

# La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area

EDITE PAR GILLES DE KERCHOVE ET ANNE WEYEMBERGH  
PREFACE DE FRANCO FRATTINI, INTRODUCTION DE LUC FRIEDEN  
POSTFACE DE DEAN SPIELMANN



AGIS 2004

Avec le soutien financier du programme AGIS  
Commission européenne-Direction Générale Justice,  
Liberté et Sécurité



Présidence luxembourgeoise  
du Conseil de l'Union européenne

# La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen/Mutual Trust in the European Criminal Area

Édité par Gilles de Kerchove, Anne Weyembergh

ISBN 978-2-8004-1362-4

© 2005 by Editions de l'Université de Bruxelles

Avenue Paul Héger 26

1000 Bruxelles (Belgique)

EDITIONS@ulb.be

<http://www.editions-ulb.be>

Imprimé en Belgique

Cet ouvrage est l'aboutissement du séminaire international sur « la confiance mutuelle au sein de l'espace pénal européen » organisé les 3 et 4 mars 2005 par la Présidence luxembourgeoise du Conseil de l'Union européenne, la section juridique de l'Institut d'Etudes européennes de l'Université libre de Bruxelles et l'Académie de droit européen de Trèves (ERA), avec le soutien financier du programme Agis de la Commission européenne.

La publication de cet ouvrage collectif a été financée par le programme Agis de la Commission européenne et par la Présidence luxembourgeoise du Conseil de l'Union européenne. Elle n'aurait pu être réalisée sans le soutien 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 contributions ont été finalisées à des moments différents du printemps 2005 et tiennent donc compte dans des mesures diverses des événements survenus à cette époque.



# Préface

Lorsque le monde académique et les décideurs politiques voient leurs réflexions coïncider et leurs conclusions converger, c'est signe qu'un certain point d'équilibre est atteint. En ce sens, l'Europe pénale a vraisemblablement atteint une certaine maturité, elle est en tous cas très certainement à une croisée des chemins. En témoigne cet ouvrage collectif que Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh consacrent à la confiance mutuelle, qui intervient précisément alors que la Commission européenne s'apprête à lancer un débat de fond sur le renforcement de la confiance mutuelle, qui devrait déterminer l'orientation générale de l'espace pénal européen pour les cinq années à venir.

Longtemps inexistant ou partie de l'ensemble plus vaste esquissé dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'espace pénal européen a pris un essor fulgurant depuis octobre 1999. Le principe de reconnaissance mutuelle, identifié comme la « pierre angulaire » de cet espace au Conseil européen de Tampere, et régulièrement réaffirmé comme tel depuis, que ce soit dans la Constitution ou le programme de La Haye, est au cœur de ce développement.

Le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle suppose toutefois un très haut degré de confiance mutuelle entre Etats membres. Or, et cela s'est vérifié notamment lors des discussions ayant précédé l'adoption de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen et surtout, tout récemment, à l'occasion de l'évaluation de la mise en œuvre de cet instrument, véritable fleuron pourtant de la reconnaissance mutuelle, cette confiance mutuelle ne va pas de soi, elle ne se décrète pas.

La confiance mutuelle se construit et s'accompagne.

Elle se construit autour d'un axe législatif tout d'abord.

En ce sens, je ne perçois pas l'harmonisation, ou à tout le moins un certain degré d'harmonisation, comme une alternative à la reconnaissance mutuelle. Je crois au

contraire que le rapprochement de dispositions pénales ou de procédures pénales, qui peuvent varier d'un Etat membre à l'autre, en fonction des cultures juridiques ou des priorités politiques, constitue le corollaire de la reconnaissance mutuelle, en ce qu'elle favorise la confiance mutuelle.

C'est particulièrement le cas pour ce qui est du droit pénal procédural. La Commission européenne a initié un processus d'harmonisation pour les garanties dans les procédures pénales, ou en matière d'obtention des preuves, en présentant des propositions dont le Conseil européen a demandé l'adoption avant la fin de l'année 2005. D'autres propositions législatives viendront bientôt renforcer ces premières mesures. La Commission s'apprête ainsi à publier deux livres verts, en 2005 et 2006, respectivement sur la présomption d'innocence et l'élaboration de normes minimales en matière de recueil de la preuve. Une réflexion globale a par ailleurs déjà été entamée sur la prévention et la résolution des conflits positifs de juridiction, qui pourrait donner lieu à de nouvelles propositions législatives. Beaucoup reste en réalité à accomplir et je pressens que l'approfondissement de l'harmonisation du droit pénal procédural nous occupera prioritairement dans les années à venir.

Concernant le droit pénal substantiel, l'essentiel des domaines sectoriels que nous avons en vue notamment après Tampere a fait l'objet de propositions ou d'instruments adoptés ou en voie d'adoption. Des chantiers restent cependant là aussi ouverts, pour lesquels un certain rapprochement doit être poursuivi. L'accent devra d'abord être mis sur l'évaluation de la mise en œuvre des instruments adoptés, dont les premiers résultats sont, il est vrai, décevants. Il nous faudra également réfléchir sur le fonctionnement du mécanisme de la liste positive d'infractions donnant lieu à la suppression du contrôle de la double incrimination dans les instruments de reconnaissance mutuelle afin, dans la mesure du possible, de remédier aux éventuelles difficultés identifiées. Un certain nombre de concepts communs – je songe par exemple à la responsabilité des personnes morales, ou au rapprochement des peines d'amendes – devront également vraisemblablement faire l'objet de réflexions plus poussées.

L'établissement de ce socle législatif ne saurait cependant suffire à lui seul à imprégner les pratiques judiciaires de confiance mutuelle d'un Etat membre à l'autre. Seul un véritable accompagnement des praticiens de la justice dans l'acquisition du sentiment de véritablement partager une « culture judiciaire commune » y conduira.

Renforcer la confiance mutuelle, c'est d'abord garantir que la mise en œuvre et les effets des mesures adoptées fassent l'objet d'un mécanisme d'évaluation agréé par tous et systématisé.

S'agissant d'une matière aussi délicate dont l'organisation relève de la compétence des Etats membres, on pourrait craindre qu'un tel mécanisme d'évaluation mutuelle présente un caractère excessivement intrusif. Je crois que ce serait là un faux procès. Le principe de reconnaissance mutuelle conduit les Etats membres à exécuter sur leur territoire, en opérant des contrôles minimaux et presque exclusivement formels, les décisions prises par les autorités judiciaires des autres Etats membres. De ce fait, ils acceptent d'étendre à celles-ci la force exécutoire qui, jusque-là, ne s'attachait qu'aux décisions nationales, et cela alors même qu'ils n'ont pas de contrôle sur les mécanismes juridiques qui ont conduit à l'adoption de ces décisions. L'évaluation mutuelle pourrait offrir à ce titre aux Etats membres une contrepartie à cette

importante concession en leur permettant de disposer d'un droit de regard minimal sur leurs systèmes judiciaires respectifs par le biais de rapports réguliers sur l'état de la justice dans l'Union européenne. Cette démarche contribuerait également à renforcer chez les professionnels de la justice le sentiment d'une appartenance et d'une responsabilité communes.

L'idée d'une évaluation collective, objective et impartiale, en collaboration avec la Commission européenne, de la mise en œuvre par les autorités nationales, des politiques de l'Union, et notamment dans le domaine de la justice pénale, s'affirme progressivement. La Constitution y fait référence expresse en lien avec la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle. Il appartiendra à la Commission de proposer au Conseil les modalités de cette évaluation, en pleine transparence à l'égard des parlements nationaux et du Parlement européen qui en seront tenus pleinement informés.

Les conclusions de La Haye préconisent déjà la mise en place « d'un système d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des politiques de l'UE qui, dans le même temps, respecte pleinement l'indépendance du pouvoir judiciaire ». S'agissant de fortifier la confiance mutuelle par la certitude que les systèmes judiciaires qui produisent les décisions pouvant être exécutées sur tout le territoire de l'Union, respectent des standards de qualité élevés, cette évaluation doit permettre d'aller au-delà de la mise en œuvre de tel ou tel instrument de l'Union, et permettre d'appréhender les systèmes judiciaires nationaux dans leur globalité. La crédibilité et l'efficacité d'un système judiciaire doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, portant à la fois sur les mécanismes institutionnels et sur les aspects procéduraires. Cette démarche délicate doit respecter strictement l'indépendance de la justice. A cet égard, les mécanismes à mettre en place pour effectuer cette évaluation devront offrir toutes les garanties nécessaires. Cet exercice devra permettre de produire des rapports réguliers, élaborés selon des critères stricts d'indépendance et de transparence, mettant notamment en lumière les bonnes pratiques.

Renforcer la confiance mutuelle, c'est encore favoriser la mise en réseau des professionnels de la justice et développer la formation judiciaire.

Le programme de La Haye insiste sur l'importance d'améliorer la compréhension mutuelle entre les autorités judiciaires et les différents systèmes juridiques. Pour cela, il préconise en premier lieu de développer des réseaux. Un réseau de formation judiciaire existe depuis quelques années et regroupe en son sein les responsables nationaux de la formation des juges et/ou des procureurs. Ce réseau doit être renforcé autour d'organisations et d'institutions judiciaires tels que le réseau des Conseils supérieurs de la magistrature et le réseau européen des Cours de cassation avec lesquels la Commission souhaite développer des relations étroites. Il doit devenir une structure efficace de rencontres et de coopération entre les autorités judiciaires et contribuer activement à une meilleure connaissance par les praticiens des instruments de l'Union. Il a également un rôle essentiel à jouer dans la constitution de cette culture judiciaire commune qui représente un élément important du renforcement de la confiance mutuelle.

Concernant la formation, la Commission européenne met en place depuis 2004, en complément au programme AGIS, un programme d'échanges à l'intention des

magistrats, dans le cadre d'un projet pilote. Ce programme se poursuivra en 2005 et fera l'objet d'une évaluation en 2006 avant de donner lieu à de nouvelles propositions. Il vise d'une part à développer les échanges entre juges et procureurs, et à ce titre on a pu l'appeler, par facilité, un programme « Erasmus » judiciaire, et d'autre part à faciliter la mise en réseau des organismes nationaux chargés de la formation.

Renforcer la confiance mutuelle, c'est enfin soutenir le développement d'une justice de qualité.

Dans le cadre des perspectives financières pour la période 2007-2012, la Commission a présenté en avril 2005 trois propositions de programmes-cadres, dont un concerne la justice. Ce programme doit être l'occasion de repenser le type de soutien que l'Union peut apporter à l'amélioration de la qualité de la justice dans les Etats membres. Outre les actions existant déjà, on peut souhaiter favoriser la multiplication des échanges d'expériences entre juridictions, portant par exemple sur des sujets tel que le soutien aux victimes d'infractions, la modernisation des tribunaux, l'apprentissage des langues, ou l'amélioration des conditions d'accès des citoyens à la justice. Ce sont des orientations qu'il conviendra d'explorer.

Aucune de ces approches ne va de soi, beaucoup sont nouvelles. Il nous appartient cependant à tous, praticiens du droit, membres du corps académique, ou décideurs politiques, de contribuer à la réflexion vers une meilleure confiance mutuelle, pour, chacun, apporter notre pierre pour l'édification, ensemble, de notre maison Europe.

C'est à cette réflexion que nous convient Gilles de Kerchove et Anne Weyembergh, avec enthousiasme et détermination, mais aussi avec lucidité. Qu'ils en soient remerciés, de même que chacun des auteurs dont je salue la très grande qualité des contributions.

Franco FRATTINI  
Vice-président de la Commission

# Introduction

La « confiance mutuelle » est l'élément clé qui constitue le fondement de toute action en commun, indispensable aux actions entre hommes, indispensable aux actions entre Etats.

La « confiance mutuelle » traduit la volonté des partenaires qui, dans la mise au point d'un projet commun, poursuivent le même objectif. Elle s'oppose à la méfiance, au doute, à la suspicion. Dans une relation basée sur la « confiance mutuelle », la méfiance n'a pas sa place et si elle parvient quand même à faire surface, il nous appartient d'identifier les moyens pour qu'elle soit écartée. Parvenir à réduire, voire éliminer la méfiance au sein de l'espace pénal européen, voilà le fil rouge de la réflexion qui parcourt cet ouvrage collectif.

L'espace de liberté, de sécurité et de justice constitue actuellement l'un des plus grands chantiers de l'Union européenne. « L'Europe de la Justice » n'existe pas encore. Dans une Union européenne à systèmes et traditions judiciaires différents, nos réflexions doivent porter sur les voies qui mèneront vers « un grand marché intérieur de la Justice ». Comme pour le marché intérieur développé au sein des Communautés européennes, la reconnaissance mutuelle joue un rôle clé pour promouvoir l'espace pénal européen. Pour cette raison, le Conseil européen de Tampere a insisté en 1999 pour que la reconnaissance mutuelle constitue la « pierre angulaire » de la coopération judiciaire. Néanmoins, malgré leur intérêt capital, on ne construit pas un édifice uniquement avec des « pierres angulaires » : il faut également des fondements, des piliers,... tant d'éléments pour achever une construction solide, homogène et cohérente. La reconnaissance mutuelle a ses limites. Elle repose entièrement sur la « confiance mutuelle ». Or, celle-ci ne se décrète pas ! Elle doit se fonder sur un socle de valeurs qui nous est commun, et ceci dans le respect de nos cultures juridiques. Certes, la reconnaissance mutuelle, concept qui rend hommage au respect que nous

nous témoignons dans notre diversité, constitue un élément important pour que « tout » ne soit pas harmonisé. Il n'en demeure pas moins qu'une certaine mesure d'harmonisation et de rapprochement des législations pénales reste essentielle pour asseoir la confiance mutuelle.

Le mandat d'arrêt européen fut le premier instrument de l'Union à concrétiser le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale. Il a été suivi d'autres instruments, il sera bientôt complété par le mandat européen d'obtention des preuves. Tous ces instruments sont basés sur l'abolition du contrôle de la double incrimination pour une série d'infractions graves. Plus la confiance mutuelle est élevée, plus il est facile d'élargir le champ des infractions qui ne sont plus soumises au contrôle de double incrimination dans l'Etat d'exécution, plus il est acceptable de réduire les moyens de refus d'exécution. Or, les débats parlementaires dans nos Etats membres à l'occasion de la traduction du mandat d'arrêt européen dans nos législations nationales nous ont montré à suffisance que nos Etats ne semblent pas encore être suffisamment prêts à se faire « imposer » le code pénal et la procédure pénale d'un autre Etat, fût-il membre de l'Union européenne, faute d'une harmonisation minimale qui faciliterait le dialogue parmi les acteurs dans ce processus de la reconnaissance mutuelle. L'élaboration d'un « Code pénal européen » en accroîtrait le dynamisme. Poser l'objectif d'un « Code pénal européen » ne revient pas à exiger une harmonisation complète et totale de la législation pénale dans l'Union européenne, mais à envisager l'élaboration d'un socle commun de règles pour consacrer et protéger des valeurs que nous partageons tous.

La confiance mutuelle peut être renforcée lorsque les différentes législations nationales, les systèmes judiciaires et policiers ainsi que les acteurs interagissent dans un esprit d'échange d'informations et d'expériences, permettant de mieux connaître et, partant, de mieux reconnaître l'autre. Mais en complément, des mécanismes d'évaluations systématiques et régulières – au niveau tant technique que politique – sont indispensables pour réaliser cette confiance mutuelle. En premier lieu, de telles évaluations devront porter sur l'état des transpositions de la législation de l'Union au sein de ses Etats membres. Ensuite, elles devront également s'intéresser à la « qualité » de la justice même au sein des Etats qui composent l'espace judiciaire. Dans ce contexte, la question d'un mécanisme de contrôle juridictionnel et du rôle de la Cour de justice des Communautés européennes devra être approfondie.

Je suis persuadé que les trois éléments – rapprochement des législations, meilleure connaissance mutuelle, mécanismes d'évaluation – constituent ce triangle incontournable pour donner une base solide à la « confiance mutuelle » et à son développement au sein d'un espace judiciaire européen.

Luc FRIEDEN  
Ministre de la Justice du grand-duché de Luxembourg

PREMIÈRE PARTIE

## Problématique générale



# La notion de confiance mutuelle : l'« alpha » ou l'« oméga » d'une justice pénale européenne ?

Daniel FLORE

## 1. Introduction

La confiance mutuelle est un concept positif et simple, du genre de ceux que le politique affectionne. Nous avançons ensemble parce que nous nous faisons confiance. Nul besoin d'aller en amont de cette confiance, qui constitue un axiome de notre action en commun en vue d'un monde meilleur. Cette rhétorique dynamique se heurte cependant au scepticisme de certains acteurs de terrain, qui sont confrontés au monde réel et non au monde des idées. Si un juge de Bruxelles peut parfois avoir des inquiétudes sur l'attitude de son collègue d'Arlon ou de Bruges, comment n'en aurait-il pas sur les décisions d'un lointain collègue, qu'il n'a jamais vu et ne verra sans doute jamais, qui statue dans un pays qu'il ne connaît pas et où il ne mettra peut-être jamais les pieds, qui n'a peut-être pas le même statut que lui, ni la même indépendance, applique un autre droit et parle une autre langue... Entre le politique et l'acteur de terrain, entre l'optimisme un rien forcé de l'un et le scepticisme éventuel de repli sur soi de l'autre, il y a le savant ou le citoyen, qui veut bien croire à la confiance mutuelle pourvu qu'elle soit basée elle-même sur des fondements raisonnables.

L'objet des pages qui suivent est de retracer la genèse de la notion de « confiance mutuelle », de montrer le rôle qu'elle joue dans la construction d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, en particulier pour justifier le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales et d'indiquer les pistes qui permettent de fonder cette confiance mutuelle postulée ou de comprendre la place qu'elle peut occuper dans ce processus.

