etats-Unis dans ces matières. Faut-il considérer que l'accord de l'Union prime sur les accords nationaux pré-existants dès lors qu'un Etat membre n'a pas indiqué qu'il doit se conformer à ses propres règles constitutionnelles, comme le prévoit

⁵⁰ Voy. le projet de décision du Conseil, déposé par la Suède, déterminant les dispositions de la convention de 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne et de la convention de 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne, qui constituent un développement de l'acquis de Schengen conformément à l'accord concernant l'association de la République d'Islande et le Royaume de Norvège à l'application, la mise en œuvre et le développement de l'acquis de Schengen, *JOCE*, n° C 195, 11 juillet 2001, p. 13, non encore adopté par le Conseil ainsi que les articles 2 et 29 de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale qui déterminent les dispositions liées à l'acquis de Schengen.

⁵¹ Plusieurs explications expliquent ce retard : d'une part la non-adoption du projet de décision visé à la note de bas de page précédente, en raison des réserves parlementaires de deux Etats membres, d'autre part le souhait, non encore confirmé, de la Norvège et de l'Islande d'être associés au mandat d'arrêt européen et, enfin, la nécessité d'étendre le mandat de négociation aux dispositions du protocole à la convention du 29 mai 2000, adopté le 16 octobre 2001 (*JOCE*, n° C 326, 21 novembre 2001, p. 2).

⁵² Voy. point II-7 des conclusions du Conseil, doc. 12156/01.

⁵³ Conclusions de la présidence, doc. 140/01.

⁵⁴ Conclusions de la présidence, doc. 4296/2/01.

⁵⁵ La possibilité pour les juridictions américaines d'imposer la peine de mort, de prononcer des peines d'emprisonnement à caractère perpétuel, la possibilité de poursuivre les auteurs et complices d'attentats terroristes devant des juridictions militaires posent des problèmes évidents en matière d'extradition et, pour certains Etats membres, en matière d'entraide judiciaire pénale ; le régime américain de protection des données à caractère personnel, qui diverge assez significativement du régime prévalant dans les Etats membres de l'Union européenne, pose des problèmes en matière d'entraide judiciaire pénale, etc.). Certaines délégations entendent du reste utiliser politiquement la négociation de cet accord afin d'alimenter le débat en cours aux Etats-Unis concernant la peine de mort et le recours aux tribunaux militaires.

l'article 24 du TUE ? S'ensuit-il une obligation pour les Etats membres de dénoncer tout accord bilatéral pré-existant dont les dispositions seraient en contradiction avec l'accord de l'Union ? La difficulté de répondre à cette question tient à l'absence de référence, à l'article 41 du TUE, aux articles 10 (devoir de loyauté) et 307 du TCE (obligation d'éliminer les incompatibilités entre les accords anciens et les accords communautaires). La question n'est pas sans importance pour les pays candidats à l'Union qui auront à accepter l'accord de l'Union, au titre d'acquis de l'Union, sans avoir été associés directement à sa négociation ⁵⁶.

La troisième décision de recourir à l'article 38 du TUE s'est faite en réponse à la demande de la Suisse d'être associée à l'acquis de Schengen et à son développement. Le Conseil a, en effet, décidé le 17 juin 2002 d'autoriser la Commission et la Présidence à négocier un accord unique entre la Communauté et l'Union d'une part, la Suisse d'autre part, associant cette dernière à la mise en œuvre et au développement de l'acquis de Schengen ⁵⁷. La Commission s'est (sans succès) opposée au recours à un accord mixte de la deuxième génération (Communauté et Union) lui préférant soit la conclusion d'un accord mixte de la première génération (Communauté/Etats membres) dont elle aurait assuré elle-même la négociation, soit la conclusion de deux accords parallèles (accord communautaire et accord de l'Union). A l'appui de ses critiques, la Commission faisait valoir les arguments suivants :

- la formulation de l'article 24, qui à son estime n'autorise la conclusion que d'accords portant sur des questions PESC/PESD ou de coopération policière et judiciaire pénale,
- le risque que la réserve constitutionnelle prévue à l'article 24 ⁵⁸ n'hypothèque l'entrée en vigueur des parties communautaires de l'accord ⁵⁹,

⁵⁶ Le Comité des représentants permanents a cependant décidé, le 27 juin 2002, que les pays candidats seraient régulièrement informés du déroulement des négociations par l'intermédiaire de leur représentation auprès de l'Union européenne.

⁵⁷ Cette négociation sera d'une complexité institutionnelle peu commune compte tenu de la situation particulière du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark à l'égard des parties de l'acquis de Schengen ressortissant aux compétences de la Communauté (titre IV du TCE) et du souhait du Liechtenstein d'être associé, parallèlement à la Suisse, à l'acquis de Schengen. Au moins trois accords (sans évoquer ici la conclusion d'un accord associant la Suisse/Liechtenstein aux règles de la convention de Dublin et au règlement Eurodac qui relèvent du titre IV du TCE) seront dès lors nécessaires : entre la Communauté/l'Union et la Suisse d'une part, entre la Norvège/l'Islande d'une part et la Suisse/le Liechtenstein d'autre part et entre le Danemark et la Suisse/le Liechtenstein enfin.

⁵⁸ « (...) Aucun accord ne lie un Etat membre dont le représentant au sein du Conseil déclare qu'il doit se conformer à ses propres règles constitutionnelles ; les autres Etats membres du Conseil peuvent convenir que l'accord leur est applicable à titre provisoire ».

⁵⁹ Comme le montre le précédent de la suspension de l'application provisoire de l'accord (mixte) de commerce, de développement et de coopération entre la Communauté et ses Etats membres d'une part, l'Afrique du Sud d'autre part, à la suite du refus de ratification par un Etat membre, cette conséquence n'est pas propre aux accords mixtes de la deuxième génération.

- la neutralisation du recours à la majorité qualifiée, possible pour la conclusion d'accords communautaires (article 300(1), deuxième alinéa du TCE), par l'exigence d'une adoption à l'unanimité des accords basés sur l'article 24 du TUE,
- la situation complexe du Parlement européen appelé à rendre un avis, voire un avis conforme, sur les parties communautaires du projet d'accord mais interdit d'avis sur les parties tombant dans le champ d'application de l'article 24 du TUE,
- l'incertitude sur les effets juridiques d'un tel accord à l'égard des particuliers (primauté, effet direct, judiciabilité devant la Cour de justice, notamment),
- et, *last but not least*, la perte de *leadership* de la Commission dans une négociation qu'elle doit partager avec la présidence.

On notera que le Conseil a autorisé, les 14 et 15 décembre 2000, la seule Commission à négocier un accord mixte de la première génération (Communauté/Etats membres) avec la Suisse afin de lutter contre la fraude portant atteinte aux intérêts de la Communauté. L'abondance des dispositions de cet accord portant sur des questions d'entraide pénale et d'extradition au terme de la sixième session de négociation devrait nécessairement amener le Conseil à décider de conclure un accord mixte de la deuxième génération (Communauté/Union), comme cela a été décidé pour l'association de la Suisse à Schengen.

Enfin, une quatrième décision, politique celle-là, de recourir à la négociation d'un accord d'entraide judiciaire pénale basé sur l'article 38 a été prise à l'occasion du sommet Union européenne-Canada le 18 décembre 2001 et confirmée lors du sommet Union européenne-Canada de Tolède, le 8 mai 2002.

III. L'ÉLARGISSEMENT

1. L'enjeu

L'élargissement pose aux pays candidats, en matière de justice et d'affaires intérieures, un formidable défi tant par l'ampleur de l'acquis qu'ils ont à transposer que par l'importance que sa mise en œuvre correcte revêt pour le bon fonctionnement du marché intérieur et la préservation des libertés individuelles.

En matière pénale, les étapes les plus récentes de réalisation de l'espace judiciaire, comme la consécration du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires ⁶⁰ (décisions pré-sentencielles et jugements définitifs) n'ont été rendues possibles que parce que les Etats membres avaient atteint un degré élevé de confiance mutuelle. Cette confiance mutuelle cependant ne se décrète pas. Elle procède tout à la fois d'une convergence des systèmes juridiques et d'une longue tradition partagée de protection des droits fondamentaux renforcée par la montée en puissance des Cours constitutionnelles dans la plupart des Etats membres, de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.

⁶⁰ Sur cette question, voy. DE KERCHOVE, G., « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 113-122.

L'exemple du mandat d'arrêt européen illustre le propos. Lors de la négociation du projet de décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres ⁶¹, plusieurs délégations – craignant que certains pays candidats n'accèdent à l'Union avant de satisfaire pleinement aux exigences de l'acquis en matière judiciaire – avaient exprimé la crainte de voir le mandat d'arrêt européen s'appliquer automatiquement, au titre d'élément de l'acquis, aux nouveaux Etats membres au jour de leur accession à l'Union ⁶². Plusieurs clauses de sauvegarde ont été proposées ⁶³ mais toutes ont été rejetées, le Conseil les considérant « politiquement incorrectes ». Il en est résulté une affirmation en forme de tautologie : l'article 1(3) de la décision-cadre prévoit en effet que « la présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne » ⁶⁴. Une reprise et une mise en œuvre non satisfaisante de l'acquis de l'Union dans le domaine JAI pourrait aboutir à deux effets pervers : le premier serait de dissuader les Etats membres actuels de mettre en œuvre le programme de reconnaissance mutuelle adopté par le Conseil en décembre 2000 ⁶⁵. Le second serait d'inciter les juges saisis d'une demande de reconnaissance mutuelle à réinstaurer les contrôles de conformité au droit de l'Etat d'exécution ou d'invoquer des objections d'ordre public que précisément le principe de reconnaissance mutuelle entend abolir.

⁶¹ Décision-cadre adoptée par le Conseil le 13 juin 2002, non encore publiée au *JOCE*, doc. 7253/02.

⁶² On relèvera du reste la coïncidence, au 1^{er} janvier 2004, entre l'entrée en vigueur effective du mandat d'arrêt européen et la date prévue pour les premières adhésions !