## 2. Le rôle de la notion de confiance mutuelle dans les textes européens

### A. La confiance mutuelle dans les textes actuels

La notion de confiance mutuelle est assez jeune dans la construction d'une justice pénale européenne. Dans les conclusions du Conseil européen de Tampere est introduit le principe de la reconnaissance mutuelle <sup>1</sup>. La notion de la confiance mutuelle qui y est sous-jacente n'y apparaît cependant pas comme telle. C'est seulement ensuite, dans le programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales (adopté par le Conseil en décembre 2000) <sup>2</sup> qu'apparaît le concept, comme condition de possibilité de la reconnaissance mutuelle. Il y est dit en effet que la « mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle suppose une confiance réciproque des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale respectifs ». « Celle-ci repose en particulier sur le socle commun que constitue l'attachement des Etats membres « aux principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit ».

La notion a ainsi fait irruption à un moment donné du cheminement intellectuel et politique au sein de l'Union européenne en vue de la mise en place d'un espace de justice européen. Mais la notion préexistait à son utilisation par l'Union européenne, dans le domaine de la coopération judiciaire internationale en matière pénale au sein du Conseil de l'Europe. Ainsi, je mentionnerai, sans souci d'exhaustivité, la référence qui y est faite dès 1972 dans la convention européenne sur la transmission des procédures répressives <sup>3</sup>. Cette convention indique, dans son préambule, que les Etats parties estiment « utile d'assurer à cette fin, *dans un esprit de confiance mutuelle*, l'organisation de la poursuite des infractions sur le plan international en évitant notamment les inconvénients des conflits de compétence ».

Ce précédent et le rapprochement qu'on peut établir entre les deux utilisations de la notion sont intéressants. Comment peut-on comparer le concept utilisé en 1972 par le Conseil de l'Europe et celui repris par l'Union européenne en 2000 ? Les termes sont les mêmes, mais ce qu'ils recouvrent est-il identique ou même seulement comparable ? La confiance mutuelle envisagée entre les dix-huit Etats membres du Conseil de l'Europe en 1972 est-elle celle revendiquée entre les quinze Etats membres de l'Union européenne en 2000 <sup>4</sup> et qui justifie l'adoption d'instruments appliqués

<sup>1</sup> Point 33 des conclusions du Conseil européen de Tampere, 16 octobre 1999.

<sup>2</sup> Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JO*, n° C 12/2, 15 janvier 2001.

<sup>3</sup> Convention européenne sur la transmission des procédures répressives, du 15 mai 1972.

<sup>4</sup> L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, le Danemark, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, Malte, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse, la Turquie étaient les dix-huit Etats membres du Conseil de l'Europe en 1972. Douze d'entre eux étaient membres de l'Union européenne en 2000 (deux de plus en 2004). L'Islande, la Norvège et – depuis peu – la Suisse sont parties à Schengen et constituent de ce fait des partenaires privilégiés de l'UE. Seule la Turquie occupe une place à part.

entre vingt-cinq Etats membres à partir de 2004 ? On se gardera bien de répondre d'emblée à cette question, que ce soit par la négative ou par l'affirmative, car s'il est clair que les paramètres et le contexte ont changé de façon radicale dans ces trente années, cela n'a pas nécessairement pour effet d'affecter ce qui constitue le cœur de cette notion. J'y reviendrai.

Pour revenir au plan de l'Union européenne, la notion de la confiance mutuelle a ensuite été mentionnée par la Cour de justice dans son arrêt *Gözütok et Brügge*<sup>5</sup> : elle y déclare, à propos de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen, que cet article « implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres quand bien même la mise en œuvre de son droit national conduirait à une solution différente ». Ici, par un renversement de perspective, la confiance mutuelle est établie par ses effets : elle existe parce que la disposition concernée de la convention, qui organise une forme de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires étrangères, n'aurait pas été possible si la confiance n'avait pas existé. Là où le programme de mesures spécifiait que la reconnaissance mutuelle ne pouvait se réaliser que si une confiance réciproque existait, la Cour de justice déduit de l'existence de normes matérielles de reconnaissance l'existence antérieure d'une confiance mutuelle. Le raisonnement est d'autant plus intéressant que la Cour n'avait pas à statuer sur un instrument de reconnaissance mutuelle, mais sur une disposition d'une convention négociée en dehors du cadre des Communautés européennes, avant la naissance de l'Union européenne et reprenant largement le contenu d'une disposition d'une convention du Conseil de l'Europe de 1970<sup>6</sup>. L'ancien et le nouveau se mêlent donc décidément dans la genèse de cette notion.

Si on examine ensuite le droit dérivé, on constatera que les références à la confiance mutuelle sont pauvres, même dans les instruments touchant spécifiquement à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et – paradoxe ou non – c'est dans la décision-cadre qui a soumis à la plus rude épreuve la confiance entre les Etats membres qu'il y est fait précisément référence : la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen<sup>7</sup> postule ainsi, dans son considérant 10, que « le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres ». A part cette mention, on chercherait en vain une autre référence à cette notion dans les autres instruments de reconnaissance mutuelle déjà adoptés ou négociés<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> CJ, 11 février 2003, aff. C-385/01, C-187/01, *Procédure pénale c. Klaus Brügge, Procédure pénale c. Hüseyin Gözütok*, *Rec.*, p. I-1345 et s.

<sup>6</sup> Article 53 de la convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, du 28 mai 1970.

<sup>7</sup> Décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres (2002/584/JAI), *JO*, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1 à 18.

<sup>8</sup> Décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JO*, n° L 196, 2 août 2003, p. 45-55 ; décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application

### **B. La confiance mutuelle dans le traité constitutionnel**

Si on se tourne vers l'avenir, tel qu'il est inscrit dans le traité constitutionnel, on constatera que la notion de la confiance mutuelle est désormais consacrée dans le dispositif du texte, à l'article I-42 du traité, lequel prévoit que l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice, notamment « en favorisant la confiance mutuelle entre les autorités compétentes des Etats membres, en particulier sur la base de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires ».

Par un retournement remarquable, la confiance mutuelle n'y est plus le préalable de la reconnaissance mutuelle mais bien une de ses conséquences, en vue de la constitution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Elle occupe ainsi une position intermédiaire entre l'un et l'autre : la mise en œuvre progressive du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires va favoriser l'instauration d'une confiance réciproque qui sera l'un des ingrédients de la réalisation effective de l'espace de justice européen. On se demandera alors où il faut chercher dans ce cas la légitimation de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle...

### **C. La confiance mutuelle en forme de question**

A l'issue de ce survol rapide des références faites à la confiance mutuelle dans le droit européen, deux questions naissent du rapprochement des textes qui viennent d'être parcourus et un étonnement. L'étonnement d'abord, c'est de constater qu'alors que la notion est perçue comme une clé de l'espace de justice européen en construction, il y soit fait peu référence et que, quand c'est néanmoins le cas, ce ne soit encore que de façon laconique. Les questions ensuite, elles, vont de pair avec cet étonnement, parce qu'elles découlent de ce laconisme.

D'abord, de qui attend-on ou postule-t-on la confiance mutuelle ? S'agit-il d'une confiance entre les Etats eux-mêmes, dans la figure de leurs gouvernements et législateurs ou d'une confiance entre les autorités qui seront chargées de l'application des normes européennes, les services de police, les autorités judiciaires... ? Le programme de mesures, en parlant de la *mise en œuvre* du principe de la reconnaissance mutuelle, paraît mettre d'abord l'accent sur les premiers, sans exclure les seconds, tandis que le traité constitutionnel vise spécifiquement les acteurs. On notera, en revanche, qu'aucun texte ne paraît s'adresser à la confiance que les individus – citoyens et justiciables – auraient dans la justice des autres Etats membres.

L'autre question – plus essentielle encore – concerne le statut de la notion de la confiance mutuelle dans le raisonnement qui entoure la construction d'un espace de justice européen. Est-elle le préalable de la reconnaissance mutuelle, à la manière d'une condition de possibilité « transcendante », comme le laisse entendre le programme de mesures ? Est-elle au contraire une vérité antérieure qui se révélerait

---

du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires ; projet de décision-cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation (sur lequel le Conseil a adopté une orientation générale le 29 avril 2004).

par ses effets, par un processus de « dévoilement », comme le laisse penser l'arrêt de la Cour de justice ? Est-elle enfin une réalité qui accompagnerait la mise en œuvre progressive d'un espace de justice européen et qui se développerait sur la base de la reconnaissance mutuelle, comme semble le concevoir le traité constitutionnel ?

### **3. Les bonnes raisons de se faire mutuellement confiance**

#### ***A. Des valeurs communes et un mécanisme de sanction***

Après avoir cherché dans les textes européens le rôle qui y est assigné à la notion de la confiance mutuelle, dépassons notre perplexité et essayons de répertorier rapidement les éléments qui, dans ces mêmes textes, visent à fonder cette confiance mutuelle ou qui, même s'ils ne font pas directement référence à cette notion, contribuent cependant à l'étayer et à la justifier.

Le programme de mesures sur la reconnaissance mutuelle énumère un certain nombre de principes fondamentaux communs aux Etats membres, donnant à penser que l'attachement à ces valeurs communes constitue la justification de la confiance mutuelle qui constitue elle-même le préalable de la reconnaissance mutuelle.

Ces valeurs sont celles qui sont énoncées à l'article 6 du traité sur l'Union européenne : « 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 » (alinéa 1) ; « l'Union respecte 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 » (alinéa 2).

Ces valeurs ont également constitué le critère politique de Copenhague, qui a servi de condition pour évaluer l'aptitude des pays candidats à devenir des Etats membres de l'Union, ce qu'il n'est pas sans intérêt de souligner lorsqu'on discute de la notion de confiance. Ce critère impose aux Etats candidats de disposer « d'institutions stables garantissant la démocratie, la primauté du droit, les droits de l'homme, le respect des minorités et leur protection ».

On peut distinguer trois éléments dans ces valeurs communes.

Le premier, plus individuel, est celui du respect des droits humains et des libertés fondamentales. Ceux-ci se définissent par rapport à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et par rapport aux principes communs des constitutions et systèmes juridiques nationaux. La référence à la convention européenne contient implicitement le renvoi aux protocoles ratifiés par l'ensemble des Etats membres, ainsi qu'à la portée donnée aux droits et libertés par la Cour européenne des droits de l'homme au fil de sa jurisprudence. La référence aux traditions constitutionnelles communes est plus ambiguë, puisqu'elle vise ce qui est commun, mais opère en même temps un renvoi à l'ordre juridique des Etats membres.

Le deuxième élément est le respect de l'Etat de droit ou de la primauté du droit. A la différence du premier, celui-ci n'est pas autrement défini par le traité, ni par d'autres textes juridiques ou politiques de l'Union. On peut entendre par ces notions

l'ensemble des mécanismes qui garantissent l'effectivité des droits subjectifs dans les relations de l'individu à l'Etat <sup>9</sup>.

Le troisième élément – qui n'est pas davantage défini – est le respect de la démocratie, qu'on peut entendre comme la garantie de l'exercice effectif de libertés politiques dans un espace public politique.

Le recours à ces concepts suscite plusieurs interrogations. Se pose d'abord la question de la portée de ces concepts eux-mêmes. Comme je viens en effet de l'indiquer, si le premier a des contours très précis, ce n'est pas le cas des deux autres. On sait précisément quels sont les droits et libertés reconnus par la convention européenne des droits de l'homme ; on peut connaître le contour que la jurisprudence a donné à chacun d'entre eux tandis qu'au-delà de quelques généralités sur l'organisation d'élections libres et la séparation des pouvoirs, on serait bien en peine de fixer les critères communs qui définiraient l'Etat de droit ou la démocratie. Il suffit de comparer rapidement les règles fondatrices des Etats membres pour réaliser que les différences sont innombrables et ne portent pas sur des points de détail <sup>10</sup>. Pourtant, tous se reconnaissent comme des démocraties et des Etats de droit soumis à la primauté du droit.

J'ai développé ailleurs cette difficulté d'établir des critères précis à ce sujet, en l'illustrant par l'exemple qui nous a été donné avec le processus d'adhésion des nouveaux Etats membres de l'Union européenne <sup>11</sup>. Au fur et à mesure du processus d'examen précédant l'adhésion, la Commission a été amenée à établir, préciser, nuancer ses critères et il est symptomatique de constater qu'elle a imposé aux pays candidats des standards qui, dans un certain nombre de cas, sont supérieurs à ceux appliqués par les anciens Etats membres. Est-ce à dire que les nouveaux Etats seraient plus démocratiques, respecteraient plus la primauté du droit et seraient dès lors plus dignes de confiance que les anciens ?

Mais la référence à ces valeurs communes pose une autre question, qui nous ramène à une réflexion déjà faite antérieurement dans ce texte. Les droits et libertés se définissent à titre principal par rapport à une convention du Conseil de l'Europe, dont sont membres quarante-six Etats. Les principes de l'Etat de droit et de la démocratie sont également des principes fondateurs de la « maison européenne » que constitue le Conseil de l'Europe. Cette institution a d'ailleurs créé, il y a près de quinze ans, une Commission pour la démocratie par le droit, commission de sages destinée à assister les Etats en transition dans le choix de leurs nouvelles règles de fonctionnement. La

---

<sup>9</sup> HABERMAS, J., *Droit et démocratie*, 1992, trad. fr., Paris, Gallimard, 1997, p. 295. Voy. dans le même sens RAWLS, J., *Théorie de la justice*, 1971, trad. fr., Paris, Le Seuil, 1987, § 36, p. 271 et s.

<sup>10</sup> Pensons à la relation entre l'exécutif et le judiciaire, au rôle dévolu au chef de l'exécutif, au mode de scrutin (majoritaire à un ou deux tours, proportionnel), à l'importance de la consultation populaire...

<sup>11</sup> FLORE, D., « Réflexions sur l'idée de la « confiance mutuelle » », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A., *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 136-140.

question est dès lors de savoir en quoi l'Union européenne est différente d'autres organisations internationales, telles que le Conseil de l'Europe, qui est pourtant fondé sur les mêmes valeurs, pour justifier qu'une confiance mutuelle spécifique ouvre la voie à des mécanismes particuliers à l'Union européenne, tels que la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales.

Il y a plus bien sûr dans le traité pour assurer l'effectivité de ce respect : le traité contient un mécanisme de sanction à l'égard des Etats membres qui ne respecteraient pas ces valeurs communes.

L'article 7, par. 1 du traité sur l'Union européenne <sup>12</sup> permet au Conseil, sur proposition motivée d'un tiers des Etats membres, du Parlement européen ou de la Commission, de constater qu'il existe un « risque clair de violation grave » par un Etat membre de principes énoncés à l'article 6, par. 1, et d'adresser à ce dernier des recommandations appropriées. Une telle décision est toutefois difficile à mettre en œuvre. Avant de procéder à cette constatation, le Conseil doit en effet entendre l'Etat membre en question et peut, pour se faire éclairer, « demander à des personnalités indépendantes de présenter dans un délai raisonnable un rapport sur la situation dans l'Etat membre en question ». Il doit également demander l'avis du Parlement européen. Ce n'est que sur cette base qu'il pourra statuer, ce qu'il fera à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres, et il ne pourra constater un risque de violation qu'avec l'avis conforme du Parlement européen. Reste naturellement à s'entendre sur ce que recouvrent les expressions de « risque clair » et de « violation grave ».

L'article 7, par. 2. va plus loin en envisageant l'hypothèse où le Conseil ne serait plus confronté à un « risque », mais bien au constat de « l'existence d'une violation grave et persistante » de principes énoncés à l'article 6, par. 1 du traité. La procédure prévue dans ce cas est similaire à celle prévue à l'alinéa 1, tout en étant encore plus exigeante. C'est en effet, dans ce cas, « le Conseil, réuni au niveau des chefs d'Etat ou de gouvernement » (c'est-à-dire le Conseil européen dans une formation non plus politique mais décisionnelle) qui statue et il ne peut constater la violation qu'à l'unanimité. Le traité ne dit pas si cette unanimité inclut l'Etat qui fait l'objet de la procédure, ce qui viderait celle-ci de tout son effet. Le traité ne donne par ailleurs aucun élément d'appréciation du degré de gravité et de durée de la violation requis pour établir le constat prévu.

Ce n'est que dans ce dernier cas – assez hypothétique sur la base des éléments qui viennent d'être rappelés ici – que des sanctions peuvent être prises à l'encontre de l'Etat en question. Lorsque la constatation visée au paragraphe 2 a été faite, l'article 7, par. 3. permet en effet au Conseil, statuant à la majorité qualifiée, de décider de suspendre certains des droits découlant de l'application du traité à l'Etat membre en question, y compris les droits de vote du représentant du gouvernement de cet Etat membre au sein du Conseil.

---

<sup>12</sup> Version consolidée du traité sur l'Union européenne, JO, n° C 325, 24 décembre 2002.

On n'ose imaginer à quel niveau la confiance mutuelle sera tombée avant qu'on n'en arrive à ce stade de la procédure et on peut raisonnablement conclure que c'est une protection bien imparfaite de la confiance entre les Etats membres.

Cela n'empêche que la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen s'y réfère quand elle indique que « la mise en œuvre de celui-ci ne peut être suspendue qu'en cas de violation grave et persistante par un des Etats membres des principes énoncés à l'article 6, par. 1, du traité sur l'Union européenne, constatée par le Conseil en application de l'article 7, par. 1, dudit traité avec les conséquences prévues au paragraphe 2 du même article »<sup>13</sup>. Une façon de dire qu'il faut garder confiance jusqu'au moment ultime où plus rien ne la justifie.

Ici aussi, il faut noter pour terminer que l'Union européenne n'est pas seule à prévoir un tel mécanisme et que le Conseil de l'Europe connaît également une procédure de suspension, voire de retrait d'un Etat membre qui violerait massivement les droits fondamentaux, à l'article 8 du statut de cette organisation<sup>14</sup>. La question de l'effectivité de cette procédure se pose cependant en des termes analogues à ceux dans lesquels elle se pose pour l'Union européenne. Néanmoins, ceci conduit à conclure qu'à cet égard non plus, le régime juridique de l'Union européenne ne se distingue pas de celui du Conseil de l'Europe d'une manière telle que cette différence justifierait par elle-même qu'une confiance s'instaure dans l'une sans pouvoir s'instaurer semblablement dans l'autre.

### ***B. Des valeurs communes et un mécanisme de sanction (II) : après le traité constitutionnel***

Si l'on se tourne à nouveau vers l'avenir, le traité constitutionnel nous apporte-t-il quelque chose pour consolider les raisons de notre confiance réciproque ? La réponse est qu'il ne crée rien de neuf, mais qu'il donne un poids différent aux éléments déjà existants dans l'ordre juridique actuel de l'Union européenne.

Tout d'abord, l'article I-2 sur les valeurs de l'Union affirme que : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Cette disposition constitue une amplification de l'article 6, par. 1 du traité actuel.

---

<sup>13</sup> Lire articles 7, par. 2 et 7, par. 3., au lieu de 7, par. 1 et 7, par. 2, suite à l'entrée en vigueur du traité de Nice.

<sup>14</sup> Statut du Conseil de l'Europe, Londres, 5 mai 1949, « Article 8 – Tout membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 [principe de la prééminence du droit et principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales] peut être suspendu de son droit de représentation et invité par le Comité des ministres à se retirer dans les conditions prévues à l'article 7. S'il n'est pas tenu compte de cette invitation, le Comité peut décider que le membre dont il s'agit a cessé d'appartenir au Conseil à compter d'une date que le Comité fixe lui-même ».

Elle y introduit des notions complémentaires qui en enrichissent la perception. Elle introduit également l'idée que ces éléments constituent des « valeurs communes ».

L'article I-9 sur les droits fondamentaux est d'une tout autre importance. D'abord, il dispose que « l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux qui constitue la partie II ». Cette disposition clôt la controverse sur la force juridique contraignante ou non de la charte adoptée en 2000 <sup>15</sup>.

Ensuite, il prévoit que l'Union adhère à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout en précisant que cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution.

Enfin, il rappelle que « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux », ce que dit déjà l'article 6, par. 2. du traité actuel.

Les deux premiers changements sont fort importants, dans le contexte de notre réflexion sur les bonnes raisons de notre confiance mutuelle. Ils consolident celle-ci puisque le premier consacre le fait que les droits, libertés et principes de la charte constituent du droit de l'Union – ce qui permet d'en exiger le respect et impose à la Cour de justice de contrôler celui-ci – et que le second, en soumettant l'Union aux droits et libertés de la convention européenne des droits de l'homme, la soumet du même coup au contrôle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est difficile d'apprécier *a priori* la portée de tels changements, mais on en perçoit d'emblée l'importance non seulement symbolique, mais également conceptuelle et juridique. Reste bien sûr – pour ce qui est du second point – que le traité constitutionnel prévoit le principe de l'adhésion, mais que celui-ci devra faire l'objet d'une décision politique du Conseil après l'entrée en vigueur du traité pour que l'adhésion se réalise effectivement.

Dans le titre IX de sa partie 1, le traité confirme par ailleurs que l'appartenance à l'Union implique le respect des valeurs de l'article I-2 et que l'Union est ouverte à tous les Etats européens qui respectent les valeurs visées à l'article I-2 et s'engagent à les promouvoir en commun. Pour le surplus, l'article I-59 reprend le mécanisme de suspension et de sanction prévu par l'article 7 du traité actuel, en cas de « risque clair de violation grave des valeurs de l'article I-2 d'une part ou d'existence d'une violation grave et persistante de ces valeurs d'autre part ».

### **C. Subsidiarité et proportionnalité**

Trouve-t-on dans les textes d'autres éléments qui puissent être utilisés pour renforcer notre confiance mutuelle ? En parcourant les textes, j'ai trouvé deux

---

<sup>15</sup> La charte a été proclamée lors du Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2001, par les présidents du Conseil, du Parlement européen et de la Commission. *JO*, n° C 364/1, 18 décembre 2000.

éléments qui ont été avancés, l'un concernant la subsidiarité et la proportionnalité, l'autre relatif à l'harmonisation.

Subsidiarité et proportionnalité tout d'abord. Le quatrième considérant de la décision-cadre sur le gel de biens ou des éléments de preuve, repris par le neuvième considérant de la proposition de décision-cadre sur la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation, affirme que « la coopération entre des Etats membres, fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle et de l'exécution immédiate des décisions judiciaires, repose sur la certitude que les décisions à reconnaître et à exécuter sont toujours prises dans le respect des principes de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité ». Le principe de légalité renvoie à ce qu'on a dit précédemment de l'Etat de droit et de l'article 6 du traité. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité, tels qu'ils sont utilisés ici, sont des principes généraux de droit.

Si les concepts sont donc familiers, il n'en reste pas moins que la « certitude » du respect de ces principes constitue un nouveau postulat que rien ne vient justifier. Pourquoi serions-nous certains que ces principes seront appliqués ? Et, quand bien même ils le seraient, le fait de savoir que les décisions prises par un juge ne concerneront un autre Etat membre qu'à défaut pour ce dernier de pouvoir les exécuter sur son propre territoire (subsidiarité) et qu'elles ne dépasseront pas ce qui est strictement nécessaire (proportionnalité) suffit-il à donner confiance dans le contenu de ces décisions et dans la manière dont elles ont été rendues ?

#### ***D. Harmonisation des droits et des garanties procédurales***

Le dernier élément invoqué pour renforcer la confiance est celui de l'harmonisation des droits <sup>16</sup> ? L'argument concerne tant le droit matériel que le droit procédural. En tant qu'il touche au droit matériel, il consiste à dire que plus les droits matériels seront harmonisés, plus les incriminations et les sanctions des droits nationaux seront rapprochées, moins la question de la double incrimination se posera et plus il sera facile d'accepter l'exécution de la décision étrangère, sur la base de la certitude que le fait donnerait lieu également à sanction s'il devait être jugé par les autorités de l'Etat d'exécution. Pour le droit procédural, l'idée est que le fait pour une autorité nationale de savoir que la décision rendue dans un autre Etat a été entourée des mêmes garanties que celles qui l'auraient accompagnée si elle avait été rendue par cette autorité serait de nature à donner confiance dans le bien-fondé de cette décision.

On comprend bien ces arguments et ils renvoient à une évidence du sens commun. C'est la différence qui trouble la conscience, tandis que la fusion dans le même endort le doute. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si l'argument est bien pertinent dans le contexte institutionnel actuel, dès lors que les traités (actuel et futur) ne prévoient pas de réelle harmonisation, mais seulement l'établissement de minima communs. On ne parle même pas ici du caractère superficiel et parfois fallacieux <sup>17</sup> du rapprochement effectué.

---

<sup>16</sup> WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 144 et s.

<sup>17</sup> FLORE, D., « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, p. 122-123.

Cette exigence d'harmonisation se heurte également à la volonté fortement affirmée dans le traité constitutionnel de respecter la diversité juridique dans la construction européenne. L'article III-257, par. 1 – disposition générale relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice – affirme très clairement que l'Union constitue cet espace, notamment dans le respect « des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres ». L'article III-270, par. 2. qui porte précisément sur la possibilité d'établir des règles minimales communes dans le domaine procédural, dans la perspective de la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires, énonce aussi très clairement et dans le même sens que ce rapprochement tient compte « des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres ». En outre, les articles III-270 et III-271 prévoient un mécanisme garantissant le respect de ces différences en permettant à tout Etat membre qui estime qu'un projet porte atteinte aux « aspects fondamentaux de son système de justice pénale » de faire suspendre la procédure d'adoption de l'instrument contesté. La confiance doit donc pouvoir se penser et se construire dans la différence.

#### **4. Confiance et effectivité : de l'effectivité des valeurs à l'effectivité de la confiance**

L'existence de droits, de valeurs communes, de garanties est nécessaire pour assurer l'esprit, et elle suffit à ceux qui ont la confiance « confiante », mais elle n'est pas suffisante pour convaincre les prudents ni les sceptiques. Ces valeurs ne « valent » en effet que si elles sont effectives et le mécanisme de contrôle politique de leur effectivité qui est offert par l'article 7 du traité est bien trop hypothétique pour rassurer.

Le respect de ces valeurs doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel adéquat et la constatation du non-respect éventuel doit pouvoir faire l'objet d'une sanction juridictionnelle immédiate. C'est seulement sur la base de cette garantie que des esprits rationnels pourront considérer qu'il est raisonnable de s'accorder mutuellement confiance. Je ne m'étendrai pas sur cet aspect qui sera développé ultérieurement dans cet ouvrage. Je me bornerai à rappeler le constat que j'ai dressé ailleurs à ce sujet <sup>18</sup>, qui est que le contrôle actuel par les organes juridictionnels internationaux existants, qu'il s'agisse de la Cour de justice ou de la Cour européenne des droits de l'homme, ne répond pas aux caractéristiques d'un contrôle juridictionnel plein et est dès lors insuffisant.

Mais quoi qu'on en pense – et quand bien même on serait convaincu du caractère satisfaisant des contrôles actuels –, la conclusion qu'on pourra tirer à cet égard sera largement irrelevante par rapport à l'objet qui nous occupe. L'existence de contrôles adéquats pourra remédier aux violations éventuelles des droits fondamentaux, elle ne pourra pas les prévenir. Aucun texte, aucun juge ne pourra empêcher que des droits et libertés ne soient pas respectés, que des garanties soient ignorées, que des valeurs soient bafouées. Et de ce point de vue, aucune confiance ne sera jamais réellement

---

<sup>18</sup> FLORE, D., « Réflexions sur l'idée de la « confiance mutuelle » », *op. cit.*

légitime. La confiance se présente dès lors nécessairement comme un pari, quelque chose qui fait fi de la réalité, en s'accrochant à une vérité antérieure, et qui résistera au déni éventuel du concret.

### **5. La confiance mutuelle comme horizon de l'espace de liberté, de sécurité et de justice**

Les textes nous laissent sur notre faim. Il faut nous faire notre propre doctrine au sujet de cette notion centrale, qui pourtant refuse de se laisser cerner. Je dirai les choses suivantes.

A l'issue de cette brève réflexion, la confiance mutuelle est une notion qui paraît infondable. Les critères que j'ai parcourus précédemment sont certes nécessaires pour lui donner un fondement juridique et politique – pour qu'il soit raisonnable d'avoir confiance – mais ne suffisent pas à établir une confiance effective entre les acteurs du système de justice pénale – à faire en sorte que les acteurs se fassent effectivement confiance.

La confiance mutuelle, sans pouvoir être un préalable pensé, doit néanmoins préexister : s'engager sur le chemin de la reconnaissance mutuelle implique l'existence d'une confiance mutuelle antérieure à cet engagement. De ce point de vue, le caractère abrupt de la référence par la Cour de justice à la confiance mutuelle donne une idée juste de la notion.

La confiance mutuelle est par ailleurs nécessaire : son effectivité seule pourra assurer la mise en œuvre concrète et effective du principe de reconnaissance mutuelle, parce qu'elle sera la garante de la participation active des acteurs du système de justice pénale, sans lesquels ce principe resterait lettre morte malgré tous les textes qui auraient pu être adoptés en son nom.

La confiance mutuelle est enfin évolutive : elle ne peut reposer entièrement sur des critères objectifs, mais relève de façon essentielle de l'intersubjectivité : elle est le résultat d'ajustements permanents entre les acteurs au sein de l'espace commun de justice<sup>19</sup>. C'est ce qui fait qu'on peut se faire plus confiance quand il y a moins de raisons objectives de se faire confiance et se faire moins confiance quand on a plus de raisons objectives de se faire confiance, simplement parce que le degré d'attente contenu dans cette confiance a augmenté plus vite que la capacité du système de s'adapter à cette attente. Et c'est au fond une évolution dont on peut se réjouir.

Pour ouvrir la réflexion, plutôt que de la conclure, j'aurais envie de dire que la confiance mutuelle, fondement impensé de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, en est l'horizon, toujours présent, qui nous accompagne et toujours se dérobe et nous oblige sans cesse à élever notre niveau d'exigence, quant à ce que nous voulons atteindre et aux moyens que nous voulons mettre en œuvre pour y parvenir.

---

<sup>19</sup> En référence à la réflexion de HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 323.

# Mutual trust or mutual mistrust <sup>1</sup>?

Hans G. NILSSON

The concept of mutual recognition was officially launched during the UK presidency at a lunch in March 1998 by the then Home Secretary, Mr Jack Straw, the current Minister of Foreign Affairs. No minister had been informed in advance by the UK presidency that this concept would be launched and probably several were not aware of the potential progress that could be made in the creation of a European area of freedom, security and justice through the use of this concept. Most specialists in the context of the Council considered that it would be enough if Member States were to ratify the Council of Europe Convention of 1970 concerning the International validity of criminal judgements <sup>2</sup> or the Council of Europe Convention of 1972 concerning the Transfer of proceedings <sup>3</sup>. Those conventions contain several provisions which could be seen as containing the concept of mutual recognition of criminal judgements <sup>4</sup>.

When the concept of mutual recognition reappeared again in the European Council conclusions of Cardiff of 1998, some Council working groups, in particular the K 4 Committee <sup>5</sup> and the Multidisciplinary Group on Organised Crime, began to consider whether it would be possible for the European Union Member States to

---

<sup>1</sup> The opinions expressed are those of the author and not necessarily of the Institution for which he works.

<sup>2</sup> European Treaty Series (ETS) 70.

<sup>3</sup> ETS 73.

<sup>4</sup> See for instance article 42 of the International Validity Convention which provides that the statement of facts in a foreign judgment has to be taken for granted.

<sup>5</sup> On the basis of a Presidency document 10600/98 CRIMORG 121 CK 4 39 JUSTPEN 78.

ratify the Council of Europe conventions or whether one should bring new life into the Conventions elaborated within the context of the European political area in the mid 1980s that concerned the same questions <sup>6</sup>. A more general discussion on the concept also ensued but was rather quickly abandoned when the UK no longer was in the Presidency. The main research line was on whether one should ratify already existing conventions which however were badly ratified. Several documents were drafted <sup>7</sup> and also discussed primarily in the Multidisciplinary Group.

When one examines the UK Presidency document from 1998, it is striking how much forward thinking it contained. It is also clear that the UK did not think much about harmonisation:

“In this context, a possible approach, comparable to that used to unblock the single market, would be to move away from attempts to achieve detailed harmonisation to a regime where each Member State recognised as valid the decision of another Member State’s Courts in the criminal area with the minimum of formality”.

The document was also far advanced in terms of its practical goals, although it mentioned them as achievable in the long term:

- “(a) fast track extradition based on backing of warrants issued by competent judicial authorities;
- (b) agreement by Member States to abolish dual criminality restrictions on extradition and mutual legal assistance;
- (c) direct enforceability in all Member States of court orders from another, especially in areas such as seizure of assets or of electronic data, where speed is critical to securing evidence and criminal proceeds”.

However, and probably because the Presidency document was too far advanced for some Member States, the main discussion focused in the first place on ratification of the Council of Europe and EPC Conventions. The main conclusion was that the reason why many Member States had not ratified the Council of Europe Conventions <sup>8</sup> was that they were considered too complicated. On the other hand the Conventions drafted within the framework of the European political cooperation were less complicated and seemed easier to ratify. They contain clauses of bilateral entry into force but they have never been ratified by all the Member States of the EU.

In the preparations for the European Council special meeting at Tampere in October 1999, the Council Secretariat, taking up the UK Presidency ideas, started however to consider in depth the potential impact of a “pure” principle of mutual

---

<sup>6</sup> Especially the Convention of 13 November 1991 between the Member States of the European Communities on the enforcement of foreign criminal sentences.

<sup>7</sup> See doc. 10066/98 CRIMORG 115, 12538/98 CRIMORG 168 and 9916/99 COPEN 17 CRIMORG 95.

<sup>8</sup> Currently only nine Member States of the EU have ratified ETS 70 (it has in total eighteen ratifications) and eleven Member States have ratified ETS 73 (with a total of twenty-one ratifications). It should also be noted that most of the ratifying Member States have actually become members of the EU after 1 May 2004.

recognition. The principle was tested in informal working groups set up inside the Secretariat, with the assistance of practitioners such as national experts and Justice and Home Affairs Counsellors.

Opinions were expressed that at least concerning judgements that had entered into force, extradition procedures should be abolished and a simple surrender procedure should be instituted <sup>9</sup>. The Papon case in France (see below) was at the back of people's minds. If Switzerland could surrender the finally convicted Maurice Papon to France, why should surrender be more complicated between EU Member States <sup>10</sup>? In the long run, if one were to implement faithfully the idea of the creation of an Area of freedom, security and justice, there should no longer be any extradition procedures but simple surrender between the Member States, based on the principle of full faith and credit, similar to that of the US Constitution <sup>11</sup> and the system of backing of warrants between the United Kingdom and Ireland. The Nordic system of very simplified extradition was also considered in this context. There was a growing realisation that a faithful implementation of the principle of mutual recognition could actually lead to a "revolution". This was also what a sub-committee of the House of Lords was told when it visited Brussels before the Tampere special European Council. Their Lordships were probably not amused by the UK creating a revolution in Europe.

When the European Council laid down the principle as the "cornerstone" of judicial cooperation in civil and judicial matters in its final conclusions, a discussion began on how to take this principle further. Informal discussions took place during the Portuguese Presidency but it was up to the French Presidency to draft the programme of measures that was to become the action plan in the pursuance of the principle. At a meeting of the Article 36 Committee in Troyes, the final drafts of the programme of measures <sup>12</sup> were made. Already then it could be seen that several delegations would have problems with the practical implementation of the principle. For instance several delegations sought to avoid the use of the word "direct" implementation but wanted instead the word "immediate" which laid the emphasis more on the time limits than

---

<sup>9</sup> See also the Tampere conclusions, especially § 35: "Formal extradition procedure should be abolished among the Member States as far as persons are concerned who are fleeing from justice after having been finally sentenced".