⁶³ Option 1 : « Chaque Etat membre peut, (...), décider de suspendre l'application de la présente décision-cadre vis-à-vis d'un autre Etat membre en cas de violation grave et persistante de droits fondamentaux de la personne humaine dans cet Etat membre, comme le prévoit l'article 6, paragraphe 1, du traité sur l'Union européenne ». Option 2 : « Exceptionnellement, l'Etat membre d'exécution peut refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen s'il a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité ou de ses opinions politiques, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour une de ces raisons ». Option 3 : « Avant de prendre la décision d'appliquer le système du mandat d'arrêt à un nouvel Etat membre, le Conseil apprécie si les conditions permettant à cet Etat membre d'appliquer le mandat d'arrêt européen sont remplies. Le Conseil peut définir, conformément aux procédures prévues au titre VI, les modalités particulières de l'évaluation ».

⁶⁴ D. FLORE, cherchant à donner un effet utile à cette disposition, suggère qu'« il pourrait s'agir d'une invitation aux législateurs nationaux d'adopter des dispositions pertinentes explicites pour garantir ce respect. Ceci amènerait à insérer dans la loi de transposition une clause de refus de remise basée sur le non-respect des droits fondamentaux et des principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne (...) » (*JT*, 13 avril 2002, p. 278).

⁶⁵ *JOCE*, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 10-22.

2. L'état des négociations

L'Union a, à la fin du mois de juin 2002, défini sa position de négociation à l'égard de tous les pays candidats, à l'exception de la Pologne, de la Roumanie, de la Bulgarie et de la Turquie. «Clôturer» la négociation du chapitre 24 qui porte sur les questions JAI ne signifie nullement que les pays candidats ont repris de manière satisfaisante l'acquis de l'Union en matière de justice et d'affaires intérieures mais que les Etats membres ont jugé leurs engagements crédibles. En l'état actuel de la négociation, aucune période transitoire n'est prévue dans ce secteur. Il conviendra cependant de vérifier concrètement sur le terrain à la veille de l'adhésion si les engagements souscrits ont bien été suivis d'effets.

3. La portée de l'acquis JAI

A. La transposition de l'acquis formel

L'Union a communiqué aux pays candidats un acquis dans le domaine JAI constitué d'éléments très hétérogènes. On y retrouve, d'une part, l'ensemble des textes adoptés par l'Union et la Communauté depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht (1^{er} novembre 1993), d'autre part les multiples instruments de coopération conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe, des Nations Unies ou de l'OCDE – et ils sont nombreux en matière pénale –, les principaux instruments internationaux en matière de protection des droits fondamentaux et, enfin, l'acquis développé dans le cadre de Schengen.

Réalisant, lors de l'intégration de l'acquis de Schengen dans la Communauté et l'Union, que l'acquis de l'Union dans le domaine JAI était assez maigre, les négociateurs du traité d'Amsterdam ont veillé à changer la nature de cet acquis de Schengen. L'article 8 du protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne, annexé au traité d'Amsterdam, prévoit en effet que «aux fins des négociations en vue de l'adhésion de nouveaux membres à l'Union européenne, l'acquis de Schengen et les autres mesures prises par les institutions dans le champ d'application de celui-ci sont considérés comme un acquis qui doit être intégralement accepté par tous les Etats candidats à l'adhésion». Outre le fait qu'il exclut d'emblée que certains pays candidats puissent se voir reconnaître un régime d'«*opt out*» analogue à celui dont bénéficient le Royaume-Uni, l'Irlande ou le Danemark, cet article aboutit à faire de la reprise et de la mise en œuvre effective de l'acquis de Schengen non plus, comme c'était le cas auparavant, une condition préalable à la levée des contrôles aux frontières intérieures mais une condition préalable à l'adhésion à l'Union ⁶⁶.

Cela dit, comme il est presque certain que les pays candidats n'atteindront pas, au jour de l'accession, le niveau requis pour que l'on supprime les contrôles aux frontières qui les séparent de l'espace Schengen, les Etats membres ont accepté de

⁶⁶ Sur cette question, voy. DEN BOER, M. et DE KERCHOVE, G., «A Hurdled Admission: The Integration of the Candidate Countries into the area of Freedom, Security and Justice», in KRONENBERGER, V. (ed.), *The European Union and the International Legal Order – Discord and Harmony*, The Hague, T.M.C. Asser Institute, Spring 2001, p. 315-329.

reporter à une date ultérieure la mise en œuvre de quelques éléments de l'acquis techniquement indissociables de cette suppression et donc de ventiler l'acquis de Schengen en deux listes. En liste I, à mettre en place dès l'accession, ont été placées toutes les dispositions qui ne requièrent pas le recours au SIS : ainsi des conditions générales d'entrée des étrangers ⁶⁷, des « principes uniformes » de circulation à la frontière extérieure, la coopération judiciaire ⁶⁸, l'essentiel de la coopération policière (à l'exception du droit de poursuite transfrontalière), les dispositions relatives aux armes à feu, à la drogue, à la protection des données... En liste II, à mettre en place ultérieurement, lors de la levée des contrôles aux frontières intérieures, ont été placées les dispositions concernant le SIS, les conditions de circulation des étrangers à l'intérieur de l'espace Schengen, les conditions de délivrance des visas.

B. La mise en œuvre effective de l'acquis

Si la transposition juridique de l'acquis est indispensable – elle requiert l'adoption de nouvelles législations, la ratification de conventions, la réorganisation du système judiciaire et des forces de police – elle n'est cependant pas suffisante. Plus fondamentale est la mise en œuvre effective de cet acquis de sorte que celle-ci corresponde qualitativement aux standards qui prévalent dans les Etats membres. Compte tenu du peu d'expérience disponible, au moins à l'époque, au sein de la Commission et donc de la difficulté pour elle de poser un diagnostic suffisamment fin sur le degré de respect de l'Etat de droit dans les pays candidats, la France a proposé en 1998 d'établir un mécanisme d'évaluation « collective » (c'est-à-dire par les Etats membres eux-mêmes) de la mise en œuvre de l'acquis JAI par les pays candidats et d'en confier la responsabilité à un groupe de travail du Conseil ⁶⁹. Sur la base d'informations obtenues auprès des Etats membres, des organisations internationales (par exemple, le Conseil de l'Europe, les Agences des Nations Unies, l'OCDE, le HCR, etc.) et des ONG actives dans le domaine JAI (par exemple *Transparency International* en matière de corruption), un rapport d'évaluation par pays candidat, rédigé par le secrétariat général du Conseil, a été adopté par le groupe de travail et envoyé pour information au Conseil (JAI). Ces rapports sont régulièrement mis à jour.

Quatre points méritent d'être relevés dans ce cadre :

- le fait que la JAI soit le seul secteur à échapper à l'évaluation exclusive de la Commission ;

⁶⁷ Par exemple, l'exigence d'un document de voyage, et d'un visa pour les nationalités concernées.

⁶⁸ Voy. les articles 48 à 53 (contacts directs entre autorités judiciaires), 54 à 58 (principe « *non bis in idem* »), 59 à 66 (extradition, mais ces articles sont abrogés par la décision-cadre instituant le mandat d'arrêt européen), 67 et 68 (exécution des jugements étrangers) de la convention d'application de l'accord de Schengen, signée le 19 juin 1990.

⁶⁹ Action commune du 29 juin 1998 instituant un mécanisme d'évaluation collective de l'adoption, de l'application et de la mise en œuvre effective par les pays candidats de l'acquis de l'Union européenne dans le domaine de la justice et des affaires intérieures, *JOCE*, n° L 191, 7 juillet 1998, p. 8.

- la pratique du secrétariat général tendant à rendre anonymes les données recueillies qui a contribué à convaincre les Etats membres de transmettre, sans risquer d'altérer les relations privilégiées qu'ils peuvent avoir avec tel ou tel pays candidat, les informations sensibles dont ils disposaient ;
- le fait, après des débuts laborieux, que les ministres JAI soient parvenus à mobiliser les postes diplomatiques dans les pays candidats et à les amener à apprécier sur le terrain la mise en œuvre effective de l'acquis JAI ;
- les conclusions des rapports établis qui ont fortement influencé la rédaction des positions de négociation préparées par la Commission, dont les premières versions péchaient par excès d'optimisme ⁷⁰. Ces rapports se sont également révélés très précieux pour réorienter les projets financés par le programme PHARE.

En matière judiciaire, et sans révéler leur contenu qui doit conserver un caractère confidentiel ⁷¹, les rapports d'évaluation ont fait apparaître, dans plusieurs pays candidats, des problèmes sérieux de corruption, d'assistance internationale en matière pénale (services dotés de ressources humaines et matérielles insuffisantes, exécution incomplète ou tardive des commissions rogatoires), d'accès à la justice (longueur excessive des procédures, arriéré judiciaire important, coûts judiciaires élevés, budgets insuffisants consacrés à l'aide légale), de non-respect du délai raisonnable (détention préventive d'une durée excessive, accès tardif à un avocat), des faiblesses procédurales (confusion des responsabilités de la police et du parquet, absence de législation spécifique à la délinquance juvénile, notamment), d'exécution efficace des décisions judiciaires (manque d'huissiers bien formés, procédures fastidieuses), de recrutement, de statut et de formation des personnels judiciaires, de leurs conditions de travail (accès au droit, informatisation, niveau des salaires, absence de casiers judiciaires, manque d'experts, etc.) ainsi que de l'état préoccupant des prisons.

IV. CONCLUSIONS

Comme on s'est efforcé de le montrer, les aspects externes de l'espace de sécurité intérieure ont connu, au cours de ces dernières années, un développement remarquable. Aussi les présidences récentes se sont-elles disciplinées pour inscrire leur action externe dans les priorités de coopération définies par le Conseil européen à Feira, à faire un plus grand usage des nouveaux instruments juridiques dont le traité d'Amsterdam a doté l'Union et à privilégier une approche inter-piliers des diverses questions traitées. De nombreuses réformes restent cependant à entreprendre pour que l'Union soit perçue en ces matières comme un acteur effectif sur la scène internationale. Certaines d'entre elles relèvent des travaux de la Convention sur le

⁷⁰ Par exemple, les projets de position de négociation se contentaient d'indiquer, en 2000 que « L'établissement d'un pouvoir judiciaire indépendant, crédible et efficace revêt une importance capitale ».

⁷¹ Voy. cependant l'intéressante communication de la Commission concernant les plans d'action dans le domaine des capacités administratives et judiciaires et le suivi des engagements pris, dans le cadre des négociations d'adhésion, par les pays participants à ces négociations, doc. 9757/02.

futur de l'Europe et devront attendre l'issue de la conférence intergouvernementale de 2004 pour être concrétisées dans le traité sur l'Union européenne (par exemple, fusion des trois Communautés avec l'Union qui se verrait reconnaître explicitement la personnalité juridique internationale, suppression des piliers, clarification des rôles respectifs de la présidence, du haut représentant et de la Commission en matière extérieure etc.). D'autres relèvent de la volonté politique ou, tout simplement, de la discipline des divers acteurs – Etats membres, Commission, Conseil – et peuvent donc être entreprises immédiatement.

S'agissant de l'élargissement, il convient de prendre acte de ce que les pays candidats ne demandent aucune période de transition pour la reprise du chapitre 24 (JAI) et que – sauf si les évaluations qui seront conduites à la veille de l'élargissement devaient révéler que les engagements souscrits n'ont pas été tenus ⁷², les Etats membres ne semblent pas en exiger non plus. Il convient en même temps d'admettre que certains pays candidats accéderont à l'Union avant d'avoir pleinement satisfait aux exigences de l'acquis de l'Union en matière de justice et d'affaires intérieures. Il est dès lors souhaitable – pour assurer une réalisation rapide et effective de l'espace de sécurité intérieure, singulièrement dans le domaine de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires tant civile que pénale – de réfléchir dès à présent à ce qui pourrait inciter les nouveaux Etats membres à poursuivre leurs efforts d'adaptation à l'acquis de l'Union.

⁷² Si tel était le cas, il y aurait lieu de prévoir que certaines parties de l'acquis, particulièrement celles relatives à la reconnaissance mutuelle, n'entreraient en vigueur qu'après que les Etats membres aient pu constater, après une évaluation sur le terrain selon une méthode analogue à celle qui est suivie dans le cadre de Schengen, que les conditions sont bien remplies.

Vers un tribunal pénal européen ? Pour quelles sanctions ? Brèves réflexions comparatistes

Robert ROTH

Cette contribution comprendra deux parties, qui se situeront dans un registre distinct. Dans un premier temps, je me demanderai si les soubresauts que connaît depuis quelques années l'«espace judiciaire suisse» peuvent servir de modèle (ou de contre-modèle) à l'Europe. Un second développement tentera d'illustrer, à partir d'un cas pratique, quelques enjeux de l'harmonisation des sanctions.

1. L'espace judiciaire suisse comme (contre-)modèle

L'histoire de l'«espace judiciaire suisse» rappelle, en en amplifiant les traits, celle plus récente de l'espace judiciaire européen: cent vingt années – et non pas seulement vingt – de surplace; cinq années d'agitation productive.

A. Les composantes du modèle initial

La Constitution de 1874 – la première de la Suisse moderne – avait mis sur pied un modèle qui n'allait, pendant un siècle et quart, pour ainsi dire pas connaître de remise en question ¹. Les composantes de ce modèle étaient:

¹ Dans les années soixante du XX^e siècle, une tentative de rédiger une Constitution «progressiste», marquant des avancées significatives dans les domaines social (surtout) et environnemental, a échoué. Dans les années quatre-vingt-dix, l'ouvrage a été remis sur le métier, avec infiniment plus de modestie: il s'agissait essentiellement de faire la toilette de la Constitution, encombrée de normes désuètes, et d'intégrer les acquis principaux de la jurisprudence, nationale et supranationale, et de la pratique. L'expérience de trois années de mise en œuvre de ce texte, voté par l'Assemblée fédérale (Parlement) le 18 décembre 1998 et adopté par le Constituant (le peuple et les cantons) le 18 avril 1999, témoigne d'un renouvellement des problématiques juridiques et politiques qui me paraît aller au-delà des prévisions formulées avant l'entrée en vigueur du nouveau texte fondamental.

- un droit pénal matériel unifié, sous réserve d'un anecdotique reliquat laissé aux cantons (article 335 CP);
- des organisations judiciaires et des droits de procédure pénale (et civile) entièrement indépendants et différents ²;
- des règles de partage de juridiction interne (articles 346 ss. CP), inspirées des règles régissant le for sur le plan international (articles 3-7 CP), le Tribunal fédéral étant appelé à trancher les conflits de juridiction (article 351).

Ce même Tribunal fédéral a vocation à assurer l'application uniforme du droit pénal fédéral. Il a exercé le contrôle découlant de cette obligation de manière assez variable selon les sujets et les époques. C'est ainsi qu'en raison du caractère central du sursis dans le droit des sanctions suisse, il s'est montré depuis longtemps très directif dans ce domaine, alors que, paradoxe apparent, il faisait preuve d'une grande retenue s'agissant du contrôle de la fixation de la peine, jusqu'à un virage pris en 1990 ³, qui l'a amené à exercer un contrôle beaucoup plus strict dans ce domaine également, par le biais des exigences posées en matière de motivation ⁴.

B. (R)évolution dans le courant des années 1990

Une véritable révolution s'est mise en route au milieu des années quatre-vingt-dix. La lutte contre la criminalité transfrontalière ne pouvait plus s'accommoder, semble-t-il, de ce bricolage institutionnel. Cette révolution a été conçue en *quatre étapes*.

1. Depuis le 1^{er} janvier 2002 ⁵, la compétence de poursuivre et d'instruire les infractions économiques comportant une dimension internationale *ou* intercantonale a été transférée à l'autorité de poursuite et d'instruction fédérale. Il s'agit d'un transfert modulé en *deux degrés*: a) l'autorité fédérale *est* compétente s'agissant de la lutte contre le blanchissage d'argent d'origine criminelle, les organisations criminelles et la corruption, et les infractions qui leur sont rattachées; b) elle *peut* se saisir des affaires économiques traditionnelles (infractions contre le patrimoine et les droits pécuniaires et faux dans les titres et incriminations complémentaires).

2. Le Parlement est présentement saisi d'un projet de création d'un tribunal pénal fédéral de première instance, devant lequel seront déférées les personnes contre lesquelles une instruction aura été menée en application des dispositions décrites à l'alinéa précédent ⁶.

² Article 64 *bis* de la Constitution, jusqu'à sa révision de 1998. Article 123 dans la nouvelle version de la Constitution.

³ En particulier dans l'arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 116 IV 288, qui sera suivi par les ATF 117 IV 112 et 118 IV 21

⁴ Voy. LINIGER, M., «Le contrôle de la fixation de la peine dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral», *Semaine judiciaire* (Genève) 1996, p. 592; QUELOZ, N., «Commentaire de la jurisprudence en matière de fixation et de motivation de la peine», *Rev. pén. suisse*, 1997, p. 150 et ss.

⁵ *Feuille fédérale* (FF) 2000, p. 71.

⁶ *FF*, 2001 p. 4017 et s.

3. La Constitution du 18 avril 1999, qui actualisait sans en modifier substantiellement le contenu la Constitution de 1874, a été très rapidement amendée ⁷, et le modèle décrit ci-avant est désormais condamné à disparaître : s'y substitue un nouveau modèle, qui prévoit à un terme qui n'est pas encore fixé ⁸ la cohabitation d'organisations judiciaires toujours cantonales, et donc diverses, et d'une *procédure pénale unifiée*.

4. Les travaux préparatoires du Code de procédure pénale unifié ont débuté il y a quelques années déjà. Ils ont franchi une étape importante avec la présentation, en juin 2001, d'un premier projet entièrement rédigé par le professeur zurichois Niklaus Schmid ⁹. Le débat public sur ce projet, qui va probablement s'étaler sur plusieurs années, vient à peine, en ce printemps 2002, de commencer.

C. Observations

Cette révolution un peu désordonnée ¹⁰ appelle quelques commentaires, qui peuvent être autant d'enseignements pour les comparatistes.

Il est étonnant que le modèle traditionnel ait franchi les caps d'un changement de siècle et de deux guerres mondiales, nonobstant les difficultés soulevées par l'extrême diversité des situations cantonales. Pendant longtemps, le principal objet de critique, du moins de critique publique, a tenu aux modalités très diverses d'organisation des instances de jugement dans les affaires graves : le « jury souverain » qui décide seul de la culpabilité a graduellement disparu du paysage, mais est resté dans certains cantons un pilier de l'ordre juridique et politique ¹¹. Avec l'émergence d'une prise de conscience, publique elle aussi, de l'importance de la criminalité transfrontalière, l'objet de la critique s'est déplacé vers les obstacles posés par la cohabitation d'organisations judiciaires et policières différentes et diverses.

⁷ Arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999 ; l'article 123 de la Constitution est désormais libellé comme suit :

« 1. La législation en matière de droit pénal et de procédure pénale relève de la compétence de la Confédération.

2. L'organisation judiciaire et l'administration de la justice ainsi que l'exécution des peines et des mesures en matière de droit pénal sont du ressort des cantons, sauf disposition contraire de la loi ».

Cet arrêté a été adopté en votation populaire le 12 mars 2000. Il entrera en vigueur en même temps que la loi sur le tribunal pénal fédéral de première instance citée note 6. Pour une vue d'ensemble du chantier de la réforme de la justice, consulter le site <http://www.ejpd.admin.ch/f/dossiers/justizref/index>.

⁸ Sur l'entrée en vigueur différée de l'arrêté fédéral sur la réforme de la justice, voir la fin de la note précédente.

⁹ Avant-projet d'un Code de procédure pénale suisse, Berne, juin 2001, qui peut être consulté et téléchargé sur le site <http://www.ofj.admin.ch/f/index.html>

¹⁰ Qui rappelle la critique que Tocqueville adressait à la Suisse, pays de la « révolution démocratique », où l'on a pris coutume d'« ébranler à la fois et périodiquement toutes les lois » : « Rapport sur « La Démocratie en Suisse » de Cherbuliez », in *Œuvres*, Ed. Pléiade, 1991, vol. I, p. 637 et 642.

¹¹ Voy. PONCET, D., AMORUSO, L., « Constitutions et procédure pénale : l'exemple de Genève », in *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Bâle/Genève, Helbing & Lichtenhahn, 1991, p. 323 et s.

Face à ces obstacles, il y eut d'abord des réponses de «terrain». Il a fallu attendre plus d'un siècle pour voir naître une réponse institutionnelle, sous la forme d'un accord entre cantons approuvé par la Confédération, appelé *concordat* dans la terminologie helvétique¹². Ce concordat, qui a tôt éveillé l'intérêt des plus vigilants observateurs de la scène internationale¹³, mélange ce que l'on pourrait appeler en adoptant la terminologie européenne, reconnaissance mutuelle et entraide classique, mais assouplit à un tel point les conditions de celle-ci qu'elle paraît en fin de compte plus innovatrice que celle-là¹⁴.