<sup>10</sup> In reality, Papon was expelled on the basis of a readmission agreement of 1965 between France and Switzerland (see the speaking note for Federal Councillor Ruth Metzler, <http://internet.bap.admin.ch/e/archiv/medien/1999/papone.pdf>).

<sup>11</sup> See also NILSSON, H.G., in *Sussex Institute Working Paper 57*, 2001, "The principle of mutual recognition should be recognised in the Treaty. One way to do that could be to insert a "full faith and credit clause" as has been done in the US Constitution, for instance in connection with Article 10 TEU".

<sup>12</sup> Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters, *OJ*, n° C 12, 15 January 2001, p. 10.

on the concept, namely that the principle of mutual recognition would mean a direct enforcement of a decision taken by a judicial authority in another State.

When the Tampere European Council decided on the principle, it was in particular thought that it would lead to further facilitation of mutual legal assistance and of extradition. At that time the Geneva Appeal had been endorsed by several hundred judges<sup>13</sup>; there was a growing realisation that mutual legal assistance was not working and extradition between the Member States took in many cases more than twelve months, completely without consideration of the victims that awaited their process in the country in which the offence most often had been committed. There were also political considerations behind the introduction of the concept, namely that the concept of an Area necessarily meant that extradition should no longer take place among the Member States but simple surrender should be the concept – a change in paradigm was sought (see the so called “full faith and credit clause” and the ensuing fluid cooperation among the States of the United States). There was also a suspicion (probably rightfully so – see above) that the United Kingdom had proposed the concept, which was known for a long time in the context of the internal market, as a means of avoiding the constant discussions on “harmonisation” of the common law towards the continental law (and not the other way around).

It is interesting to note that the European arrest warrant in the programme of measures was not considered to be a priority measure but that the freezing instrument should be drafted at first. During the French Presidency the French and Swedish delegations in particular worked together with the Council Secretariat to define what the principle of mutual recognition means in practice in the context of freezing of assets. A proposal (not so ambitious) was made and the discussions started and the negotiations went forward slowly. But then came 9/11.

What happened in the context of the European arrest warrant is known: the negotiations took two months and six days, it led to a compromise with the abolition of the political offence, abolition of double criminality for thirty-two categories of offences, the de-politisation of the procedure, introduction of strict time limits and abolition of obstacles to surrender of nationals. It is clear that such a result could not have been achieved otherwise than in the context of the terrible terrorist attacks in New York and Washington. And even in the context of the terrorist attacks the Heads of State and Government in two European Councils in Brussels and Ghent had to step in: they “directed” the JHA Council Ministers to flesh out an agreement about the European arrest warrant at the latest at its meeting on 6 and 7 December 2001<sup>14</sup> and

---

<sup>13</sup> See ROBERT, D., *La justice ou le chaos*, Paris, Stock, 1996, p. 331. See also the final resolution of the Brussels Congress organised by MEDEL (Association des Magistrats européens pour la Démocratie et les Libertés) on 12 and 13 December 1997, “La justice entravée. Corruption et criminalité économique internationale” ([http://www.cidadevirtual.pt/asjp/medel/bruxelas\\_97.html](http://www.cidadevirtual.pt/asjp/medel/bruxelas_97.html)). See also DEJEMEPPE, B., “L’appel de Genève un an après”, *Journal des procès*, 339, 26 December 1997.

<sup>14</sup> See Conclusions and Plan of Action of the Extraordinary European Council meeting on 21 September 2001.

reaffirmed their determination to abolish the double criminality for a wide range of offences<sup>15</sup> (the “wide” range that was on the table of the Ministers at the time of the European Council in Ghent on 16 October 2001 was for six offences).

Before 9/11 the Ministers of Justice in the Council were split on the issue of double criminality and had only a couple of months before 9/11 “voted” 8-7 in maintaining double criminality when the question of principle was raised<sup>16</sup>. Since decisions in the Council are taken by unanimity one has to understand that the Council would never have been able to abolish double criminality without the intervention of the Heads of State and Government because of the 9/11 effect.

It should however be remembered that the proposal by the Commission concerning the arrest warrant had been planned a long time before the 9/11 and was actually in the making since more than one year. The only thing the Commission did when the 9/11 attacks occurred was to advance the adoption of the proposal by one week; it had originally been scheduled for 26 September but was now tabled on 19 September, the day before the Council met in extraordinary session to discuss the plan of action against terrorism and two days before the meeting of the special European Council on terrorism. It is therefore not correct to say that the European arrest warrant was a product of 9/11 but its negotiations were greatly facilitated by the 9/11 attacks and the political impetus it gave. As noted above, rather the European arrest warrant should be considered to be a product of the Papon case in France and of the arrest of Abdullah Öcalan. Maurice Papon had been sentenced to imprisonment in France and had introduced a recourse against this sentence to the French Cour de cassation. But this jurisdiction rejected his recourse and he escaped to Switzerland. The Swiss surrendered Papon within twenty-four hours after his arrest. The thinking in Brussels (based on the false premise that he was extradited and not expelled as the case was) was that this could probably not have happened among any EU Member States.

---

<sup>15</sup> See Declaration by the Heads of State or Government of the EU and the President of the Commission at the informal meeting of Heads of State or Government on 19 October 2001.

<sup>16</sup> See the negotiations of the Initiative of the French Republic with a view to adopting a Convention on improving mutual assistance in criminal matters, in particular in the area of combating organised crime, laundering of the proceeds from crime and financial crime, *OJ*, n° C 243, 24 August 2000, p. 11. The abolition of the double criminality does not appear anymore in the text that resulted from the negotiations, i.e. the Protocol of 16 October 2001 to the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union (*OJ*, n° C 326, 21 November 2001, p. 1). However, according Article 10 of this protocol, if a request is refused on the basis of non-compliance with the dual criminality requirement and non-consistency with national law and the requesting Member State maintains its request and no solution can be found, the reasoned decision to refuse shall be forwarded to the Council for information by the requested Member State, for possible evaluation of the functioning of judicial cooperation between the Member States (§ 1). The authorities of the requesting State may also report to Eurojust any problem encountered concerning the execution of a request for a possible practical solution (§ 2) (see Explanatory report to the Protocol to the 2000 Convention on mutual assistance in criminal matters between the Member States of the European Union, *OJ*, n° C 257, 24 October 2002, p. 1).

The European arrest warrant was also inspired by some events concerning Abdullah Öcalan and the fact that Italy had had serious problems in its judicial system when it arrested Öcalan as a result of a Schengen alert under Article 95 of the Schengen implementation convention. The Italian Prime Minister Amato remembered in Tampere the many problems this had caused to his government and asked therefore that a line be inserted towards the end of paragraph 35 in the draft conclusions which led to the fact that the European Commission was tasked with the drafting of the proposal on the setting up of the system of the European arrest warrant<sup>17</sup>. As the Commission's proposal was very ambitious and sought to abolish extradition and double criminality in its entirety for all offences envisaged by their proposal<sup>18</sup>, one has to consider also that coincidence as determinant for the future of the arrest warrant. It should be recalled that the Millennium strategy on organised crime<sup>19</sup> in Recommendation number 28<sup>20</sup> only had set as a long-term goal the abolition of the extradition system towards the end of 2010. If not the Commission had drafted the proposal, and if 9/11 had not happened, the arrest warrant would probably have been limited to fugitives fleeing justice for which the sentence had become final (as the text of the Tampere conclusions actually says).

The result of all these events which affected each other was that the programme of measures on mutual recognition was adopted before the events of 9/11 but the model how to implement the programme was adopted after 9/11, namely the European arrest warrant. When one examines the text of the freezing instrument before 9/11 and after the adoption of the European arrest warrant this becomes very clear. The draft text at the time before 9/11 was very little ambitious as regards the abolition of double criminality for instance but the model of the European arrest warrant was adopted after. It was simply not possible to be less ambitious in the context of freezing of assets than for arresting persons<sup>21</sup>.

However one may wonder if the result is as “revolutionary” as could have been expected? The answer to the question is largely dependent on what one would expect from the implementation of the principle of mutual recognition – is it a “pure” and “direct” enforcement by a decision taken abroad, without any grounds for non-recognition or can a judicial authority in the executing State refuse on certain grounds?

---

<sup>17</sup> Actually, the Tampere conclusions are in § 35 far more cautious : “consideration should also be given to fast track extradition procedures”; in reality, there was no consensus at Tampere to abolish extradition procedures completely. Inside the Commission, one thought that negotiation on the Commission proposal would be carried out during five years.

<sup>18</sup> With the exception of some offences such as euthanasia or abortion that the Member States could define in a negative list.

<sup>19</sup> See “The prevention and control of organised crime: a European Union strategy for the beginning of the new millennium”, *OJ*, n° C 124, 3 May 2000, p. 1.

<sup>20</sup> Recommendation number 28 provides also rather cautiously that “consideration should be given to the long-term possibility of the creation of a single European legal area for extradition”.

<sup>21</sup> Although one may note that today the 9/11 effect no longer exists.

At least if one examines the grounds for non-recognition and other possibilities of avoiding direct execution one may wonder if there has been a revolution or if we are not talking about “extradition in disguise” in the context of the European arrest warrant.

The text of the Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures<sup>22</sup> lays down three mandatory and seven non-mandatory grounds for non-recognition. As is clear from the Commission’s report on the implementation of the European arrest warrant, several Member States have also added grounds for non-recognition that are not contained in the Framework Decision in their national laws<sup>23</sup>. Moreover, what was considered to be non-mandatory grounds for non-recognition, have by a number of Member States, usually between 10-15 depending on the ground, been implemented as mandatory, something which in my opinion is highly dubitative. Since the Framework Decision is binding<sup>24</sup>, and since the Council must have made the choice that only the three mandatory grounds should be mandatory and not the seven that are not mandatory, one could convincingly argue that this was a political choice made by the Council which the Member States in their implementation could not go beyond. They would therefore not be within the framework of the Framework Decision. In addition, under the text of the Framework Decision the choice of the use of the ground for non-recognition has been given to the judicial authority and not to the legislator. There is therefore a weighty argument to consider that the Member States that have opted for a mandatory approach have not implemented the Framework Decision correctly.

Let me give a theoretical example on the risks that are connected with such an implementation. Assume that a person has been kidnapped in one country and that the kidnappers escape to another country and there make a telephone call asking for the ransom. The kidnappers are apprehended and the country in which the kidnapping took place issues an arrest warrant for the kidnapping. Assume further that the making of the telephone call is considered to be extortion in the executing country of the arrest warrant. Assume further that that country knows only the principle of legality and has to prosecute the extortion. Assume also that the two Member States cannot transfer each other’s proceedings because they are not parties to the Council of Europe Convention or that they may not do that under their national law. In such a case, if the executing State has turned the facultative ground for non-recognition concerning territoriality in Article 4 (7) of the Framework Decision into a mandatory ground, it has to prosecute the extortion. In this case, and even if the person can be transferred

---

<sup>22</sup> Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, *OJ*, n° L 190, 18 July 2002, p. 1.

<sup>23</sup> See on the implementation the report by the European Commission, Council doc. 6815/05 COPEN 42 + ADD 1.

<sup>24</sup> See on the obligation by judicial authorities to interpret, in so far as possible, the national law in conformity with Frameworks Decisions the opinion of Advocate General Kokott in the *Pupino* Case, C-105/03, 11 November 2004 (<http://curia.eu.int>).

after prosecution has taken place for the extortion, there is further a great risk that the issuing State will run into a problem of *non bis in idem*/double jeopardy since the extortion is probably a constituent element of the kidnapping offence committed in the issuing State.

This case shows the danger of going beyond the Framework Decision and also of the fact that the European Union does not have any rules concerning resolution of conflicts of jurisdiction (as proposed in the Constitution to be a future task of Eurojust). If one assumes that all the constituent elements of the kidnapping offence are completely within the framework of the issuing State – the victim was a national of the issuing State, the crime took place there and all other factors were in that State with the exception of the telephone call and the arrest of the criminals, then one may wonder if we are not very far away from the creation of the Area of security and justice if we could not let prosecution take place in one single place. The fact that Eurojust could issue a request to the executing State and ask it not to prosecute, does not seem to be strong enough to hinder prosecution if the prosecutors have to prosecute under the principle of legality and the judge must refuse surrender to the Member State because the facultative ground has become mandatory.

One may however wonder if the judge could solve the apparent conflict between the national law and the Framework Decision by asking for a request for a preliminary ruling under Article 35 TEU to the Court of Justice, arguing that the national law should be interpreted to be in conformity with the text of the Framework Decision. This was what the Italian judge did in the *Pupino* case which is currently pending before the Court of Justice and where the Advocate General has given an opinion which goes in that direction. If the opinion of the Advocate General stands in the Court there would even be an obligation for the judicial authority to interpret the national law to be in conformity with the Framework Decision in certain cases. The framework decisions, although not having direct effect, would thus have direct applicability or direct invocability<sup>25</sup>, something that to me is perfectly normal given the primacy of EU law over national law; but there are many Ministries of Justice that would not agree with me. See for instance the Member States' interventions in the *Pupino* case: their opinion is probably based on an erroneous interpretation of what "direct effect" actually means in the context of criminal law.

If one examines the other provisions of the Framework Decision as well, one realises that there are further ways of avoiding execution, for instance as regards the guarantees on in absentia, life sentences and nationals that have to be given. There are also provisions as regards privileges and immunities, postponing of surrender and temporary surrender. All in all there are some seventeen possible ways of avoiding surrender in the Framework Decision on the European arrest warrant.

---

<sup>25</sup> See MONJAL, P.Y., "Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité", *RTDE*, 37/2, 2001, p. 363-365 and WOUTERS, J. & NAERT, F., "Of arrest warrants, terrorist offences and extradition deals: An appraisal of the EU's main criminal law measures against terrorism after "11 September"", *CMLR*, 2004, p. 918.

As regards the Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence <sup>26</sup>, which was drafted to a great extent before the events of 9/11, there are only four different ways of refusing recognition and three grounds for postponement of the decision, but it has to be remembered that the freezing measure is only very temporary and must be followed by either a request for mutual legal assistance or for confiscation of the assets. In that context, of course, the grounds for refusal/non-recognition will also come into play. There are seven ways at least, therefore, to avoid execution; in addition, if one were to count the ensuing possibilities, they are far greater.

In the Framework Decision on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties <sup>27</sup>, there are more than twelve ways in the Framework Decision of avoiding recognition. There are eleven formal grounds for non-recognition but also provisions relating to amnesty, pardon and review. If one examines the text closely and compares it with the European arrest warrant one will probably come to the conclusion that it is more difficult in the European Union after the text has come into force to enforce a traffic fine than to enforce an arrest of a person under the European arrest warrant. There are also here at least seventeen ways of avoiding execution.

Concerning the Framework Decision on the execution in the European Union of confiscation orders, which was politically approved <sup>28</sup> but has not yet been adopted by the Council at the time of writing, it has nine grounds for non-recognition and five grounds for postponement of the case. It is also possible to refuse recognition in some cases that are not possible under similar domestic cases or in cases of amnesty, pardon or review. One arrives therefore at some seventeen possibilities of avoiding recognition.

Finally, the draft Framework Decision on the European evidence warrant, which is still currently under negotiation <sup>29</sup>, contains for the time being three grounds for non-recognition and six grounds for postponement but proposals have been made to extend these grounds. There are moreover several conditions for execution, minimum safeguards and formalities to be fulfilled.

It should be noted that several of the grounds that are either in the text or are proposed, are not in current mutual legal assistance instruments. Moreover the Council decided that the abolition of double criminality will be for offences concerning three years as with the European arrest warrant and has decided that the same list as in the

---

<sup>26</sup> Council Framework Decision of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, *OJ*, n° L 196, 2 November 2003, p. 45.

<sup>27</sup> Council Framework Decision of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, *OJ*, n° L 76, 22 March 2005, p. 16.

<sup>28</sup> The Framework Decision on the execution in the European Union of confiscation orders was politically approved by the Council "Justice and Home Affairs" on 8 June 2004. It is set out in doc.10027/04 of 3 June 2004.

<sup>29</sup> Proposal for a Council Framework Decision on the European evidence warrant for obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters, COM (2003) 688 final, 14 November 2003.

Framework Decision on the European arrest warrant will be applicable. Since the text concerns evidence that is available and already existing, one may wonder whether it would not be easier to continue with the current text of mutual legal assistance?

In addition, the working group is currently discussing whether the systems concerning mutual legal assistance and that created by the European Evidence Warrant should not live together for a transitional period. One may wonder whether this would not mean that judges or prosecutors would opt for mutual legal assistance rather than choosing the European evidence warrant. This might be either because the evidence warrant is less efficient than current mutual legal assistance or because the judges and prosecutors will resort to a system that they know. In any case this seems hardly to be compatible with the political wishes of the European Council when it adopted the principle of mutual recognition as the “cornerstone” of judicial cooperation at Tampere.

One may wonder whether the name of this book should not be about the mutual mistrust rather than the mutual trust. The Luxembourg Minister of Justice in his opening speech also stressed this when he mentioned the doubts, suspicions and the mistrust that one may feel also in the Council – it is perhaps more of importance to create trust among legislators rather than for judges? However this mutual mistrust probably stems from the human mind and one sees examples of this in a national context when, for instance in an entirely national context, the Court of Appeal may be examining appeals from certain lower courts in greater detail than as regards other courts.