En effet, le concordat autorise l'autorité judiciaire d'un canton à exécuter *elle-même* des actes de procédure sur le territoire d'un autre canton; elle applique alors son propre droit de procédure, même si ce dernier est contraire au droit du canton sur le territoire duquel l'acte est effectué¹⁵. On peut donc admettre que *forum regit actum* s'est substitué à *locus regit actum*. Un autre motif d'intérêt pour le concordat tient à l'attention portée aux *droits linguistiques* du prévenu, question qui est un des points sensibles de la mise en place d'un espace judiciaire au sein duquel cohabitent plusieurs langues et plusieurs cultures.

Le concordat donne des réponses pratiques aux besoins de collaboration. Il ne se veut pas et ne peut pas être un instrument de coordination des *politiques criminelles*. C'est pourtant sur ce terrain-là que se sont déplacées les frustrations ressenties par les acteurs judiciaires. Comment s'accommoder de politiques divergentes à Zurich, Lugano et Genève, pour nommer les trois principales places financières du pays? Dans les années quatre-vingt-dix, le maître mot devient l'*efficacité*. Ce concept managérial a acquis un rang constitutionnel en 1999¹⁶. Le transfert des compétences en matière

¹² Pour une description approfondie de cet instrument, je renvoie à AMIRDIVANI, B., JEANNERET, Y. et JUNG, A., «La coopération intercantonale suisse en matière pénale: un modèle pour l'Europe?» in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 227 et s.

¹³ Voy. WEYEMBERGH, A., «L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les Etats membres de l'Union européenne», in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 148-149.

¹⁴ Qui comprend par exemple l'exécution automatique d'un mandat d'arrêt décerné par l'autorité d'un autre canton, articles 20-21 du concordat; voy. AMIRDIVANI, B., JEANNERET, Y. et JUNG, A., *op. cit.*, p. 240.

¹⁵ Articles 3-4 du concordat, voy. AMIRDIVANI, B., JEANNERET, Y. et JUNG, A., *op. cit.*, p. 238-239.

¹⁶ Article 170 de la Constitution du 18 avril 1999: «L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation». Pour une analyse critique de la portée de ce nouveau principe constitutionnel, voy. FLÜCKIGER, A., «Le droit administratif en mutation: l'émergence d'un principe d'efficacité», *Revue de droit administratif et de droit fiscal* 2001, p. 93 et s.

¹⁷ Contrairement au projet de Code de procédure pénal unifié dont il a été question plus haut, la procédure fédérale actuelle, qui ne s'applique qu'aux procédures menées devant des instances de poursuite et d'instruction de la Confédération, s'appuie sur la séparation entre un ministère public qui «pilote» la poursuite et un juge d'instruction.

de poursuite et d'instruction ¹⁷ aux autorités fédérales (voy. *supra*, B, 2)) s'est fait à l'enseigne d'un paquet législatif symptomatiquement baptisé « projet d'efficacité ».

Ce transfert n'est toutefois pas complet. Sont automatiquement de la compétence fédérale les affaires de blanchissage d'argent, de corruption et de crime organisé ; cette compétence est *optionnelle* s'agissant de toutes les autres infractions économiques (délits de faux compris) ¹⁸. On peut ainsi parler d'une juridiction (fédérale) en « accordéon ».

La véritable efficacité aurait exigé qu'une *séquence complète* fût mise en place, de la saisine par le Parquet au jugement au fond. Pour des raisons de contingence politique, seule la première partie de la séquence est maintenant sur pied. Dès lors, les magistrats composant l'instance de poursuite fédérale vont, jusqu'à l'avènement du tribunal pénal fédéral de première instance, devoir porter l'accusation devant les tribunaux cantonaux, qui appliqueront leur procédure locale. Dès lors, à la spécialisation par matière – probablement nécessaire pour parvenir à une maîtrise complète dans des domaines aussi distincts que la corruption d'agents publics étrangers, le blanchissage d'argent ou encore la criminalité économique astucieuse à l'échelle internationale – se superposera une spécialisation par canton ou du moins par « famille procédurale ».

D. Vers une procédure unifiée et une organisation judiciaire harmonisée ?

Une fois engagé sur la voie de l'« efficacité », le pouvoir politique devra donc aller jusqu'au bout de sa logique et simplifier le travail des autorités de poursuite en instaurant un seul ressort judiciaire *et*, dans la mesure où certaines affaires devront, pour des raisons de connexité ou d'opportunité, continuer à être déléguées aux cantons ¹⁹, une procédure unifiée. Le mouvement dans cette direction est amorcé.

Toutefois, afin de ménager les susceptibilités « fédéralistes » (le mot ayant dans le langage helvétique un sens exactement opposé à celui qu'il a dans la terminologie traditionnelle des États-Unis), le Constituant a posé une distinction entre la procédure pénale, pour laquelle il a donné un mandat au législateur fédéral, et l'organisation judiciaire, qui devra ou pourra rester cantonale, et donc diversifiée. On peut prévoir que cette séparation, académiquement indéfendable, ne résistera pas aux impératifs de la pratique et que l'organisation judiciaire sera à son tour unifiée ou, à tout le moins, fera l'objet d'une harmonisation poussée.

Le premier avant-projet officiel de Code de procédure pénale unifié va d'ailleurs dans cette direction, en imposant le modèle du ministère public, autorité non seulement de poursuite et d'accusation, mais également d'instruction. Le juge d'instruction, que connaît sous diverses formes aujourd'hui encore une majorité de cantons, est ainsi à terme condamné à disparaître ²⁰. On se trouve en effet devant un heurt entre

¹⁸ Voir le commentaire succinct de ce dispositif par BÄNZIGER, F. et LEIMGRUBER, L., *Le nouvel engagement de la Confédération dans la poursuite pénale*, Berne, Stämpfli, 2001.

¹⁹ Voy. article 18 *bis* de la loi de procédure pénale fédérale révisé en 2000, voy. note 5.

²⁰ Il semble que, dans le cadre de la large procédure de consultation qui a été organisée durant l'hiver 2001-2002, la disparition programmée du juge d'instruction ait suscité quelques regrets, mais peu de franches oppositions.

principes constitutionnels : le maintien d'un « noyau dur » de fédéralisme est contraire au principe d'efficacité. Certes, ce dernier occupe *a priori* un rang moins élevé (ou se situe sur un autre plan) que d'autres principes constitutionnels – garanties de l'Etat de droit notamment ²¹, mais également principes organisateurs de l'Etat. Il n'en reste pas moins vrai que le processus de rationalisation de la politique criminelle ne saurait être stoppé au milieu du chemin et rester inachevé.

De ce rapide tableau se dégage à mon sens une conclusion : une fois lancé, le navire de la réforme et de la centralisation des pouvoirs en procédure pénale ne s'arrête pas. Le « tribunal pénal européen », horizon virtuel du mouvement qui a été lancé à la fin des années quatre-vingt-dix et dont Eurojust et le livre vert sont les premières réalisations, devrait prochainement quitter cet état virtuel ²².

2. Illustration des enjeux de l'harmonisation des sanctions

Après avoir situé la première partie à un échelon institutionnel, j'aimerais à l'inverse articuler la seconde partie de cette contribution autour d'une affaire concrète, dont j'ai eu à connaître comme juge ²³. Ou plutôt elle s'en inspire, car je modifie et simplifie quelque peu les termes du dossier, en particulier les données arithmétiques.

M. est un ressortissant d'un pays tiers (ni belge ni suisse), condamné en 2000 à Bruxelles à *cinq ans* d'emprisonnement dont *quatre* avec *sursis*. Il est traduit en jugement l'année suivante à Genève, pour des infractions du même ordre (escroquerie et usage de faux), commises *avant* sa condamnation en Belgique. Le Code pénal suisse prévoit dans un tel cas que le second juge devra fixer une peine qui, additionnée à la première peine prononcée, devra dans son ensemble correspondre à la peine qu'il aurait prononcée s'il avait eu lui-même à connaître de l'ensemble des infractions ²⁴ (article 68, chapitre 2) ; c'est le mécanisme du *concours réel rétrospectif*, qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, s'applique aussi bien sur le plan international qu'à l'intérieur du territoire national.

En l'espèce, la Cour correctionnelle, siégeant *avec* le concours d'un *jury*, a considéré que la peine « juste » pour cet ensemble d'infractions ne pouvait, au regard de la pratique genevoise, dépasser six ans. La peine complémentaire devait donc en principe s'élever à *une année*, année au demeurant purgée sous forme de détention avant jugement en Belgique. L'accusé devait donc ressortir libre du Palais de justice.

²¹ Voy. FLÜCKIGER, A., *op. cit.*, p. 104-105.

²² Sur ce point, voy. la contribution au présent ouvrage de FLORE, D.

²³ L'affaire n'est pas terminée à l'heure où ces lignes sont écrites. La Cour de cassation genevoise a rendu un arrêt le 15 mars 2002 (ACAS n° 11/02). Ce n'est bien entendu pas le fond de l'affaire qui nous intéresse ici, ni même la solution donnée par la Cour de cassation et les autres juridictions qui se sont prononcées, mais les enjeux que révèle ce cas. Ces enjeux rejoignent le thème général du présent ouvrage.

²⁴ Par application des mécanismes du concours d'infractions (article 68, chapitre 1 CP), selon lesquels la peine de l'infraction la plus grave peut être augmentée, en raison des infractions complémentaires, jusqu'à hauteur « de la moitié en sus de la peine prévue pour cette infraction » (la plus grave).

La Cour et le jury ont considéré cette conclusion comme insupportable, en particulier pour les victimes «suisses» (il s'agissait en réalité de compatriotes de l'auteur des infractions résidant en Suisse). S'appuyant entre autres sur les divergences de conception en matière de sursis, ils ont fixé une peine de trois ans et demi, soit les cinq ans belges, moins les dix-huit mois qui représentent le maximum légal de la peine pouvant être assortie du sursis en Suisse (article 41 CP).

De cette affaire, je propose de tirer quelques enseignements provisoires, qui sont des pistes de réflexion sur les grands enjeux du rapprochement des législations et des ordres judiciaires pénaux.

La réaction des juges du fond reflète l'aspiration à l'équité dans l'administration de la justice pénale, dans le cadre de laquelle elle était traditionnellement sinon absente, du moins très en retrait. Cette montée de l'équité est sans doute à mettre en relation avec la «résurrection des victimes»²⁵ que nos pays ont connue, avec une intensité variable, depuis le milieu des années quatre-vingt. Il me semble déceler un phénomène analogue autour de la détermination des conditions dans lesquelles il est équitable – précisément – de rendre la personne morale ou l'entreprise responsable des agissements de ses agents. Cela vaut en particulier, mais pas exclusivement, dans les pays ayant à l'image du législateur suisse retenu le modèle *subsidaire*, selon lequel l'imputation à la personne morale ou à l'entreprise vient suppléer à l'impossibilité d'une imputation à la personne physique auteur direct de l'infraction²⁶. Cette impossibilité doit-elle être interprétée strictement (le responsable ne *peut* être découvert) ou peut-on lui assimiler les cas dans lesquels cette imputation est manifestement *inéquitable* (cas du lampiste qui ne doit pas répondre seul d'un phénomène de négligence collectif ou «fabrication» par l'entreprise d'un coupable commode, entre autres parce que l'amende sera fixée en fonction des ressources de cet agent)?

L'exemple décrit ici nous rappelle qu'il faut aller au-delà de l'équation classique «droit pénal = attribut essentiel de la souveraineté»²⁷, par laquelle on justifie ou explique – explication qui d'ailleurs demeure parfaitement valide mais ne doit pas épuiser la réflexion – les blocages auxquels se heurte le rapprochement interétatique en matière pénale.

Outre sa fonction «garantiste» qu'il serait également erroné de négliger (l'attachement au territoire est une demande de protection des lois, de forme et de fond, du lieu de commission de l'infraction²⁸), le droit pénal est aussi un fait de culture, et cela plus encore dans le domaine des sanctions que dans celui des

²⁵ Voy. sur ce sujet ROTH, R., «Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal» in *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du professeur Ch. A. Morand*, Bâle-Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 441.

²⁶ Pour un tableau général et des réflexions sur les modèles d'imputation, voy. ROTH, R., «Rapport général sur la responsabilité pénale de la personne morale» in *La responsabilité; aspects nouveaux, Travaux de l'Association Henri-Capitant 1999*, Paris, LGDJ, 2002.

²⁷ Voy. WEYEMBERGH, A., «Droit pénal et reconnaissance des décisions judiciaires. Un nouveau défi pour l'Union européenne», *JTDE*, 2001, 82, p. 19 et s.

²⁸ «Le principe de la territorialité offre la meilleure protection contre un exercice du pouvoir de punir qui met en question la liberté et la sécurité juridique de l'individu et est de ce fait ressenti comme arbitraire», traduction libre de GERMANN, O., «Rechtsstatliche

incriminations. Dans notre cas, la raison essentielle de non-application du mécanisme du concours réel rétrospectif tenait à une différence profonde quant à la durée maximale de la peine pouvant être assortie du sursis : de cinq ans en Belgique ²⁹ et de dix-huit mois en Suisse. Il est facile de vérifier auprès d'un public comme celui d'étudiants en droit débutants sur quels objets il existe une « culture proto-juridique » : alors qu'avant d'avoir examiné le sujet, ils ignorent tout de la définition de l'escroquerie et que le terme « astuce » les renvoie le plus souvent aux récits des ruses du renard de leurs contes, leur réponse est généralement très assurée quand on les interroge sur ces fameux dix-huit mois. Peut-être est-ce là une caractéristique locale, et un motif quelconque – j'ai peine à déterminer lequel – explique-t-il une perception particulièrement aiguë de cet objet, mais je ne le crois pas. Si l'hypothèse est correcte, le chemin de l'élaboration de la « citoyenneté pénale » européenne passe par l'harmonisation des conceptions en matière de sanctions.

Quel est l'objet prioritaire de l'harmonisation et jusqu'où doit-elle aller ? Les responsables de l'Union européenne empoignent le sujet sous un angle technique, voire comptable, ce qui s'explique entre autres par le calendrier et les impératifs liés au peaufinage du mandat d'arrêt européen ³⁰. Mais on ne pourra à mon sens éviter d'aborder les questions de fond, et le sursis sera le pivot des débats, parce qu'il est dans bien des pays, tels que la Suisse, le pivot de la politique sanctionnelle ³¹. Sa conception déjà : est-ce une forme d'exécution de la peine ? Ou plutôt de non-exécution ? Ou encore une sanction *sui generis* ? Il est frappant de constater que, dans l'affaire précédemment décrite, le juge et le jury ont considéré comme acquis que la partie de la peine assortie du sursis ne serait pas exécutée ; cette perception repose intuitivement sur la réalité décrite, ou plutôt estimée, par la recherche, selon laquelle le taux de révocation du sursis, suite à la violation des conditions posées à l'octroi de celui-ci (réitération, etc.), ne dépasse pas 10 % ³². Cette prémisse est-elle correcte ? Dans le calcul de la « peine juste », convient-il de distinguer la peine prononcée judiciairement et la peine statistiquement vraisemblable ?

Schranken im internationalen Strafrecht», *Rev. pén. suisse*, 1954, p. 241, reprise de ROTH, R., « Territorialité et extraterritorialité en droit pénal international », *Rev. pén. suisse*, 1994, p. 3.

²⁹ Article 8 § 1 al. 1 Code pénal belge.

³⁰ Voy. les développements dans la contribution à cet ouvrage de WEYEMBERGH, A.

³¹ Selon les dernières statistiques disponibles (*Annuaire statistique suisse*, 2002, p. 865), il a été prononcé en 1999 36 200 peines privatives de liberté assorties du sursis pour 10 367 peines fermes. Le nombre total des amendes est difficile à déterminer. Les amendes pénales inscrites au casier judiciaire (en gros, les amendes supérieures ou égales à 500 francs soit environ 325 euros) sont au nombre de 22 972.

³² Voy. PIETH, M., *Bedingte Freiheit*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001, p. 349.

En réalité, le débat qui est à mener rappelle celui qu'ont ouvert les politiques et scientifiques nord-américains autour du *real time sentencing* : doit-on admettre une différence entre la peine formelle – la peine prononcée par le juge – et la peine réelle, celle qui est subie par le condamné ³³ ? Mais il est plus large et porte sur l'ensemble des éléments constitutifs du programme d'harmonisation. Les risques d'une « harmonisation en trompe-l'œil » ³⁴ sont ici évidents, et notre exemple les a, je crois, bien mis en lumière.

³³ Pour une description et une critique de la recherche de la « *truth in sentencing* », voy. RIKLIN, F., « The Death of Common Sense – kritische Gedanken zur gegenwärtigen amerikanischen Kriminalpolitik », in *Festschrift Jörg Rehberg*, Zürich, Schulthess, 1996, p. 274. En français : PRADEL, J., « Quelques tendances actuelles de la pénologie américaine », *RIDP*, 1995, n° 66, pp. 271 et s.

³⁴ Excellente expression proposée, dans un autre contexte par FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, n° 60, p. 2 et s.

Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération

Denise SORASIO

Qui aurait cru, il y a quarante ans, que les « Communautés européennes » auraient un jour à s'occuper des questions de sécurité et de justice pénale ? Certes, les questions de sécurité et de justice pénale sont relativement nouvelles pour la construction européenne. Pourtant, lorsque, au lendemain du 11 septembre, la Commission européenne a déposé plusieurs propositions tendant à rendre plus efficace la lutte contre le terrorisme, elle ne faisait que répondre à une attente générale. En effet, depuis la fin des années quatre-vingt, on a conscience du besoin de renforcer les mécanismes permettant d'assurer aux citoyens européens un niveau adéquat de sécurité.

En fixant à l'Union un objectif politique : la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, le traité d'Amsterdam a donné une impulsion forte à la construction européenne en matière de justice et de police. Pendant longtemps on a pu regretter les faibles avancées de l'Europe dans ce domaine. Il reste encore beaucoup à faire mais si l'on se réfère aux travaux des deux années passées, et tout particulièrement au travail accompli pendant la présidence belge, on peut se féliciter des réels progrès, tant sur le plan concret qu'au niveau de l'évolution des mentalités. Juste quelques chiffres qui illustrent l'importance du travail réalisé. Une fois n'est pas coutume, j'emprunterai mes chiffres au Conseil : en 2001, on estime que 25 % des travaux du Coreper ont été consacrés aux questions de justice et d'affaires intérieures, de même que 40 % des travaux de traduction. Et le 11 septembre a certes renforcé la prise de conscience politique du besoin d'améliorer les mécanismes de la coopération judiciaire et policière. Mais si une réponse rapide a déjà pu être donnée, c'est que sur beaucoup de points nous étions prêts. Dans la foulée du Conseil européen de Tampere, nous avons mis sur la table et préparé un série de propositions. Le Conseil européen de Laeken a tiré un premier bilan positif du travail réalisé depuis et a relancé les commandes.

Nos travaux s'organisent depuis plusieurs années autour de trois axes : la reconnaissance mutuelle des décisions, le rapprochement du droit pénal substantiel et la mise en place d'outils de coopération. C'est dans ce sens que nous allons continuer et que d'ailleurs s'organisera cette contribution. A travers ces différents axes de travail, nous engloberons tous les aspects de la procédure tant dans la phase d'enquête

qui précède le jugement que petit à petit dans la phase post-pénale, sans négliger les droits individuels, tant des prévenus que des victimes.

1. La reconnaissance mutuelle

L'adoption du mandat d'arrêt européen est une première illustration concrète de la pertinence du concept de reconnaissance mutuelle pour la création de l'espace judiciaire européen. Je ne reviendrai pas en détail sur cette mesure qui a déjà été largement abordée dans d'autres contributions, mais je me féliciterai quand même de ce que la mise en œuvre, à travers le mandat d'arrêt européen, du principe de reconnaissance mutuelle a permis d'abroger entre les Etats membres les trois conventions d'extradition de 1957, 1995 et 1996 ainsi que les deux protocoles à la convention de 1957 et les dispositions relatives à l'extradition des accords de Schengen. Ce travail de simplification, qui sera très précieux pour les professionnels, représente clairement une rupture dans les outils traditionnels de la coopération judiciaire. Là où auparavant nous avions des Etats qui coopéraient entre eux à travers le mécanisme de l'extradition, nous avons maintenant un espace unique où la décision judiciaire, moyennant certains contrôles, a des effets géographiques étendus à toute l'Union.