In conclusion, one may wonder whether we have not come far away from the *real* mutual recognition that was meant to be the cornerstone in Tampere? And one may wonder whether we are not far away in the negotiations in the Council and in practical life of what has been already adopted by the European Court of Justice in the *Gözütok* case in paragraph 33 when the European Court states that we must have mutual trust in each other’s judgements even if we arrive at very different results. The Court of Justice has already declared mutual trust; we now have to put it in practice.

Let me however finish on a note of optimism. Although one can speak about the European arrest warrant as being an extradition in disguise, one has to admit that we have made enormous advances in Europe when it comes to the practical application of the arrest warrant. The report of the Commission shows that the medium time limit for surrender in Europe is now around forty-five days. In France a non-contested case will take nine days and a contested case twenty-two days and even if the case is appealed to the Court of Cassation, no case has so far taken more than forty days. This is extremely encouraging since the normal extradition cases with France before the entry into force of the arrest warrant could take up to twelve months.

We therefore have to continue with our efforts and create mutual trust instead of mistrust. One way is definitely to continue with the harmonisation measures that have been so far adopted by the Council, and probably in relation to the list of the thirty-

---

<sup>30</sup> See doc 9958/02 ADD 1 REV 1.

two offences. This was already declared by the Council in a separate statement<sup>30</sup> in the context of the adoption of the European arrest warrant. It is also of utmost importance that the Commission proposal on procedural rights<sup>31</sup> is not watered down in the negotiations in the Council and that we continue on the road towards standard guarantees in procedures in Europe. Although the case law of the European Court of Human Rights should be a yardstick, discussions in the Council have clearly shown that that stick is rather blunt.

Although the Tampere programme does not spell it out specifically there are good reasons to continue the approximation, as has been shown in the context of the negotiations on the European evidence warrant where one delegation insists on defining the offences on the list more specifically. That delegation has a case pending before its constitutional court which risks jeopardising the entire programme on mutual recognition since there is always a possibility that that court may declare that the abolition of the principle of double criminality is unconstitutional. We would in such a case face a crisis in criminal law cooperation in Europe which could have far reaching repercussions.

We have to convince not only the judges but also ministers and parliaments that there is a need to continue to work with the principle of mutual recognition and further to create mutual trust. We should not only create a European judicial culture as called for by the Hague programme but also a European parliamentary culture where we need to have better understanding for each others procedures, practices and constraints.

It is therefore necessary that the European Union in the future financial perspectives from 2007-2013 insists on more money to justice at all stages. Unfortunately, justice has always been in budgetary discussions the poor cousin from the country. Since the principle of mutual recognition now has been laid down to be a Union policy in the Constitution and since its practical application requires mutual trust and confidence, something that we can no longer accept are being treated with our left hand, we now need to put more money at European Union level into justice. Nearly half of the Union budget is spent on common agricultural policy whereas proposals that are currently discussed are allotting only five percent to fundamental rights and the justice and home affairs area in total, including asylum and immigration measures. This is clearly not enough, in particular when it has become clear that we need to invest money also in the Member States and not only in the Candidate States or our new neighbours.

Although one may note that it is primarily for the Member States to provide money and resources to its own justice, there are a number of projects that may not be carried out at European level unless more resources are provided. As an example one could mention that it seems impossible to create an index for exchange of information on European criminal records unless all Member States have computerised databases. This is currently not the case. Moreover if our prison systems are not working (some are, according to reports, even supposed not to be such as to fulfil the requirements of Article 3 of the European Convention on Human Rights) how can we avoid not giving

---

<sup>31</sup> See doc 9318/04 COPEN 61 + ADD 1.

Union money to remedy the situation? If the Framework Decision on procedural rights cannot be accepted because it is too expensive to undertake some of the measures proposed therein by the Commission, should we not as a Union seek to provide the money since the Member States obviously have not been able to do so? Otherwise we risk that the future peer evaluations that will be carried out when the Constitution enters into force, will show that some of our systems are not up to the ideals that we are striving for if we want to have real mutual recognition and to be able to create the real Area of freedom, security and justice.

# Mutual trust – Lifting the mask

Susie ALEGRE <sup>1</sup>

The principle of mutual recognition based on mutual trust is a concept that is familiar in the rhetoric of the development of an EU area of freedom, security and justice, but what is the reality behind the rhetoric? Do Member States of the EU really trust each other in the sphere of criminal justice and if so, is it reasonable to trust each other?

## 1. Does mutual trust exist?

Politicians are very quick to promote the idea of mutual trust as it provides an easy and palatable basis for cooperation. It requires a minimum of change on a national level while giving a justification for a maximisation of cooperation on an international level. When it comes to practice, however, it is for national parliaments in transposing EU legislation and judicial authorities in implementing it to place their trust in another national system. This is where the doubts about the existence of mutual trust begin to arise. National parliaments and national judges do not have the same political impetus to trust each other as governments sitting around a negotiating table.

The Framework Decision for the European arrest warrant and surrender procedures between Member States <sup>2</sup> (EAW) was the first instrument to see the principle of mutual recognition fully put into place. That the EAW was agreed and adopted at all, including, as it does, such sensitive issues as the removal of the

---

<sup>1</sup> The views expressed are the author's own and do not necessarily represent Amnesty International's policy.

<sup>2</sup> Of 13 June 2002, *OJ*, n° L 190, 18 July 2002, p. 1.

requirement of double criminality and the obligation on States to surrender their own nationals (a development which required constitutional amendments in a number of Member States) might be seen by some as evidence of the existence of mutual trust. The speed with which it was adopted as a main plank of the EU's response to the terrorist threat highlighted by the events of September 11<sup>th</sup> 2001, however, might give a more accurate indication of the motives behind such agreement – a demonstration of the political will to be tough on terrorism.

When it came to transposing the EAW into national legislation, in some Member States the debates in parliament showed a distinct lack of mutual trust in relation to the legal systems of other Member States.

In the UK, the House of Commons Home Affairs Committee first report on the Extradition Bill <sup>3</sup> highlighted the difference between governmental and parliamentary views on the development:

“22. Speaking in December 2001, the Parliamentary Under-Secretary at the Home Office, Mr Bob Ainsworth MP, said that:

“It is right that we should approach our European neighbours, all of which have incorporated the European Convention on Human Rights, on the basis of mutual trust. We should not assume that our criminal justice system is infinitely superior to that of other countries (...) We are accepting for the first time that our European partners should be able to frame their charges according to their national law (...) and we would not try to double-guess each detail of such issues. Extradition proceedings are not a mini-trial, and when the trial is to be held in Europe, we should not be looking under every stone to find out how it may allegedly be inaccurate.

23. We have grave concerns about the abolition of the dual criminality safeguard. The variety of criminal justice systems and of legislative provisions within the Member States of the EU makes it difficult for us to be as blithely confident as the Parliamentary Under-Secretary that it will be acceptable in all circumstances for a person to be extradited from the UK to face proceedings for conduct that does not constitute a criminal offence in the UK”.

It is not only the UK Parliament that was less than confident in their government's commitment to trust the criminal justice systems of other Member States. Delays in transposition leading to a failure to meet the deadline of January 2004 in many Member States arose from debates about perceived deficiencies in procedural safeguards in other systems – even going so far as to make suggestions that the requested State should be obliged to pay for legal aid of a surrendered person during proceedings following surrender <sup>4</sup>. Italy only managed to transpose the EAW in April 2005, though it must be said that the Italian government itself expressed reservations about it in the negotiations, citing the absence of procedural safeguards as a reason.

---

<sup>3</sup> 5 December 2002, <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmhaff/138/13802.htm>

<sup>4</sup> E.g. in Germany.

Now that the EAW has been transposed in the twenty-five Member States, problems are arising in the courts. The Czech Constitutional Court is currently considering whether or not the amendment to the criminal code implementing the EAW is unconstitutional because it allows for the surrender of Czech nationals. In Germany, the Constitutional Court will also be hearing a challenge in relation to the constitutionality of the implementation of the EAW in a case relating to a request for surrender of a suspect with dual German – Syrian nationality. The outcomes of these cases may give an interesting insight into national judicial authorities' perception of mutual trust in practice.

In some Member States, notably Ireland <sup>5</sup> and the UK <sup>6</sup>, the potential breach of human rights has been explicitly included in the transposing legislation as a mandatory ground for refusal. It remains to be seen how judicial authorities in those countries will approach arguments against surrender based on the possibility of the breach of human rights such as the right to a fair trial in other EU Member States. Prior to the EAW coming into force, however, two judgments <sup>7</sup> in Member States on extradition to other Member States indicate that judicial authorities will be prepared to refuse a surrender, even in serious terrorist cases, where they have genuine concerns that surrender will result in a breach of the person's right to a fair trial, in particular due to the admissibility of evidence extracted through torture or ill-treatment.

It would seem that the mutual trust between Member States of the EU is not as strong in practice as governments would like it to be in principle.

## 2. Should mutual trust exist?

Trust requires a degree of faith in the other, but, particularly where the rights of individuals are concerned, States cannot afford to trust each other on the basis of blind faith. Mutual trust must be based on mutual knowledge that such trust is reasonable.

EU Member States are subject to monitoring by a number of international human rights monitoring bodies including the Council of Europe Commissioner for Human Rights, Committee for the Prevention of Torture (CPT) and the European Court of Human Rights as well as UN Treaty Bodies. The findings of these bodies in relation to EU Member States, however, are rarely taken into account within the context of the EU area of freedom, security and justice.

---

<sup>5</sup> The Irish European arrest warrant Act 2003 provides a bar to surrender where the EAW would be in breach of Ireland's obligations under the ECHR or where it would contravene the Irish Constitution.

<sup>6</sup> Section 21(1) of the Extradition Act 2003 obliges a judge to decide whether the person's extradition would be compatible with their rights under the European Convention on Human Rights before granting an extradition.

<sup>7</sup> *R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Rachid Ramda* [2002] EWHC 1278 (Admin) (request from France to UK); *Irastorza Dorronsoro No 238/2003, Judgment of the Court of Appeal of Pau of 16 May 2003* (request from Spain to France).

While individual judgments from the European Court of Human Rights may not indicate a generalised problem in a Member State and must be viewed on the facts of the case, some do highlight genuine problems, for example in relation to the law and practice in a Member State on the length of pre-trial detention<sup>8</sup>. The extensive case law relating to the problem of the length of proceedings in Italy demonstrates a structural problem which should not be ignored.

The reports of the Council of Europe Commissioner of Human Rights also demonstrate fundamental problems in some EU Member States which make the basis for genuine mutual trust seem rather shaky. In his reports on Denmark<sup>9</sup> and Sweden<sup>10</sup> in 2004 he raises concerns about the use of isolation in pre-trial detention. He issued an opinion on the procedural safeguards in decisions on pre-trial detention in Portugal<sup>11</sup> which found that the practice in Portugal fell short of that required by the ECHR. In relation to Estonia<sup>12</sup>, he highlights the fact that many detainees in pre-trial detention did not have access to a lawyer in hearings to decide on their detention due to the paucity of legal aid and often they were not even able to be present themselves at hearings to determine the continuation of pre-trial detention. Another problem he identified in Estonia was the lack of safeguards in relation to searches of lawyers offices which would undermine the right to privacy under Article 8 ECHR and their ability to prepare the defence of suspects in accordance with Article 6.3 ECHR, and the right to a fair trial. In Hungary<sup>13</sup> and Latvia<sup>14</sup> he pointed out the problem of prison overcrowding and, even more seriously, the issue of lengthy pre-trial detention in unacceptable conditions in police detention. The question of conditions of detention for minors was raised in relation to Luxembourg<sup>15</sup>. Finally, he issued a critical opinion on the UK derogation from Article 5.3 of the ECHR<sup>16</sup> – an issue which has not been addressed at all at EU level.

The problems highlighted by the case law of the European Court of Human Rights and by the reports of the Commissioner of Human Rights are issues which cut to the heart of mutual trust in the justice systems of EU Member States. How can a judicial authority be confident that a surrender of a person to a Member State with systemic problems relating to legal aid, length, conditions and decisions on pre-trial detention will not result in a breach of that person's human rights?

---

<sup>8</sup> For example, a number of cases found violations of Article 5.3 ECHR due to the length of detention on remand in Poland: e.g. *Wesolowski v Poland* (No 29687/96) 22<sup>nd</sup> June 2004, *G.K v Poland* (No 38816/97) & *D.P. v Poland* (No 34221/96) of 20<sup>th</sup> January 2004.

<sup>9</sup> CommDH (2004) 12.

<sup>10</sup> CommDH (2004) 13.

<sup>11</sup> CommDH (2004) 8.

<sup>12</sup> CommDH (2004) 5.

<sup>13</sup> CommDH (2002) 6.

<sup>14</sup> CommDH (2004) 3.

<sup>15</sup> CommDH (2004) 11.

<sup>16</sup> CommDH (2002) 7.

The argument that all Member States are signatories to the ECHR and that therefore there is possible redress for breaches of rights is a spurious one. As pointed out by Sedley LJ in the English High Court <sup>17</sup>:

“The European Court of Human Rights is not a court of appeal, and there is no recourse to it as of right (see Article 28). As Articles 13 and 35 of the Convention make clear, and as the Court itself has gone out of its way to stress (*Kudła v Poland* (2001) 10 BHRC 269), it is on national authorities that the primary duty both of compliance and of affording redress for non-compliance rests”.

The question of mutual trust cannot, therefore, be handed over to the possibility of the European Court of Human Rights resolving any possible breach of human rights after the fact.

### 3. What could be done to foster mutual trust?

The prognosis for mutual trust in the area of freedom, security and justice is not, however, all bad. There are a number of ways in which the EU could develop a strategy for ensuring that mutual trust is fostered in a fashion that ensures that freedom and justice are equal partners with security in the area of freedom, security and justice.

Exchanges between judicial authorities in order to improve knowledge of each other’s systems is often put forward as a key element in improving mutual trust. But what happens if such exchanges in fact draw attention to problems in existence and lift the veil of mutual trust rather than strengthening it? To improve mutual trust there must be a systematic way of identifying potential problems in Member States’ justice systems and addressing those problems in a practical way. Peer review between judges and prosecutors of Member States could go some way to doing this, but only if it is backed up with the possibility of technical assistance where problems are identified.

Many of the problems identified in criminal justice systems require significant amounts of funding to correct them. In general, the respect of the right of access to a lawyer cannot be improved without legal aid. Adequate legal aid is extremely expensive and in countries who do not currently have a significant legal aid budget, it may be difficult to see where that money will come from. The same goes for prison overcrowding and the conditions of pre-trial detention – while to some extent this may be addressed through sentencing practice and speeding up criminal justice proceedings, improvements to existing prisons and the building of new prisons costs money. For mutual trust to flourish, the EU will need to take the bull by the horns and put adequate funds behind improving justice across the EU.

Finally, if the EU were to establish a mechanism for identifying human rights problems in the justice systems of Member States, pointing out issues which undermine mutual trust, such as poor prison conditions and lack of legal aid, and providing strong practical solutions, mutual trust could be justified. Until there is a level playing field for the protection of rights in criminal justice systems across the EU, the judicial authorities and the public in Member States are increasingly going to mistrust the political rhetoric of mutual trust in the area of freedom, security and justice.

---

<sup>17</sup> In the Case of *ex p. Ramda*, *supra* at par. 27.



# Mutual Trust and Enlargement

Emanuele PITTO

## 1. Introduction

Within the scope of the so-called third pillar of the European Union, the notion of mutual trust is conceived as a condition to enhance judicial cooperation in criminal matters. In this regard mutual trust appeared in the Programme of Measures to implement the principle of Mutual Recognition adopted by the Council of the Ministers for JHA in November 2000<sup>1</sup>, where it was emphasised how the implementation of the principle of mutual recognition of criminal decisions presupposes that Member States have trust in each others' criminal justice system. Mutual trust has therefore been considered as a tool functional for the achievement of the mutual recognition principle defined by the Tampere European Council as the "cornerstone of judicial cooperation in both civil and criminal matters within the Union"<sup>2</sup>.

The outstanding, yet tumultuous development that the European Union has experienced in the field of the third pillar has kept pace with the fifth round of enlargement in the course of which, for the first time, Justice and Home Affairs (hereinafter JHA) issues were included in the negotiations. One may say that over the last years the EU has faced two major, and to some extent-overlapping, challenges: the significant expansion of a policy field (JHA) touching upon issues and values

---

<sup>1</sup> Programme of Measures to implement the principle of Mutual Recognition of decisions in criminal matters (2001/C 12/02). Adopted by the Council of the Ministers for JHA on 30 November 2000, *OJ*, n° C 12, 15 January 2001.

<sup>2</sup> Tampere European Council, 15 and 16 October 1999. Presidency Conclusions, para. 33. Available at [http://www.europarl.eu.int/summits/tam\\_en.htm](http://www.europarl.eu.int/summits/tam_en.htm)

of fundamental importance for European citizens, and a (still ongoing) round of enlargement bearing new distinguishing features.

On the one hand, the conclusions of the European Council of Tampere in 1999 and the improvement of the decision making procedures provided by the Amsterdam Treaty gave fresh impetus to the whole third pillar. Moreover, one can not overlook the momentous shift that, as a result of the events of 11 September 2001 and of 11 March 2004, JHA dossiers have experienced, putting policy makers under enormous pressure to deliver adequate responses at supranational level.

On the other hand, the fifth round of enlargement, which started in the mid-1990s, has featured prominently in the European Union agenda over the last ten years<sup>3</sup>. There is little doubt that the whole process has been permeated by the awareness of the enormous challenge posed by the need for the new candidates to fulfil the membership criteria. Admitting countries, where the pre-1989 period had left a legacy of generalised institutional weaknesses into the EU-15 provoked concerns in the old Member States, who feared that the enlargement process could undermine the efficiency and the effectiveness of the EU institutions and threaten its achievements. In this sense, one may say that in the context of enlargement the issue of mutual trust has early emerged in a different and broader meaning rather than in the narrow connotation related to the implementation of the principle of mutual recognition in the third pillar.