Le texte de la décision-cadre devra être transposé dans les législations nationales. L'élaboration du certificat permettra pratiquement aux professionnels de disposer rapidement de l'outil adéquat pour utiliser effectivement le mandat d'arrêt européen. La Commission se réjouit que plusieurs Etats membres aient déclaré vouloir accélérer le mouvement et mettre en œuvre le mandat d'arrêt européen dès le 1^{er} janvier 2003. Cela nous donnera déjà une première mesure de la pertinence et des difficultés éventuelles liées à la mise en œuvre de ce texte. Dans quelques années, la Commission aura la charge d'élaborer le rapport sur cette mesure. Ce rapport sera important car le mandat d'arrêt européen est une mesure très nouvelle dans sa conception, et sa mise en œuvre aura des implications très différentes de celles qui découlent d'un instrument de coopération traditionnel. La Commission s'interroge d'ores et déjà sur les moyens de faciliter l'établissement de ce rapport par des mécanismes d'enregistrement ou d'archivage et compte sur toute la collaboration des Etats membres pour ce faire.

Il reste de nombreuses mesures à prendre pour réaliser le programme de reconnaissance mutuelle, et leur réussite dépend aussi de leur degré de préparation. L'adoption de ces mesures représente un réel progrès, mais leur aboutissement implique parfois des compromis qui leur confèrent des faiblesses. Par exemple, le Conseil a adopté la décision-cadre sur le gel des avoirs et des preuves. Le champ d'application de l'abandon de la double incrimination dans ce texte recopie le système de liste assorti d'un seuil de trois ans introduit pour le mandat d'arrêt européen. Pourtant, ce seuil, qui se justifiait pour le mandat d'arrêt européen car il s'agit d'une atteinte aux libertés individuelles, qu'on peut vouloir limiter aux infractions les plus graves, n'a pas vraiment de raisons d'être pour l'obtention des preuves qui doit être largement facilitée même pour des infractions qui n'atteignent pas ce seuil de gravité.

En d'autres termes, c'est l'esprit du mandat d'arrêt européen qui doit nous guider, plutôt que la lettre, lorsqu'elle représente une contrainte disproportionnée dans le

contexte d'un autre instrument. L'ambition dont les Etats membres ont su faire preuve sous la pression politique du 11 septembre ne doit pas fléchir dans l'avenir.

Pour poursuivre la mise en œuvre du programme de reconnaissance mutuelle, la Commission a introduit dans son plan de travail pour 2002 les mesures considérées comme prioritaires et a entamé des études préalables dans de nombreux domaines (par exemple, la détention provisoire et les mesures de surveillance pré-sentencielles, la communication des casiers judiciaires, la reconnaissance des mesures de déchéance).

Les réactions parfois négatives suscitées par le mandat d'arrêt européen et les mesures proposées contre le terrorisme confirment aujourd'hui la nécessité d'avancer aussi sur la question des garanties procédurales. En effet, faciliter l'enquête pénale et la remise des personnes au sein de l'Union, ne doit pas se faire au prix d'une diminution du respect des droits et des libertés individuelles. La Commission a déjà mis sur le site Web un document de réflexion sur les garanties procédurales. Nous souhaitons organiser autour de ce thème une concertation et un débat aussi large que possible. Une première communication est prévue sur ce sujet au début de l'été, et la Commission envisage de faire des propositions législatives au début de l'année prochaine, dont on peut espérer qu'elles pourraient entrer en vigueur en même temps que le mandat d'arrêt européen.

2. Rapprochement du droit pénal substantiel

Reconnaissance mutuelle et rapprochement des législations sont deux mécanismes complémentaires permettant d'aboutir à la réalisation de l'espace judiciaire européen. Si les progrès accomplis grâce à la reconnaissance mutuelle sont plus spectaculaires, notamment grâce au mandat d'arrêt européen, le rapprochement des législations est un objectif autonome, dans les domaines jugés prioritaires et identifiés comme tels dans le plan d'action de Vienne ou les conclusions de Tampere. Le rapprochement n'est pas une condition *sine qua non* de la reconnaissance mutuelle. L'exemple des débats qui se sont déroulés à l'occasion des négociations sur le mandat d'arrêt européen au sujet de la suppression de la double incrimination pour la liste d'infractions (la fameuse «liste positive») illustre néanmoins que les mécanismes de la reconnaissance mutuelle peuvent être plus efficaces lorsqu'il existe un certain consensus et un niveau minimal de rapprochement des législations.

En ce qui concerne le rapprochement du droit pénal substantiel, pratiquement toutes les commandes du plan d'action de Vienne et du Conseil européen de Tampere auront été réalisées d'ici la fin de l'année. La Commission va bientôt soumettre une proposition de décision-cadre sur le piratage informatique qui complète cet arsenal.

La réticence de certains Etats membres à rapprocher le niveau des sanctions applicables doit être surmontée, parce que cela répond à une volonté politique inscrite dans le traité et confirmée au plus haut niveau. Affirmer que des actes identiques, commis en différents lieux du territoire européen et correspondant à des définitions pénales harmonisées, devraient pouvoir être sanctionnés de manière équivalente est politiquement nécessaire, et nos concitoyens auraient du mal à comprendre le contraire.

Si la criminalité, particulièrement lorsqu'elle est organisée et transfrontalière, est une menace européenne, la réponse doit être européenne aussi, y compris en

ce qui concerne le niveau des sanctions. C'est à partir de l'aspect normatif de la sanction applicable qu'il faut poursuivre la réflexion. Par exemple, cela devrait inciter les professionnels à réfléchir au niveau des peines prononcées, ce qu'on désigne en anglais sous le nom de «*sentencing*». De son côté, la Commission a entamé une réflexion sur la question de l'application des peines et le suivi post-pénal des délinquants, afin notamment d'évaluer comment une action de l'Union pourrait faciliter la réintégration des délinquants, ce qui n'est, somme toute, qu'un des aspects de la prévention. En fonction des résultats d'une étude en cours, la Commission examinera l'opportunité de faire des propositions législatives.

3. Les outils de la coopération

La construction de l'espace judiciaire européen se fait de manière pragmatique. A côté de l'important travail législatif qui est opéré à travers la reconnaissance mutuelle et le rapprochement des législations, l'Union se dote des structures et des outils pratiques destinés à rendre plus efficace son action de lutte contre la criminalité.

Déjà, le réseau judiciaire européen apporte un soutien concret aux enquêtes. Les outils qu'il met en place (atlas judiciaire, fiches belges, réseau de communication sécurisé etc.) seront précieux pour faciliter les communications entre magistrats. Leur adaptation, dans la perspective de l'élargissement, est un développement très attendu.

Dans le même ordre d'idées, le réseau européen de formation judiciaire, dont la création a été demandée par les conclusions du Conseil européen de Laeken, devra permettre aux magistrats nationaux de s'approprier les nouveaux outils élaborés au niveau de l'Union européenne, tout particulièrement le mandat d'arrêt européen, et de développer une culture judiciaire commune fondée sur la confiance, sans laquelle le processus de reconnaissance mutuelle par exemple risque d'être bloqué.

Je ne puis que me féliciter aussi de l'adoption formelle par le Conseil, le 28 février 2002, de la décision créant Eurojust. Je salue là encore toute l'efficacité de la présidence belge pour y parvenir dans les délais. Le premier rapport annuel d'activités de pro-Eurojust anticipe déjà sur l'utilité de cette nouvelle structure. L'unité définitive interviendra pour faciliter l'échange des informations et la coordination des poursuites, notamment dans les formes graves des crimes frontaliers. Eurojust devra permettre une amélioration réelle et concrète de la coopération. L'unité Eurojust devrait apporter aux magistrats une vision plus européenne des dossiers qu'ils ont en charge et faciliter concrètement leurs investigations.

Je terminerai à ce stade en citant l'exemple des équipes communes d'enquêtes. Cet exemple est intéressant à double titre. Sur le fond, ce mécanisme qui permettra de constituer des équipes composées d'enquêteurs de plusieurs nationalités devrait résoudre de nombreuses difficultés dans les enquêtes transfrontalières. Sur la forme, le contenu de la future décision-cadre est repris de l'article 13 de la convention d'assistance mutuelle de 2000. La transformation en décision-cadre de dispositions conventionnelles est très significative de l'évolution des relations juridiques dans le cadre de l'Union européenne. Très concrètement, elle illustre le fait que les conventions, outils traditionnels de la coopération judiciaire intergouvernementale ne sont plus adaptées à l'état actuel des relations au sein de l'Union européenne.

Il n'est à cet égard pas indifférent de constater qu'un texte tel que le mandat d'arrêt européen a été adopté sous forme de décision-cadre et non de convention. L'expérience a prouvé que du fait qu'elle exige ratification, la mise en œuvre d'une convention accuse souvent des retards. Les décisions-cadres doivent, elles aussi, être intégrées dans les législations internes des Etats membres, selon un processus du même type que celui utilisé pour les directives, mais leur entrée en vigueur n'est pas subordonnée à un nombre minimum de «ratifications». C'est un rapprochement, modeste, entre les instruments adoptés respectivement dans le premier et le troisième pilier. Quelles que soient les spécificités des matières du troisième pilier, l'utilisation dans ce domaine des outils traditionnels de la construction européenne, règlements et directives, et la pleine implication des institutions comme le Parlement européen et la Cour de justice, constitueraient un progrès certain et garantiraient une cohérence accrue dans la réalisation harmonieuse des objectifs différents et complémentaires de l'Union. C'est certainement là une piste de réflexion pour la Convention.

POSTFACE

Les perspectives du troisième pilier dans le cadre de la Convention

Ana PALACIO VALLELERSUNDI

Peu de débats européens intéressent aujourd'hui potentiellement autant les citoyens que ceux liés aux politiques de Justice et d'Intérieur – en jargon communautaire la réforme du troisième pilier. Le terrorisme, l'immigration illégale, la sécurité intérieure en général, sont des sujets d'actualité évidents aussi bien dans les opinions publiques des différents Etats membres que dans l'opinion publique européenne émergente. De même, le citoyen est conscient de l'inexistence d'un espace judiciaire européen lorsqu'il constate les conséquences de la compartimentation actuelle non seulement dans la lutte contre le crime organisé mais également dans plusieurs expériences d'exercice de ses droits. Il suffit à cet égard de songer à la véritable course d'obstacles pour exécuter une sentence commerciale d'un autre Etat membre ou à l'impuissance face à des situations comme la séquestration d'enfants de couples transnationaux.