The purpose of this paper is to provide an overview of how, in a context of general anxiety about the state of accession countries' preparedness to meet membership criteria, the issue of confidence has affected the process of negotiation, specifically in the field of JHA. After a brief outline of the notion and the relevance of mutual trust in the context of enlargement, the analysis will focus on the grounds on which mutual trust has been based and on how the attainment of such grounds has been evaluated by the European Commission in its monitoring of candidate countries' progress towards accession (2). Attention will be paid equally to the means by which concerns regarding "new" members' capacity to implement the *acquis* have been translated into legal text (3). Finally, it will be shown that, if the process of confidence-building in third pillar matters has been one of the central problems of enlargement, then, in the same context, the notion of mutual trust has benefited from this experience by assuming a different and more precise paradigm.

---

<sup>3</sup> Negotiations started with two different groups of countries in April 1998 and on February 2000, and were closed in December 2002 for ten of the twelve candidate countries: Cyprus, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, the Slovak Republic and Slovenia. This group of countries acceded into the EU on May 1<sup>st</sup> 2004 by virtue of the entrance into force of the Accession Treaty signed in Athens on the 16<sup>th</sup> of April 2003 with the Member States of the European Union. Negotiations with Romania and Bulgaria were concluded in December 2004 and the Treaty of Accession has been signed in Luxembourg on the 25<sup>th</sup> of April 2005.

## 2. Concerns and commitments in the accession negotiation

### A. *The notion of mutual trust*

The notion of mutual trust conventionally pertains to the whole area of judicial cooperation both in criminal and civil matters. However, this concept has been developed specifically in relation to the principle of mutual recognition of criminal decisions. The smooth implementation of such principle requires that the utmost level of mutual confidence between judicial authorities of different Member States is attained. Mutual trust is an essential condition to ensure the steady and prompt execution by the judicial authorities of a State of judicial decisions issued in a requesting State. Thus it implies that the legal system from which the judgement to be executed or recognized originates is deemed trustworthy. Construed in relation with mutual recognition, the notion of mutual trust has been the object of fruitful discussions<sup>4</sup>. Yet, one should bear in mind that the concept of confidence does not exhaust its meaning in a sheer judge-to-judge context. Broadly intended the idea of mutual trust underpins the whole construction of an Area of Freedom, Security and Justice concerning all the actors involved and entailing trust of Member States in each others' criminal justice systems<sup>5</sup>. For example, in the sensitive domain of police cooperation, it is self-evident how the full exploitation of the tools at the disposal of law enforcement authorities requires a high degree of mutual trust<sup>6</sup>. Moreover, in a policy area where the community method is not yet fully into force, not only is Member States' lack of mutual trust at the origin of blockages or delays in the decision making process, but also it may prompt the adoption of watered down legal text and/or late or flawed transposition into national law of EU instruments. Hence, if mutual trust certainly concerns magistrates daily processing cases with cross border dimension, it is equally true that, in a wider perspective, Member States' trust (or lack of trust) in each others' criminal justice system plays a crucial role as for legislators, be them at national or at EU level, affecting the enactment of third pillar instruments and shaping the outcome of negotiation in this field.

---

<sup>4</sup> DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001.

<sup>5</sup> The European Court of Justice has proclaimed the principle of mutual trust in respect to the *non bis in idem*: "In those circumstances, whether the *ne bis in idem* principle enshrined in Article 54 of the CISA is applied to procedures whereby further prosecution is barred (regardless of whether a court is involved) or to judicial decisions, there is a necessary implication that the Member States have mutual trust in their criminal justice systems and that each of them recognises the criminal law in force in the other Member States even when the outcome would be different if its own national law were applied". Joined cases C-187/01 & C-385/01, *Gözütok & Brügge* [2003], para. 33, *ECR*, p. I-1345.

<sup>6</sup> For an analysis of mutual trust in this field, see the contribution to this volume of GENSON, R., "Une confiance mutuelle qui ne se limite pas au processus de la reconnaissance mutuelle".

### ***B. The relevance of mutual trust in the context of enlargement***

In a context where the EU-15 were moving the first wary steps towards the building of an Area of Freedom, Security and Justice, one of the major challenges posed by enlargement was to ensure that this ambitious goal was not endangered by the accession of twelve “new” members. Moreover, the increasing political sensitivity of security-related issues has determined a special attention of all stakeholders on the state of preparedness of the acceding countries in regard to matters such as management of external borders, migration, organised crime, terrorism etc. Questions such as the lack of independence of the judiciary or the endemic level of corruption in candidate countries are factors adversely affecting the implementation of the *acquis*, and in particular of the JHA *acquis*. In the context of enlargement, the reflection on trust has been deployed in a unilateral sense, as “old” members’ trust in “new” members’ capability to meet the criteria required for membership. In other words, it was crucial to ensure candidates’ reliability in implementing EU laws and policies with a level of efficiency and honesty comparable to those in the Member States. This pattern of mutual trust is reflected in Member States’ decision to establish, since the inception of the negotiation, a mechanism for collective evaluation of the enactment, application and effective implementation by the applicant countries of the *acquis* of the European Union in the field of JHA <sup>7</sup>. Based on the evaluation carried out by group of experts, such innovative monitoring performed by the Council has integrated the exercise of the Commission. Although the work of the group of experts relied largely on the information provided by the Commission’s regular reports, Member States could provide information individually and collectively based on their direct experience of working with the candidate countries or through their Embassies and Commission delegations in the candidate countries <sup>8</sup>.

The overall relevance acquired by the JHA issues during the process of enlargement along with the difficulties to found trust between “old” and “new” members are confirmed by the negotiation of Chapter 24 of the *acquis*, devoted to JHA. This chapter was the last to be closed with the first ten accessing countries and it turned out to be one of the issues that determined the postponement of the entry into the EU of Bulgaria and Romania.

The Commission’s Guide to the Negotiations provides a clear overview of how establishing trust has been, and still is, an underlying element of the debate over enlargement: “Negotiations on the JHA *acquis* are not about transition periods (...). Rather it has been necessary to find ways to build confidence, among Member States,

---

<sup>7</sup> Joint Action of 29 June 1998 (98/429/JHA) adopted by the Council on the basis of Article K 3 of the Treaty on European Union, establishing a mechanism for collective evaluation of the enactment, application and effective implementation by the applicant countries of the *acquis* of the European Union in the field of JHA, *OJ*, n° L 191/8, 7 July 1998. The reports of the “Group evaluation collective” have restricted access and have not been disclosed.

<sup>8</sup> In a more sectoral field, a Pre-Accession Pact on organised crime between the Member States of the European Union and the applicant countries of Central and Eastern Europe was signed in 1998 (*OJ*, n° C 98, 220/01), with the specific purpose of intensifying police and judicial cooperation against organised crime.

in the candidate countries' capacity to implement the *acquis*"<sup>9</sup>. In fact, as JHA is strictly intermingled with the principles of rule of law and respect of human rights, phasing in the implementation of the *acquis* would have meant a non compliance of the candidate countries with the core values of the EU. It is therefore not surprising that negotiation on the JHA has not been about transitional periods as for other chapters, but mostly about finding ways to improve candidate countries' qualitative and quantitative judicial capacity to implement the *acquis* in this field.

### ***C. The grounds on which mutual trust has been based***

If defining mutual trust is a complicated task<sup>10</sup>, then casting light on the grounds on which it is founded is a far more perilous exercise even if one confines its scope of application to the implementation of the principle of mutual recognition as enshrined in Tampere's conclusions. The Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters adopted by the Council in 2000, clarifies the core elements on which mutual trust is based. After having emphasised mutual trust as a pre-condition of mutual recognition, the Programme states that "trust is grounded, in particular, on (Member States') shared commitment to the principles of freedom, democracy and respect for human rights, fundamental freedoms and the rule of law"<sup>11</sup>.

In this wording one may easily detect symmetry with the Copenhagen political criteria established in 1993 as well as with the principles set out in Article 6 (1) TUE, the respect of which is addressed in Article 49 (1) TUE<sup>12</sup> as a pre-condition to apply to become member of the Union<sup>13</sup>. It is clear how mutual trust stems from the shared

---

<sup>9</sup> Enlargement of the European Union, Guide to the Negotiations Chapter by Chapter, p. 76. Available at <http://europa.eu.int/comm/enlargement/negotiations/chapters/negotiationsguide.pdf>

<sup>10</sup> FLORE, D., "Réflexions sur l'idée de la "confiance mutuelle"", in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (dir.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 133.

<sup>11</sup> Introduction of the Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters, see above footnote 1.

<sup>12</sup> Article 6 (1) TUE reads as follows: "The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States." Referring to it, Article 49 TUE states: "Any European State which respects the principles set out in Article 6 (1) may apply to become a member of the Union". One has to observe that the Copenhagen political criteria differ from the provision of Article 6 (1) TUE, in that they also encompass the protection of minorities as a necessary condition for membership. Although not formally mentioned in Article 6 (1) TUE, the protection and the treatment of minorities in the candidate country has been closely surveyed in the Commission's annual Regular Reports, constituting a reason for postponing the opening of negotiation with Slovakia in 1998 and raising concerns in respect to the treatment of Russian speaking minorities in the Baltic States.

<sup>13</sup> The same principles were emphasised in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed at the Nice European Council in December 2000.

respect for those principles enshrining the core values on which the European Union is founded. This is especially true in regard to the “new” Member States, whose progress towards a full accomplishment of such principles was closely monitored since the inception of the enlargement process.

In addition to the shared commitment to these core values, mutual trust between Member States inevitably lies in a reasonable degree of approximation of criminal legislation, notably procedural, but also substantial. One has to remark that, despite the complexity of decision making procedures proper to the so-called third pillar, the pace of approximation of national criminal legislations over the last decade has been at least quantitatively impressive<sup>14</sup>. Candidate countries had to upgrade their national legislation according to such *acquis*. This commitment had a considerable impact on the enlargement process, since the duty to transpose into domestic law the *acquis* in the field of police and judicial cooperation in criminal matters constituted an unprecedented obligation.

Finally, trust in candidates countries’ ability to take on the obligations stemming from their future membership required the instruments adopted to achieve a satisfactory degree of performance. To attain this goal, not only numerous legislative changes in the domestic law were required, but very often far more complex structural adjustments in the organisation and in the working methods of the public administration were also needed. One can affirm that in the course of negotiation there has been a considerable shift of emphasis from the issue of the incorporation of the *acquis* into legislation to the issue of its effective implementation and enforcement. In particular, if trust in the “new” members was to be established and reinforced, candidate countries were required, especially for third pillar matters, to make significant efforts in order to improve their administrative and judicial capacity.

***D. The monitoring of the European Commission: criteria and methodology of an evaluation***

The concept of mutual trust lacks legal significance. This implies that it is difficult to lay down comprehensively the grounds on which it is based among Member States. Setting the parameters to establish trust *vis à vis* the “new” members has been all the more problematic. However, in a European criminal area still in an embryonic form as it was during the first steps of the enlargement process, one may say that the exercise of building trust towards the “new” members of such area held a twofold dimension: the fulfilment of the Copenhagen political criteria (1) and the compliance with the relevant *acquis* along with the ability to implement it through proper administrative and judicial capacity (2). If the achievement of trust with respect to the “new” members is to be appraised, the analysis has to dwell upon the accomplishment of these two basic strands on which confidence is based.

---

<sup>14</sup> LABAYLE, H. and WEYEMBERGH, A., *Code of Criminal Law of the European Union*, Bruxelles, Bruylant, 2005. This code brings together all the texts concerning cooperation in criminal matters adopted at EU level up to 1 January 2005.

### 1. *The fulfilment of the Copenhagen political criteria*

The European Commission has guided the process since its inception, monitoring the progress achieved by the candidate countries in meeting the criteria for the EU membership, the so-called Copenhagen criteria<sup>15</sup>. The Commission reviewed the pace of reforms of each candidate country towards the accession by means of national Regular Reports published yearly since 1998. Not only these Reports did mark the way ahead highlighting areas where further efforts were required, but also they served as the basis for the Commission to formulate necessary recommendation to the Council for opening and possibly closing bilateral intergovernmental conferences.

From a procedural point of view, the fulfilment of the political criteria was considered a condition to open negotiation with the candidate country<sup>16</sup>. On this basis negotiations started with the twelve candidates in two different times: in April 1998 with Estonia, Poland, Hungary, Czech Republic, Cyprus, and Slovenia, and in February 2000 with Slovakia, Lithuania, Latvia, Malta, Bulgaria, and Romania.

However, this did not prevent each of them from an accurate screening by the Commission during the negotiation so long as one could not rule out the need of further efforts and the risk of possible steps back. In the Regular Reports, the chapter devoted to the compliance with the political criteria was divided in three main sections.

The first section served as an introduction, with a reference to major recent developments and a general overview of the overall stability of national institutions.

The second section referred to the respect of the principles of democracy and rule of law. In this regard equal attention was paid to the functioning of the three powers of the State: the Parliament (and the Parliamentary process), the Executive, and the Judiciary. As the latter is the foremost addressee of the principle of mutual trust, it is probably relevant to dwell upon the criteria taken into account to evaluate the judicial system of candidate countries. The Commission appraised both structural and procedural matters. Concerning the first, the Reports focused on the rules of

---

<sup>15</sup> Established at the European Council of Copenhagen in 1993, these criteria serve as parameters to assess the state of preparedness of accessing countries. Membership criteria require that the candidate country must have achieved the following conditions: stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities (political criterion); the existence of a functioning market economy as well as the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the Union (economic criterion); the ability to take on the obligations of membership including adherence to the aims of political, economic & monetary union (so-called *acquis* criterion).

<sup>16</sup> For sake of simplification one could resume the framework for the negotiation as follows: the fulfilment of the political criteria has been necessary to decide the opening of the negotiations whereas closure of negotiations also required the fulfilment of both the economic and the *acquis* criterion. For the latter condition, however, given the considerable lapse of time between the conclusions of negotiations (for the ten candidates December 2002), and the actual date of accession (1<sup>st</sup> of May 2004), closure of individual chapters was based on credible commitments by the acceding countries on the adoption of EU legislation by the date of accession.

recruitment, appointment, promotion, and dismissal of magistrates, on the budget for the judiciary, on remuneration, training and working conditions of judges, prosecutors, investigators, and judicial staff. With regard to the second, that is the functioning of judicial system, the analysis looked upon the independence of the judiciary, the system of immunities of magistrates, the average duration and nature of legal proceedings and the endorsement of major reforms, such as new codes. The section devoted to democracy and rule of law was then completed by an assessment of the cluster of measures undertaken to fight corruption. Dealing with corruption within the scope of the political criteria for accession, at such an early stage of the whole report, gives an idea of the increasing perception that widespread corruption in candidate countries is a factor potentially jeopardising the fulfilment of all the other criteria.

The third section of the assessment of the political criteria scrutinised the respect of human rights and the protection of minorities. The former focused on civil and political rights (covering issues such as ill treatment, pre-trial detention and fundamental freedoms) and economic, social and cultural rights. The latter concerned a wide range of matters regarding minorities, issues arising from their integration into the society (education, health and employment), and active measures to fight all forms of discrimination.

The foregoing review of the criteria taken into account by the Commission may give an indication of the breadth and the scale of such an exercise. The Commission was confronted with a completely new task: highly political, and affecting the basic tenets on which the EU is founded. A few remarks may, however, be made.

First, one may argue that if the parameters taken into consideration were, to some extent, clear, the process of requiring the completion of a package of reforms often suffered from a lack of precise benchmarks. It is not surprising that, taking into account the experience of the fifth enlargement process, the Brussels European Council of December 2004, agreed a new framework for accession negotiations. This new framework refers to the establishment of precise benchmarks to be attained by a candidate country before the opening of negotiations. As for the political criteria, the new framework will allow the Commission to recommend, and the Council to decide by qualified majority, the suspension of future negotiations in case of serious and persistent breach by a candidate State of the principles enshrined in Article 6 TUE<sup>17</sup>.

Second, it is possible to detect some cases where the standards set for the accession went often beyond the engagement of the EU-15<sup>18</sup>. If one may argue

---

<sup>17</sup> Brussels European Council of 16 and 17 December 2004, Presidency Conclusions, para. 23.

<sup>18</sup> The European Union required the “new” members sign and ratify international legal instruments to which not all of the EU-15 are parties. Striking example are the Council of Europe Criminal and Civil Conventions against Corruption. As of April 2005, the Criminal Law Convention against Corruption has been signed and ratified by all the 10+2 “new” members, while six of the EU-15 have only signed it, and one State has not even signed it. Likewise, the Civil Law Convention against Corruption is in force in all but one of the 10+2 new members, whereas only three of the “old” Member States are parties of it, the overwhelming majority (nine out of fifteen) has not gone beyond the signature, and three of them have not even signed it.

that these double standards may have been justifiable on the grounds of the existing structural differences between “new” and “old” members, it is unquestionable that the asymmetric system of guarantees thus enforced may jeopardise the process of building mutual confidence among States in an enlarged Union.

Third, one can observe that the monitoring exercise of the Commission has continued even after the Signature of the Accession Treaty with ten candidate countries in April 2003. In November 2003 the Commission released ten Country Monitoring Reports, one for each candidate, and a Comprehensive Monitoring Report covering the main overall findings<sup>19</sup>. Surprisingly, such reports only dealt with economic issues and with the remaining commitments for the implementation of the *acquis* (second and third Copenhagen criteria). No mention was made to the continuous fulfilment of the political criteria begging the question on what basis it was felt that this monitoring exercise, so scrupulously carried out in the previous years, was not needed anymore for any of the accessing countries.