Il y a donc urgence politique. Urgence politique d'en finir avec une longue période de création d'un droit virtuel dans ces domaines sensibles. Une période pendant laquelle les actes législatifs adoptés à Bruxelles parvenaient rarement à prendre effet, à la surprise, la perplexité et l'incrédulité de l'opinion publique qui lisait dans les grands titres la signature d'accords – extradition, coopération judiciaire en matière pénale, pour ne citer que deux exemples parmi les dizaines qu'il faudrait énumérer – pour s'apercevoir des mois ou des années plus tard, à la lecture d'une chronique de tribunaux, qu'ils ne sont pas entrés en vigueur, et que sans doute ils n'entreront jamais en vigueur. Dans ces conditions, qui la dévalorisation de tout le processus d'intégration européenne que produisent ces situations incompréhensibles peut-elle surprendre ?

L'adoption récente des décisions-cadres sur le terrorisme et sur le mandat d'arrêt européen, bien qu'elles ne soient pas encore entrées en vigueur, montre que les responsables politiques ont pris conscience de la nécessité de passer des paroles aux actes, du virtuel au réel, du programme à l'efficacité. Cependant, il existe, à traité constant, un décalage évident entre l'urgence du problème politique qui suppose l'efficacité dans ce domaine et la complexité des réponses techniques que permet le cadre juridique. Pour cela, le succès de la Convention se mesurera à sa capacité de

concevoir des solutions qui conjuguent une solide ambition – garantir les droits des citoyens de l’Union – avec la rationalisation des instruments pour l’atteindre tout en partant d’une philosophie de subsidiarité de l’action de l’Union.

Le traité consacre le droit des citoyens à la sécurité, droit que les Etats membres ne sont pas en état de garantir par eux-mêmes. Il faut donc construire une Europe de la sécurité intérieure qui complète les dispositifs nationaux et capitalise les succès d’Amsterdam, de Tampere, de Nice et de Laeken. Cette Europe doit être cimentée dans un ordre public européen qui consacre le dénominateur commun de l’ordre public national de chaque Etat membre, en grande partie formulé déjà par la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (en ce qui concerne l’immigration et l’entraide mutuelle en matière pénale, pour ne citer que deux exemples). Ainsi, le terrorisme ou la traite d’êtres humains font-ils partie de cet ordre public européen, tandis que l’euthanasie, l’avortement ou le mariage entre homosexuels, questions pour lesquelles se manifestent des inerties culturelles aussi ancrées que différentes, sont en dehors de celui-ci. De plus, la cohérence de l’ensemble doit assurer la non-discrimination entre les citoyens de l’Union, aussi bien de façon négative face à l’insécurité que de façon positive dans la jouissance des droits fondamentaux reconnus par le traité. En effet, le traité garantit les droits fondamentaux des citoyens de l’Union européenne et, en conséquence, cette Europe de la sécurité intérieure doit se construire en respectant ces droits, de la transparence à la protection de données, du droit d’accès à la justice (dans les mêmes conditions que les nationaux, y compris la gratuité) à la liberté de circulation et au droit d’établissement. Enfin, il faudra établir un contrôle juridictionnel effectif sur le plan national comme européen et, dans ce contexte, la Convention doit décider d’intégrer au traité la charte des droits proclamée à Nice et la « justiciabilité » de tous ou certains de ses préceptes, et doit réfléchir à l’adhésion éventuelle de l’Union (après établissement de la personnalité juridique de celle-ci) à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme.

En ce qui concerne la primauté de la subsidiarité, c’est un corollaire de l’efficacité. L’espace de liberté, de sécurité et de justice est par nature un environnement où, pour être efficace, l’Union doit uniquement intervenir dans les matières, dans la mesure et au moment où l’action nationale n’est pas appropriée pour affronter avec succès certains problèmes communs. C’est-à-dire que la responsabilité des Etats membres est et devra continuer à être la règle, sous réserve de ne pas affecter les intérêts de l’ensemble. Cette intervention doit donner la priorité au cœur démocratique essentiel de la sécurité, mis crûment en relief par de récents événements électoraux, au travers de la définition de quelques priorités claires en matière de politique d’immigration et de politique pénale. Ce qui implique un renforcement du Parlement européen et du rôle des Parlements nationaux, qui sont les mieux placés pour évaluer l’impact réel dans le tissu social d’une certaine mesure aussi bien en phase de consultation qu’au moment de son application. La formulation de règles communes doit être consolidée là où priment les aspects procéduraux tels que le droit d’asile, le droit de l’immigration – y compris les politiques d’intégration –, ou la procédure pénale, tandis quelle doit être exceptionnelle dans le droit matériel. En droit matériel, l’action d’harmonisation doit se limiter aux questions qui sont à l’évidence d’ordre public européen comme le

terrorisme ou la traite d'êtres humains déjà mentionnés, la reconnaissance mutuelle se maintenant par principe dans la coopération judiciaire civile ou pour les infractions ordinaires. La création d'organes opérationnels ou d'agences doit se baser sur ce choix, donnant la préférence à la coordination des organes nationaux. Le modèle Eurojust devrait donc être préféré au modèle Europol. Toutes ces réflexions conduisent à réaffirmer la prévalence du principe de subsidiarité au moment d'établir la répartition concrète des compétences et des responsabilités.

Enfin, la simplification du cadre institutionnel est indispensable, que ce soit au moyen de la fusion des piliers actuels ou par la systématisation des approches transversales que devra intégrer la dimension externe des politiques de sécurité, en alignant le régime juridique des instruments (tels que la directive et la décision-cadre) et en nivelant les contrôles démocratiques et juridictionnels. La simplification et la clarification des fonctions et de l'organisation des entités dont les profils et l'efficacité sont à tout le moins flous est également souhaitable ; c'est notamment le cas d'Europol avec ses quatre cents fonctionnaires ou de l'OLAF, créé par la Commission européenne pour lutter contre la fraude aux dépens des intérêts financiers de la Communauté, qui en compte plus de deux cents. La simplification de l'adoption de décisions par le recours à la majorité qualifiée est essentielle ainsi que la fin des systèmes d'*opting out* – c'est-à-dire, la possibilité de tout Etat de ne pas participer à une politique – ou la tolérance face à l'*opting in* temporaire, en privilégiant les techniques d'abstention constructive. La responsabilisation des Etats membres est la condition de l'efficacité du dispositif aussi bien dans la phase d'élaboration de la législation via la méthode d'évaluation et de coordination, que lors de la mise en pratique des mesures adoptées. Concernant cette dernière, l'instauration d'un recours pour les cas de non-respect des engagements pris en matière d'entraide mutuelle est souhaitable, de même qu'une systématisation des procédures de sanction à charge des Etats récalcitrants.

La Convention fait donc face à un grand défi. L'Union, en établissant d'abord et en renforçant ensuite le concept de citoyenneté européenne, en cimentant son propre développement dans les droits fondamentaux, a changé de nature. Depuis le secteur économique, elle s'est aujourd'hui introduite pleinement dans le cadre de la politique, en créant des attentes chez les citoyens, qui ne se sentent plus simplement nationaux mais également européens. Une grande bataille se livre donc : le futur de l'Union européenne dépend de notre ambition et de notre capacité à consolider une authentique Europe de la sécurité intérieure.

Liste des abréviations

Arr. Cass.	Arresten van het Hof van Cassatie
Bull. UE	Bulletin de l'Union européenne
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
CARDS	Community Assistance for Reconstruction, Development and Stabilisation
CDPC	Comité européen pour les problèmes criminels
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CEPOL	Collège européen de police
C.i.cr.	Code d'instruction criminelle
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Commiss. eur. DH	Commission européenne des droits de l'homme
Coreper	Comité des représentants permanents
Cour eur. DH	Cour européenne des droits de l'homme
CP	Code pénal
CPE	Coopération politique européenne
ECHR	European Convention of Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECPN	European Crime Prevention Network
EDMC	European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction
EDU	European Drug Unit
EJN	European Judicial Network
EJTN	European Justice Training Network
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
EPC	European Political Cooperation
EPP	European Public Prosecutor
ETA	Euskadi ta Askatasuna
ETS	European Treaty Series
EU	European Union
EUPM	European Union Police Mission

GAFI	Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux
GU	Gazzetta Ufficiale
HCR	Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés
ICG	Intergovernmental Conference
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
JAI	Justice et affaires intérieures
JHA	Justice and Home Affairs
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JT	Journal des tribunaux
JTDE	Journal des tribunaux. Droit européen
MB	Moniteur belge
MEDA	Mesures d'accompagnement financières et techniques à la réforme des structures économiques et sociales dans le cadre du partenariat euro-méditerranéen
MPE	Ministère public européen
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OJEC	Official Journal of the European Communities
OLAF	Office de lutte antifraude
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PESD	Politique européenne de sécurité et de défense
PHARE	Programme d'aide communautaire aux pays d'Europe centrale et orientale
PIF	Protection des intérêts financiers des Communautés européennes
RAE	Revue des affaires européennes
R. Cass.	Recente arresten van het Hof van Cassatie
RBDI	Revue belge de droit international
RDE	Revue de droit des étrangers
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RMUE	Revue du marché unique européen
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
SIS	Système d'information Schengen
SMIG	Salaire minimum interprofessionnel garanti
TACIS	Programme d'assistance technique à la Communauté des Etats indépendants et à la Mongolie (Technical Assistance to the Commonwealth of Independant States)
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TEU	Treaty on European Union
TUE	Traité sur l'Union européenne
UCLAF	Unité de coordination de la lutte anti-fraude

Liste des auteurs

Emmanuel BARBE, magistrat, Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne.

Maria Luisa CESONI, professeur de droit pénal et de criminologie à l'UCL.

Serge DE BIOLLEY, conseiller au ministère de la Justice et collaborateur scientifique à l'Institut d'Etudes européennes de l'ULB.

Gilles DE KERCHOVE, directeur au Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, professeur à l'Institut d'Etudes européennes de l'ULB, à l'UCL et aux Facultés universitaires Saint-Louis.

Olivier DE SCHUTTER, professeur à l'UCL.

Daniel FLORE, conseiller général au ministère belge de la Justice et chargé de cours à l'UCL.