## 2. *The compliance with the so-called *acquis* criterion*

The second element to build trust in an enlarged Union lays in the basic commitment of enlargement, the pivotal obligation for the acceding countries to apply the *acquis* as from the first day of their membership. For this purpose, the existing EC and EU legislation had to be transposed into domestic law and consistently implemented<sup>20</sup>. As far as the instruments relevant to the establishment of the European criminal area are concerned, the alignment of national legislations has been monitored in Chapter 24 of the negotiation *acquis*. This chapter was devoted to reporting the progress achieved by each candidate country in the whole JHA field, thereby covering, beyond the third pillar *acquis*, a wide range of issues such as immigration, asylum, visa policy, management of external borders, customs cooperation etc. From a chronological point of view it has already been pointed out the difficulty posed by the exercise of evaluating “new” members in a policy field going through remarkable development. It is revealing that the first Regular Report issued by the Commission in 1998 for a big country like Poland devoted relatively limited room to JHA issues, focusing only on Immigration, Asylum, Drugs and Police. Significantly, at that time judicial cooperation in criminal matters was mentioned only for the signature of the additional protocol to the Council of Europe Convention on the Transfer of Sentenced Persons<sup>21</sup>. The expansion of the JHA *acquis* since 1999 caused the goal of complying with it to become a sort of moving target. Besides the instruments adopted before and after the signature of the Accession Treaty, the *acquis* whose compliance had to be

---

<sup>19</sup> These Reports are available at [http://europa.eu.int/comm/enlargement/report\\_2003/index.htm](http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/index.htm)

<sup>20</sup> LAZOWSKI, A., “Implementation of the third pillar *acquis*. A challenge for the applicant countries?“, in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (dir.), *Sécurité et justice...*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>21</sup> The First Progress Reports for each of the candidate countries are available at [http://europa.eu.int/comm/enlargement/report\\_11\\_98/](http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_11_98/)

ensured as from the first day of membership encompassed also the *acquis* scheduled to enter into force after the 1<sup>st</sup> of May 2004, with due observance of the different deadlines for its implementation.

Along with the transposition of the *acquis* into national legislation, it was essential for the entire process (and still is for Romania and Bulgaria) that such *acquis* be actually implemented through appropriate administrative and judicial structures. Subsequent European Councils, from Madrid European Council in 1995<sup>22</sup> up to Brussels European Council of June 2004<sup>23</sup>, have highlighted the importance of ensuring the effective application of EU legislation.

The European Commission has repeatedly emphasised this concept, spelling out for the JHA *acquis* in its Guide to the Negotiations:

“On issues such as border control, illegal immigration, drugs trafficking and money laundering, organised crime, police and judicial co-operation, data protection and mutual recognition of court judgements, there is a need to ensure that the candidate country are equipped to meet adequate and acceptable standards of implementation. It is important that candidate countries’ administrative capacity is up to these standards by the date of accession. Furthermore, the establishment of an independent, reliable and efficient judiciary and police organisation is also of paramount importance”.

To this end, in June 2002 the Commission endorsed individual Action Plans jointly with each negotiating countries concerned, specifically aimed at reinforcing their administrative and judicial capacity<sup>24</sup>.

From a procedural point of view, one has to remark that the closing of negotiations with a given candidate did not require the full transposition and implementation of the whole *acquis*. On the contrary, the *acquis* criterion was deemed fulfilled on the basis of progress already achieved in the alignment of domestic law to EU legislation on the one hand, and in the implementation of a critical mass of the *acquis* on the other hand. A positive track record of these two parallel processes, transposition and implementation, over the previous years allowed the provisional closure of negotiating chapters. Candidate countries undertook the commitment to ensure the full application of the *acquis* upon accession. In other words, for the first ten “new” members (but the same rule has applied for Bulgaria and Romania) the European Council decided the successful completion of negotiations on the basis of the capability of these countries to assume all the obligations of membership at the envisaged time of accession.

---

<sup>22</sup> Madrid European Council of 16 December 1995. Presidency Conclusions, Part III A.

<sup>23</sup> “The Union underlines that particular attention should be paid by Bulgaria and Romania to improving their administrative and judicial capacity, as well as to continuing economic and structural reform, and to the full and timely implementation of negotiated commitments”, Paragraph 26 of Brussels European Council of 17 and 18 June 2004. Available at [http://europa.eu.int/european\\_council/conclusions/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/european_council/conclusions/index_en.htm)

<sup>24</sup> Communication from the Commission on the Action Plans for administrative and judicial capacity, and the monitoring of commitments made by the negotiating countries in the accession negotiations. COM (2002) 256, 5 June 2002.

Thus, between the closure of negotiations and the entry into force of the Accession Treaty, accessing countries were required to fulfil the commitments undertaken by completing the transposition of the *acquis* and by carrying out in a successful and timely way all necessary reforms to comply with the *acquis* criterion. In that stands the need for continuous monitoring after the closure of negotiations.

In 2003, the Commission endorsed ten comprehensive country monitoring reports<sup>25</sup> with the purpose of assessing candidate countries' legislative and administrative preparations six months before the accession. Such reports were focused to a large extent on the issue of implementation, covering as an introductory part to the analysis of the 29 Chapters, the matter of preparedness of public administrations and judicial systems as well as the development of effective anti-corruption measures<sup>26</sup>. On the eve of enlargement, the individual reports loomed worrisome perspectives especially for the persistent high levels of corruption and for the need to further strengthen the judiciary, both issues adversely impinging on mutual trust. With few exceptions, corruption has been rated as a matter to be considered as a policy priority by all accessing countries. As for administrative and judicial capacity, although it has been recognised that sufficient conditions were already in place for the implementation of the *acquis*, the comprehensive reports stressed that specific areas still required enhanced efforts. In Poland 2003 comprehensive monitoring report one could still read:

“Despite steady progress, efforts are still needed to improve the efficiency and transparency of the judiciary, so as to enhance the reliability of the quality of judgements. The access of the public to the judicial system remains limited, especially access to general information on procedures, legal aid and the state of play of an individual's own pending case. In general the level of public trust in the efficiency and fairness of the judicial system remains low and the perception of corruption by the public is high. (...)The system of legal aid is still under-developed and organised in a non-transparent way, with the result that citizens are not informed about their rights. In the criminal procedure code there is no obligation to inform a defendant about the possibility of obtaining legal aid. This lack may lead to the conclusion that the enforcement of the legal aid provisions is not sufficient in the light of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”<sup>27</sup>.

Similarly, 2004 Reports on Bulgaria and Romania drew attention on the need, in order to be ready for membership in 2007, to improve administrative and judicial capacity of these countries<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Above see note 23.

<sup>26</sup> During the accession negotiation, the administrative capacity to implement the *acquis* has been covered in a separate section of each Regular Reports until 2000. Since then, the assessment of the state of implementation of the *acquis* has gone in parallel with the evaluation of the adoption of the *acquis* and the results of this exercise have been incorporated in each of the 29 Chapters.

<sup>27</sup> Comprehensive monitoring report on Poland's preparations for membership. p. 14-16 Available at [http://europa.eu.int/comm/enlargement/report\\_2003/index.htm](http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2003/index.htm)

<sup>28</sup> Both Reports are available at [http://europa.eu.int/comm/enlargement/report\\_2004/index.htm](http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2004/index.htm)

For Bulgaria, despite the chapter on JHA had been provisionally closed in June 2004, the Report highlighted problems concerning the capacity of law enforcement authorities and the functioning of the pre-trial phase. Explicitly, the Report stated: “The capacity to fully implement the *acquis* in this area, including the principle of mutual recognition of court decisions, will depend on successful reform of the judiciary, including the pre-trial phase”<sup>29</sup>.

For Romania, political pressure on judges, poor quality of judgements, shortage of judges, serious and widespread corruption have emerged as areas where considerable efforts are still required. The need to strengthen implementation and administrative capacity was generalised, and it concerned almost all areas of the JHA *acquis*: “Romania should increase its administrative capacity in the relevant institutions, implement an effective reform of the judicial system, recruit and training the necessary staff, and take measures that have a significant impact on corruption”<sup>30</sup>.

Especially towards the end of negotiations candidate countries’ capacity to implement rather than to transpose the *acquis* was the Member States’ and the EU Institutions’ most recurrent concern<sup>31</sup>. The degree of performance of the administrative, judicial and police structures of the accessing countries endangered the smooth implementation of the *acquis*. The lack of trust in this regard was also a consequence of the difficulties to evaluate the progress in this field. Moreover, one should not overlook that if alignment of legislation can be measured relatively on the spot, the impact of administrative reforms deploying their effects in a long term (one may think to the adoption of anti-corruption national strategies) often requires a certain lapse of time before yielded results can be properly assessed. Certainly, the objective of improving the capacity of candidate countries’ public administration has been the object of substantial budgetary allocations from the EU. Since 1998 the Commission has supported the reform process mobilising significant human and financial resources by means of affording technical and financial assistance, notably using the mechanisms of twinning administration and agencies<sup>32</sup>, as well as, through the TAIEX programme<sup>33</sup>, the latter specifically designed for the implementation and the enforcement of the *acquis*.

---

<sup>29</sup> 2004 Regular Report on Bulgaria’s progress towards accession, p. 17-19 and p. 123.

<sup>30</sup> 2004 Regular Report on Romania’s progress towards accession, p. 19-21 and p. 130.

<sup>31</sup> “The Commission attaches the greatest importance to ensuring that the candidates further reinforce their administrative and judicial capacity. It is an essential requirement for creating mutual trust among Member States, indispensable for membership”, Towards the enlarged Union Strategy Paper and Report of the European Commission on the progress towards accession by each of the candidate countries, COM (2002) 700 final, 9 October 2002, p. 10.

<sup>32</sup> The twinning process, funded under the PHARE Programme, makes the vast body of Member States’ public sector expertise available to the candidate countries through the long term secondment of civil servants and short term expert missions training. For an overview of its application in relation to the JHA, see DE LOBKOWICZ, W., “La sécurité intérieure de l’Union européenne élargie”, in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (dir.), *Sécurité et justice...*, *op. cit.*, p. 41-44.

<sup>33</sup> Set up in 1995, the Technical Assistance Information Exchange (TAIEX) office was initially designed to help candidate countries with Single Market legislation. In accordance with Agenda 2000 and the pre-accession strategy the TAIEX mandate was extended to cover the whole *acquis communautaire*. More information on TAIEX are available at <http://taix.cec.eu.int/>

Presumably, it is in this context that the provision contained in Article 34 of the Act of Accession should be read. Under the title “Transitional measures”, this article provides for certain temporary financial assistance to be granted to the “new” Member States under the form of “Transition facilities”. Such assistance should be provided between the date of accession and the year 2006 with the aim of developing and strengthening their administrative and institutional capacity to implement and enforce Community legislation in certain areas where action cannot be financed by the Structural Funds. Paragraph 2 of this article then provides a list of areas where such assistance could be granted. Concerning JHA, this money could be allocated to enhance the judicial system, to reinforce the external border controls, to strengthen law enforcement capacities and to implement anti-corruption strategy. Fields of action that could also benefit from such facilities are financial control, protection of the Communities’ financial interests and fight against fraud. The specific provision contained in the Act of Accession is indicative of the full awareness that, far from being resolved with the accession, the problem of improving the administrative, institutional and judicial capacity to implement the *acquis* still necessitates enhanced commitment.

On the whole, compliance with the *acquis* criterion in its twofold nature of alignment of legislation and administrative capacity has been the key issue of the enlargement. It is interesting to note the contradiction between, on the one hand, the generalised misgivings about candidate countries’ capacity to adopt and implement the *acquis*, and, on the other hand, the fact that the closing of negotiations was mostly based on their pledge to be ready by the envisaged date of accession. Certainly, the task conferred on the Commission to assess and improve the administrative and judicial capacity of the candidate countries was not only complicated, but also innovative. As a matter of fact, this is an area where the EU retains marginal competence. As a result, the challenge has been addressed without being equipped with specific and well-defined benchmarks. The above mentioned new framework for accession negotiations adopted by the European Council in December 2004 may be seen as evidence that the existing framework contains gaps. At the same time, the proposed Framework should allow both the EU and candidate States to be better prepared to face future negotiations. The European Council has established that for future negotiations “the Council, acting by unanimity on a proposal by the Commission, will lay down benchmarks for the provisional closure and, where appropriate, for the opening of each chapter; depending on the chapter concerned, these benchmarks will refer to legislative alignment and a satisfactory track record of implementation of the *acquis* as well as obligations deriving from contractual relations with the European Union”<sup>34</sup>. Future negotiation will therefore be structured according to precise benchmarks set in advance, possibly before the decision to open negotiations on a certain chapter. Furthermore, negotiations are defined as “an open-ended process, the outcome of which cannot be guaranteed beforehand”. By so stating, it would seem that the European Council aimed at excluding the possibility of being bound to a

---

<sup>34</sup> Brussels European Council of 16 and 17 December 2004, See above note 21.

necessarily positive outcome of negotiations where conditions for membership are not met. Certainly the need to establish a new framework for negotiations in the aftermath of the biggest round of enlargement is indicative. To say that the existing framework has not achieved its aim is probably going too far. However, the existing framework presented loose benchmarks and revealed gaps that needed to be tackled in order to build confidence in the process of negotiations with future candidate countries and to face the challenges of the next rounds of enlargement.

### **3. Integrating concerns into legal texts**

As it has been demonstrated, establishing and reinforcing the principle of mutual trust with respect to the “new” members of the European criminal area has been a major challenge that has influenced the dynamics of negotiation between Member States and the Commission and the accessing countries. This section will focus on the way concerns on the state of preparedness have protracted after the closure of the negotiations affecting the content of the Accession Treaty with the ten “new” members (A), as well as the Accession Treaty with Bulgaria and Romania (B).

#### ***A. The JHA safeguard clause in the Accession Treaty with the ten “new” members***

Concerns about the capability of the candidate countries to implement the *acquis* in the field of the third pillar have been met by an innovative form of flexibility that differentiates the ten “new” Member States in respect of the EU-15. Three safeguard clauses have been included in the Accession Treaty: a general economic safeguard clause (Article 37 of Act of Accession), a safeguard clause related to the functioning of the internal market (Article 38) and a safeguard clause concerning mutual recognition in criminal and civil matters (Article 39). The first paragraph of Article 39 reads as follows:

“If there are serious shortcomings or any imminent risks of such shortcomings in the transposition, state of implementation, or the application of the framework decisions or any other relevant commitments, instruments of cooperation and decisions relating to mutual recognition in the area of criminal law under Title VI of the EU Treaty and Directives and Regulations relating to mutual recognition in civil matters under Title IV of the EC Treaty in a “new” Member State, the Commission may, until the end of a period of up to three years after the date of entry into force of this Act, upon motivated request of a Member State or on its own initiative and after consulting the Member States, take appropriate measures and specify the conditions and modalities under which these measures are put into effect”.

As to the form that these measures can take, unlike the other safeguard clauses Article 39 then specifies that they may take the form of temporary suspension of the application of relevant provisions and decisions in relations between a “new” Member State and any other Member State or Member States. This will not prejudice the continuation of close judicial cooperation. As to the temporal scope of its application, the safeguard clause may be triggered until three years after the entry into force of the Treaty, that is until the 1<sup>st</sup> of May 2007. Moreover, if on the one hand this clause could have been invoked before the 1<sup>st</sup> of May 2004 (that has not been the case to

our knowledge), on the other hand the measures taken by the Commission could be applied beyond the foreseen period of three years so long as shortcomings persist, and lifted once the shortcomings are remedied. Finally, the possibility for the Commission to adapt the measure in response to the progress made by the “failing” State is also provided, thereby affording a certain level of flexibility to adjust the action undertaken and tailor it to the specific situation. The provision contained in Article 39 of the Act of Accession differs from the Internal Market safeguard clause in two elements: a general obligation of consultation with the Member States before the adoption and the adaptation of the measure, and the lack of reference to the principle of proportionality and non discrimination.

On the whole, this Article can be read as a means to continue to place pressure on candidate countries in order to further their compliance with the *acquis* before accession, but also to ensure to the utmost extent their correct implementation of the relevant *acquis* after accession. From another perspective, by enshrining into the Act of Accession the lack of mutual trust specifically related to the field of mutual recognition of criminal and civil decisions, this transitional safeguard clause may well epitomise the concerns of the “old” fifteen with regard to the overall quality of “new” members’ judicial systems.

Notwithstanding the reading that one may give to this provision, Article 39 of the Act of Accession raises some remarks concerning its application.

First, this safeguard clause vests the European Commission with the power to verify the transposition of Title VI TEU in the “new” Member States, irrespective of whether the old fifteen are in compliance with the same instruments. If the internal market safeguard clause adds on the powers conferred by Articles 226 and 228 EC to ensure the fulfilment of the TEC obligations, in the field of mutual recognition in criminal matters the European Commission has not at its disposal the threat of triggering an infringement procedures against failing Member States. Therefore, as a result of a failure in the area of criminal law, until the 1<sup>st</sup> of May 2007 the Commission is empowered to take action against a shortcoming occurred in a “new” member, but it is not equipped with an equivalent tool to ensure the compliance with EU law by an “old” member <sup>35</sup>. It is questionable whether, by putting into practice a veritable asymmetric system of guarantees between “old” and “new” members for three years after their accession (and possibly beyond), this clause may lead to awkward consequences. An example of this risk could be provided by the Framework Decision on the European arrest warrant adopted in 2002 <sup>36</sup> (hereinafter EAW), the first and most striking example of mutual recognition of criminal decision. The Commission has recently issued the first report on the implementation of this instrument <sup>37</sup>. The

---

<sup>35</sup> INGLIS, K., “Accession, Transitional Arrangements and the European Criminal Area”, in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (dir.), *Sécurité et justice...*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>36</sup> Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA), *OJ*, n° L 190, 18 July 2002.

<sup>37</sup> Report from the Commission based on Article 34 of the Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, COM (2005) 63, 23 February 2005.

report highlights shortcomings of an equally serious nature by both “new” and “old” Member States. However, by virtue of the safeguard clause, the Commission has currently the power to act only in relation to shortcomings committed by the ten “new” members.