Jürgen FRIEBERGER, Administrator, Criminal judicial co-operation Unit, DG Justice and Home Affairs, European Commission.

Sabine GLESS, Max Planck Institute for International Criminal Law, Freiburg.

Lorna HARRIS, Head of the Central Authority for mutual assistance, Home Office, UK.

Jean Paul JACQUÉ, professeur des Universités, directeur au Service juridique du Conseil.

Laurent JADOUL, assistant à l'Institut de droit européen (Leuven).

Georges KELLENS, professeur de criminologie à l'Université de Liège.

Koen LENAERTS, juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes et professeur de droit européen (Leuven).

Hans G. NILSSON, Head of Division, Directorate General Justice and Home Affairs, Council of the EU.

Ana PALACIO VALLELERSUNDI, ministre des Affaires étrangères, Espagne.

Robert ROTH, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Lorenzo SALAZAR, magistrat, Représentation permanente de l'Italie auprès de l'Union européenne.

Denise SORASIO, directrice, direction générale Justice et Affaires intérieures, Commission européenne.

Guy STESENS, Administrator, DG Justice and Home Affairs, General Secretariat of the Council of the European Union.

Carrol TANGE, chercheur, Centre de recherches criminologiques, ULB.

Marc VERWILGHEN, ministre de la Justice.

Antonio VITORINO, membre de la Commission européenne.

Anne WEYEMBERGH, chercheuse à l'Institut d'Etudes européennes et chercheuse associée au Centre de droit international de l'ULB.

Simone WHITE, administrateur, OLAF (Office européen de lutte antifraude).

Table des matières

Remerciements	VII
Préface	
António VITORINO	IX
Introduction	
Marc VERWILGHEN	1

Partie I Les acteurs

D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale Daniel FLORE	9
What Kind of Judicial Control Do the New Protagonists Need? The Accountability of the European Police Office (Europol) Sabine GLESS	31
The European Prosecutor : Extension of Eurojust or "Prolongation" of the <i>Corpus Juris</i> proposals? Simone WHITE	47
Le rôle des nouveaux acteurs dans la définition d'une politique criminelle européenne Lorenzo SALAZAR	55
Proliferation or Concentration of the Actors in the JHA Area ? Hans G. NILSSON	63
L'acteur policier entre structures formelles et informelles Carrol TANGE	81

Partie II
La reconnaissance mutuelle

The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security Guy STESENS.....	91
Mutual Recognition from a Practical Point of View : Cosmetic or Radical Change? Lorna HARRIS	105
Le mandat d'arrêt européen : en tirera-t-on toutes les conséquences ? Emmanuel BARBE	113
The Search for Criteria Determining the Competent Jurisdiction to Carry out Investigations and Prosecutions in the European Union (in the Context of Mutual Recognition of Decisions in Criminal Matters)? Jürgen FRIEBERGER	119

Partie III
Le rapprochement des législations

Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences Anne WEYEMBERGH	127
Quelle utilité pour l'harmonisation des sanctions au niveau européen ? Georges KELLENS	145
Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse Maria Luisa CESONI	153

Partie IV
Questions transversales

Liberté et sécurité dans la constitution de l'espace européen de justice pénale : cristallisation de la tension sous présidence belge Serge DE BIOLLEY	169
Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ? Koen LENAERTS et Laurent JADOUL	199
L'espace de liberté, de sécurité et de justice et la responsabilité individuelle des Etats au regard de la convention européenne des droits de l'homme Olivier DE SCHUTTER	223
La question de la base juridique dans le cadre de la justice et des affaires intérieures Jean Paul JACQUÉ	249

Relations extérieures et élargissement	
Gilles DE KERCHOVE	257
Vers un tribunal pénal européen ? Pour quelles sanctions ?	
Brèves réflexions comparatistes	
Robert ROTH	279
Reconnaissance mutuelle, rapprochement des législations et coopération	
Denise SORASIO	289
Postface	
Les perspectives du troisième pilier dans le cadre de la Convention ?	
Ana PALACIO VALLELERSUNDI	295
Liste des abréviations	299
Liste des auteurs	301
Table des matières	303

A la suite des événements dramatiques du 11 septembre 2001, la mise en place de l'espace pénal européen a connu une accélération sans précédent. Dans ce contexte, la Présidence belge de l'Union européenne a recueilli l'accord du Conseil sur trois instruments essentiels : le mandat d'arrêt européen, la définition commune du terrorisme et la mise sur pied d'Eurojust. Chacun constitue une avancée majeure sur les trois axes de travail principaux que le Conseil européen a assignés au Conseil lors de sa réunion de Tampere : la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale, l'harmonisation des législations et la mise en place d'acteurs européens.

L'objet du présent ouvrage est de mener une réflexion originale sur ces réalisations. Il s'interroge aussi sur les enjeux et les perspectives de l'Europe pénale dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Union européenne, convoquée par les chefs d'Etat ou de gouvernement lors du Sommet européen de Laeken. Les travaux menés sous la présidence de Monsieur Giscard d'Estaing fournissent, en effet, l'occasion de réfléchir aux réformes institutionnelles à entreprendre pour faire de l'Union européenne un authentique espace de liberté, de sécurité et de justice. Faut-il par ailleurs approfondir encore l'espace pénal ? Ou, en d'autres termes, la reconnaissance mutuelle préfigure-t-elle la constitution d'un « territoire pénal européen » ? L'harmonisation des législations constitue-t-elle un premier pas vers un droit pénal européen ? Peut-on voir dans Eurojust une anticipation d'un procureur européen ?

L'ouvrage est le fruit de la collaboration d'une équipe internationale composée d'académiques et de chercheurs, de praticiens de la justice, de fonctionnaires nationaux ou européens.

Règles d'utilisation de copies numériques d'œuvres littéraires publiées par les Editions de l'Université de Bruxelles et mises à disposition par les Bibliothèques de l'ULB

L'usage des copies numériques d'œuvres littéraires, ci-après dénommées « copies numériques », publiées par les Editions de l'Université de Bruxelles, ci-après dénommées EUB, et mises à disposition par les Bibliothèques de l'ULB, implique un certain nombre de règles de bonne conduite, précisées ici. Celui-ci est reproduit sur la dernière page de chaque copie numérique publiée par les EUB et mise en ligne par les Bibliothèques; il s'articule selon les trois axes [protection](#), [utilisation](#) et [reproduction](#).

Protection

1. Droits d'auteur

La première page de chaque copie numérique indique les droits d'auteur d'application sur l'œuvre littéraire.

La mise à disposition par les Bibliothèques de l'ULB de la copie numérique a fait l'objet d'un accord avec les EUB, notamment concernant les règles d'utilisation précisées ici.

Pour les œuvres soumises à la législation belge en matière de droit d'auteur, les EUB auront pris le soin de conclure un accord avec leurs ayants droits afin de permettre la mise en ligne des copies numériques.

2. Responsabilité

Malgré les efforts consentis pour garantir les meilleures qualité et accessibilité des copies numériques, certaines déficiences peuvent y subsister – telles, mais non limitées à, des incomplétudes, des erreurs dans les fichiers, un défaut empêchant l'accès au document, etc. -.

Les EUB et les Bibliothèques de l'ULB déclinent toute responsabilité concernant les dommages, coûts et dépenses, y compris des honoraires légaux, entraînés par l'accès et/ou l'utilisation des copies numériques. De plus, les EUB et les Bibliothèques de l'ULB ne pourront être mis en cause dans l'exploitation subséquente des copies numériques ; et la dénomination des EUB et des 'Bibliothèques de l'ULB', ne pourra être ni utilisée, ni ternie, au prétexte d'utiliser des copies numériques mises à disposition par eux.

3. Localisation

Chaque copie numérique dispose d'un URL (uniform resource locator) stable de la forme <http://digistore.bib.ulb.ac.be/annee/nom_du_fichier.pdf> qui permet d'accéder au document ; l'adresse physique ou logique des fichiers étant elle sujette à modifications sans préavis. Les bibliothèques de l'ULB encouragent les utilisateurs à utiliser cet URL lorsqu'ils souhaitent faire référence à une copie numérique.

Utilisation

4. Gratuité

Les EUB et les Bibliothèques de l'ULB mettent **gratuitement** à la disposition du public les copies numériques d'œuvres littéraires dont les exemplaires imprimés sont épuisés : aucune rémunération ne peut être réclamée par des tiers ni pour leur consultation, ni au prétexte du droit d'auteur.

5. Buts poursuivis

Les copies numériques peuvent être utilisées à des fins de recherche, d'enseignement ou à usage privé. Quiconque souhaitant utiliser les copies numériques à d'autres fins et/ou les distribuer contre rémunération est tenu d'en demander l'autorisation aux EUB, en joignant à sa requête, l'auteur, le titre, et l'éditeur du (ou des) document(s) concerné(s).

Demande à adresser aux Editions de l'Université de Bruxelles (EDITIONS@admin.ulb.ac.be).

6. Citation

Pour toutes les utilisations autorisées, l'utilisateur s'engage à citer dans son travail, les documents utilisés, par la mention « Université Libre de Bruxelles – Editions de l'Université de Bruxelles et Bibliothèques » accompagnée des précisions indispensables à l'identification des documents (auteur, titre, date et lieu d'édition).

7. Liens profonds

Les liens profonds, donnant directement accès à une copie numérique particulière, sont autorisés si les conditions suivantes sont respectées :

1. les sites pointant vers ces documents doivent clairement informer leurs utilisateurs qu'ils y ont accès via le site web des bibliothèques de l'ULB ;
2. l'utilisateur, cliquant un de ces liens profonds, devra voir le document s'ouvrir dans une nouvelle fenêtre ; cette action pourra être accompagnée de l'avertissement 'Vous accédez à un document du site web des bibliothèques de l'ULB'.

Reproduction

8. Sous format électronique

Pour toutes les [utilisations autorisées](#) mentionnées dans ce règlement le téléchargement, la copie et le stockage des copies numériques sont permis ; à l'exception du dépôt dans une autre base de données, qui est interdit.

9. Sur support papier

Pour toutes les [utilisations autorisées](#) mentionnées dans ce règlement les fac-similés exacts, les impressions et les photocopies, ainsi que le copié/collé (lorsque le document est au format texte) sont permis.

10. Références

Quel que soit le support de reproduction, la suppression des références aux EUB et aux Bibliothèques de l'ULB dans les copies numériques est interdite.