The second concern is related to the scope of application of the safeguard clause. The text spells out that it might be activated in case of shortcomings, but also in the case of an imminent risk of such shortcomings related to the transposition, state of implementation, or the application of the framework decisions or any other relevant commitments, instruments of cooperation and decisions relating to mutual recognition in the area of criminal law under Title VI of the EU Treaty and directives and regulation in civil matters under Title IV of the EC Treaty. Leaving aside the latter, attention should be paid to the scope of this provision as far as criminal matters are concerned. In fact, at present the Council has adopted only three instruments implementing the principle of mutual recognition in the area of criminal law: the EAW, the Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence adopted in 2003<sup>38</sup>, and, more recently, the Framework Decision on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, adopted in 2005<sup>39</sup>. Deadlines have been set for the implementation by Member States of each of these three instruments: December 2003 for the EAW, August 2005 for the Framework Decision on the execution of orders freezing property or evidence and March 2007 for the Framework Decision on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties. Negotiations regarding other instruments concerning the implementation of the principle of mutual recognition are currently underway. However, should they be endorsed before 2007, it is unlikely that the deadline for the implementation will be set before the safeguard clause expires. Consequently, the shortcomings to which this clause refers may only relate to the implementation of two instruments applying the principle of mutual recognition<sup>40</sup>, the EAW and the Framework Decision on the execution of orders freezing property or evidence<sup>41</sup>.

Apart from the oddness of a safeguard clause with a materially restricted scope of application one may question the argument for binding the activation of the safeguard clause to the principle of mutual recognition in the first place. If

---

<sup>38</sup> Council Framework Decision of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence (2003/577/JHA), *OJ*, n° L 196, 2 August 2003.

<sup>39</sup> Council Framework Decision of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties (2005/214/JHA), *OJ*, n° L 76, 22 March 2005.

<sup>40</sup> The application of the safeguard clause to the Framework Decision on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties is unlikely since a certain period of time normally elapses between the deadline for the implementation and the issue by the Commission of the implementation reports.

<sup>41</sup> It is interesting to note how, although a swifter and more effective implementation of the mutual recognition programme could be envisaged, at the time of its insertion into the Act of Accession in 2002 only the EAW had been officially adopted although it had not yet entered into force.

Article 39 (2) – quite reasonably – gives leeway for the temporary blockage of the application of mutual recognition instruments as a possible measure to be adopted as a consequence of shortcomings, then more surprisingly, Article 39 (1) limits the grounds for such activation to shortcomings only in the field of mutual recognition. No reference is made to shortcomings concerning other third pillar instruments not directly related to mutual recognition. In other words, the safeguard clause cannot be triggered if the shortcoming consists in the late or incorrect implementation of instruments harmonising substantial or procedural criminal legislation, or if it lays in the mate or incorrect ratification or breach of international legal tools. For example, one may wonder why a flawed or partial implementation of the forthcoming Framework Decision on procedural rights in criminal proceedings in the European Union (hence an instrument harmonising national criminal procedures) should not represent reasonable grounds for invoking the application of Article 39 and therefore suspending the application of mutual recognition instruments. Such an application would be more sensible since, as we have seen, mutual trust is to a large extent based on the compliance with a much wider set of rules than only those related to mutual recognition instruments. Instead, Article 39 designs the safeguard clause as a pure reciprocity clause, whereby the suspension of a mutual recognition instrument (the consequence) may be claimed only in case of shortcoming in the transposition or in the state of implementation of a mutual recognition instrument (the cause). If the purpose of Article 39 is to constitute a safeguard vis à vis “new” members, one may argue that the scope for the activation of this clause should have encompassed all breaches jeopardising trust in their criminal justice systems (notably in relation to the respect of human rights), and not only breaches related to mutual recognition.

The narrow scope of application of Article 39 questions the fulfilment of the twofold objective the safeguard clause has been conceived for: on the one hand ensuring the correct implementation of procedural mechanisms of mutual recognition, and, on the other hand, meeting the concerns of Member States not fully reassured by the outcome of the negotiations and by the monitoring process carried out by the Commission.

### ***B. The postponement clause in the Accession Treaty with Bulgaria and Romania***

As an integral part of the same process that involved the first ten “new” members, accession negotiations with Bulgaria and Romania were officially closed in December 2004. The reasons for this delay can be explained in the non compliance by both these countries with the economic and *acquis* criteria. The 2002 Regular Reports emphasised how both countries needed to continue their efforts to develop sufficient administrative and judicial capacity to complete the transposition, implementation and enforcement of the *acquis*<sup>42</sup>. Accordingly, the Commission further stressed these

---

<sup>42</sup> For Bulgaria, see 2002 Regular Report on Bulgaria’s progress towards accession: “While the level of approximation achieved so far is encouraging, considerable further work lies ahead in terms of alignment and in particular to further strengthen the administrative capacity in this area”, p. 112. For Romania, 2002 Regular Report on Romania’s progress towards accession,

objectives in a roadmap towards the accession where it paved the way ahead indicating the main steps both countries needed to take to be ready for the membership<sup>43</sup>.

The provisional closure of all chapters of the *acquis* with Bulgaria was agreed in June 2004, whereas with Romania negotiations were prolonged until December 2004. For Romania difficulties arose notably for chapters on JHA and on competition, with a serious risk to fall short of European Council's objective to bring the negotiations with both countries to a successful conclusion in 2004. The outcome of the Commission's continuous monitoring exercise has not been encouraging for the perspective of building confidence in Bulgaria and Romania. Particularly for Romania, 2004 Regular Reports denounced: "Romania had only made limited progress towards meeting the necessary conditions of the Justice and Home Affairs *acquis* and it would be difficult to meet the (present and future) *acquis* requirements in the medium term". As far as both countries' judicial and administrative capacity was concerned, the Strategy paper on progress in the enlargement process, issued in October 2004 reflected exactly the wording of two years before<sup>44</sup>.

In view of these shortcomings, already before negotiations ended, the Commission envisaged an innovative form of safeguard: the possibility to postpone the date of the entry into force of the Treaty of Accession. In the conclusion of 2004 Strategic paper the Commission considered that "a specific safeguard needs to be introduced in the Accession Treaty which would allow the Commission to recommend to the Council to postpone the date of accession of either Bulgaria or Romania by one year to January 2008 if there is clear evidence that there is a serious risk that Bulgaria or Romania will be manifestly unprepared to meet the requirements of membership by 1 January 2007 in a number of important areas"<sup>45</sup>.

The Accession Treaty signed in Luxembourg on 25 April 2005 has taken on board these precautions establishing a set of provisions to some extent going further than the suggestions from the Commission. The Protocol annexed to the Treaty set out the conditions and the arrangements for admission. Article 39 (1) of the Accession Protocol reads as follows:

---

stated that "the overall capacity of the public administration to implement the *acquis* remains limited and represents a major constraint on Romania's accession preparations. While certain parts of the administration are able to function effectively there are many important sectors where the weakness of the administration is a serious cause for concern", p. 132.

<sup>43</sup> Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament, Roadmaps for Bulgaria and Romania, COM (2002), 624 final of 13 November 2002.

<sup>44</sup> Communication from the Commission to the Council and to the European Parliament, Strategy paper of the European Commission on progress in the enlargement process, COM (2004), 657 final, 6 October 2004. At page 3 one may read: "Bulgaria and Romania (...) need to continue their efforts to develop sufficient administrative and judicial capacity to implement and enforce the *acquis*".

<sup>45</sup> Strategy paper on progress in the enlargement process, *op. cit.*, p. 8.

“If, on the basis of the Commission’s continuous monitoring of commitments undertaken by Bulgaria and Romania in the context of the accession negotiations and in particular the Commission’s monitoring reports, there is clear evidence that the state of preparations for adoption and implementation of the *acquis* in Bulgaria or Romania is such that there is a serious risk of either of those States being manifestly unprepared to meet the requirements of membership by the date of accession of 1 January 2007 in a number of important areas, the Council may, acting unanimously on the basis of a Commission recommendation, decide that the date of accession of that State is postponed by one year to 1 January 2008”<sup>46</sup>.

For the first time in the history of enlargement, the signature of the Treaty does not guarantee the date of accession. Differently from the safeguard clause for the ten “new” members, the postponement clause sees the Council playing a crucial role. The Commission will continuously monitor the commitments undertaken by Bulgaria and Romania and, on the basis of the evidences gathered, it would present a proposal recommending the postponement of the accession by one year to 1 January 2008. The decision, that the Council may adopt by unanimity, requires the existence of a “serious risk” for Bulgaria or Romania to be “manifestly unprepared” to fulfil the criteria for membership by the 1<sup>st</sup> of January 2007. However, the set of safeguards goes beyond this provision, as paragraph 2 states:

“Notwithstanding paragraph 1, the Council may, acting by qualified majority on the basis of a Commission recommendation, take the decision mentioned in paragraph 1 with respect to Romania if serious shortcomings have been observed in

---

<sup>46</sup> It is useful to observe that the mechanism for the postponement of the accession has been questioned insofar that the Council could avail itself of it before the entry into force of the Protocol attached to the Treaty of Accession which contains such a clause. The problem has been resolved by inserting a reference to such mechanism in the Accession Treaty, with a postponement clause enshrined in Article 3(2) third subparagraph of the Accession Treaty: “Notwithstanding the deposit of all necessary instruments of ratification in accordance with paragraph 1, this Treaty shall enter into force on 1 January 2008, if the Council adopts a decision concerning both acceding States under Article 39 of the Protocol referred to in Article 1 (3), or under Article 39 of the Act referred to in Article 2 (2) prior to the entry into force of the Treaty establishing a Constitution for Europe”. The provision in the Accession Treaty refers to Article 39 of the Accession Protocol (and to Article 39 of the Act of Accession in case the Constitution is not in force by the entry of the two countries). Article 39 establishes the conditions and mechanisms for the enactment of the postponement procedure. Technically the provision of the Accession Treaty is not a “suspension” clause, since the entrance into force would not be suspended, but simply postponed. The legitimacy of the postponement clause is to be found in Article 24 paragraph 4 of the Vienna Convention on the Law of Treaties which provides: “The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text”. Referring explicitly to matters arising before the entry into force of the Treaty of Accession and its Protocol, the postponement clause will be lawfully applicable from the date of signature of the Treaty of Accession with Bulgaria and Romania until its entry into force the 1<sup>st</sup> of January 2007.

the fulfilment by Romania of one or more of the commitments and requirements listed in Annex IX, point I”.

Annex IX, point 1 of the Treaty contains the specific commitments undertaken, and requirements accepted by Romania at the conclusion of negotiations on 14 December 2004. For this purpose, Annex IX lists a number of specific critical areas for which, with regard only to Romania, the Council could trigger, by qualified majority instead of unanimity, the procedure mentioned in Article 39 (1) of the Protocol attached to the Treaty. According to Annex IX, the areas where Romania is required to make further efforts are: 1) the implementation of the Schengen Action Plan; 2) the strengthening of EU’s future external borders; 3) the reform of the judiciary, with particular reference to the implementation of the Law on the Organisation of the Judiciary, the Law on the Status of Magistrates and the Law on the Superior Council of Magistracy; 4) the fight against high-level corruption through the activities of the National Anti-Corruption Office; 5) the assessment of the current anti-corruption strategy and the endorsement of an anti-corruption action plan with clearly defined benchmarks to be reached and results to be obtained; 6) a clear legal framework for streamline co-operation between the national police and gendarmerie; and 7) the development and implementation of a coherent and multi-annual anti-crime strategy. As a result, should serious shortcomings occur in one of the areas mentioned by Annex IX of the Accession treaty, Member States will be able to decide by qualified majority to postpone the date of the Accession for Romania to 1 January 2008.

The rationale of Article 39 of the Accession Protocol clearly lays in the lack of trust. A postponement clause of this kind, operating to defer the entire accession, evokes a tool to step up conditionality. One may wonder whether, as for the safeguard clause contained in the Treaty of Accession for the ten “new” members, the postponement clause for Bulgaria and Romania will remain on paper or if it will have a tangible effect. Whatever use will be made of it, the threat of a unilateral decision on the date of accession bears not only high political significance but also considerable practical implications. For Romania, additional conclusions can be drawn. The possibility to defer the accession by qualified majority on the observance of specific commitments undertaken in relation to a detailed set of JHA issues is eloquent. The list set out in Annex IX largely mirrors the concerns expressed by the Commission on occasion of its last Regular Report on Romania’s progress towards accession, issued in October 2004. Romania is engaged to carry out structural reforms in areas where shortcomings have to be addressed and resolved before the accession, and in some cases precise deadlines are set. The variety of the issues at stake is revealing of the breadth of the problems affecting Romania’s legal systems widely intended. In addition to that, one may well see how some specific commitments such as the reform of the judiciary and the fight against corruption directly concern judicial cooperation in criminal matters, and may affect the implementation of the principle of mutual recognition of criminal decisions.

Finally one should notice that this postponement clause does not substitute but simply add on a safeguard clause enshrined in Article 38 of the Accession Protocol equivalent to the safeguard clause provided for the first ten “new” members. As a result, Bulgaria and Romania will be submitted to a twofold control. On the one hand

on the concrete functioning of the principle and the instruments of mutual recognition, on the other the double system conditioning the entrance into force of the Treaty of Accession, and designed to enforce and implement the *acquis*.

#### 4. Conclusion

It is widely recognised that the progressive development of the European criminal area is still being jeopardised by a high level of distrust among Member States<sup>47</sup>. The instruments implementing the principle of mutual recognition lay down quite a few grounds for non recognition by a judicial authority in the enforcing State of a judicial decision issued by a judicial authority in a different Member State. The Commission's report on the implementation of the EAW highlights reflections of this distrust in the domestic laws transposing such instrument.

The biggest challenge posed by the round of enlargement up to be completed in 2007 does not only lay in the inexperienced novelty of adapting national legislations (and public administrations) to an *acquis* touching upon issues strictly related with one State's sovereignty. Neither has it been essentially a matter of running after the latest development of a policy area in full expansion<sup>48</sup>. The major difficulty for candidate countries lies in the contradictory situation whereby political statements hailing the idea of Member States' trust in each others' legal systems rarely find application in practice. Inevitably, in a context where fully-fledged mutual confidence is yet to be achieved between the "old" 15 Member States, the exercise of establishing conditions for trust in the legal systems of "new" countries may lead to awkward if not hypocritical results.

Certainly, the European Union has been confronted with new challenges that have determined a large reshaping of priorities in its agenda, whereby the establishment of an Area of Freedom, Security and Justice has acquired increasing salience. Negotiations in the field of JHA have largely reflected the fact that beyond the dynamics of the enlargement, the issue of internal security has become a central theme for the European Union.

This shift of significance has outlined a surprising evolution in the outcome of negotiations. It has been shown as in the context of the 2004 enlargement, the lack of trust has led to the provision of a safeguard clause applicable for three years after the accession and granting the possibility to suspend mutual recognition instruments in the ten "new" members. For Bulgaria and Romania concerns in this policy area have prompted the adoption of a close postponing the entrance into force of the Treaty of Accession, a consequence far more severe than the provision of the suspension of a

---

<sup>47</sup> See the contribution to this volume of NILSSON, H.G., "Mutual trust or mutual distrust?".

<sup>48</sup> One has to remember that at the time negotiations were opened in 1998 with six of the applicant countries, the European Commission was not endowed with a proper structure for dealing with the matters encompassed in Title VI of the TUE. Only in 1999 the Task Force on JHA previously working under the aegis of the General Secretariat of the Commission has been transformed in a Directorate-General responsible of JHA.

cluster of rules merely related to mutual recognition. A mark of the same escalation may be read in the recent decision to defer the start of negotiation with Croatia <sup>49</sup>. Beyond the political meaning of stipulating that fair and full cooperation with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) is an essential requirement for closer relations with the EU, the decision to postpone the opening of the negotiations with Croatia is particularly significant. Not only does it stem from new attention paid to the factors establishing trust in countries aspiring of membership in the Area of Freedom, Security and Justice. It is also revealing that the full respect of certain basic parameters is assessed before the start of the negotiation and that the EU is ready to draw necessary conclusions if the candidate does not fully comply with such parameters. Furthermore, one should not overlook that, according to the conclusions of the European Council of December 2004, future negotiations will be held with a new framework and in a context of a process not anymore defined as irreversible.

In light of the above, it is certain that the development of the third pillar *acquis*, and specifically the issue of mutual trust have influenced the debate over enlargement.

Yet the opposite is equally true. It has been demonstrated how the need to meet the concerns regarding “new” members has pushed further the reflection on mutual trust between EU Member States themselves. Political criteria have been elaborated and the Commission has vouched for their fulfilment. Administrative capacity to attain adequate and acceptable standards of implementation has been object of evaluation. The focus on the concrete *modus operandi* of the judicial systems (independence, reliability efficiency) has finally emerged not only in relation to the capacity to implement the *acquis*, but itself as a political criterion for membership. The process of enlargement has therefore constituted an opportunity to better define the grounds on which mutual trust is based, and to think about the most suitable mechanisms necessary to achieve it. For example, one may see a link between the close scrutiny to which candidate countries have been subjected in the field of JHA and the increasing awareness of the need for adequate and timely evaluation of the implementation of EU policies in the field of justice. Similar considerations can be made as for the growing importance of the debate on the quality of justice and as for the issue of an effective European training system for judicial authorities <sup>50</sup>.

Since its launch in mid nineties, the process of enlargement has raised concerns and anxieties which, ever since, “old” Member States have not fully overcome. However, this experience has served and could still serve to favour the analysis of the tools to reinforce mutual trust, not only in the perspective of future enlargement, but, above all, for the achievement of a European criminal area.

---

<sup>49</sup> 2649<sup>th</sup> General Affairs and External Relations Council’s conclusion, March 2005.

<sup>50</sup> These issues, along with the theme of evaluation, have been taken into due consideration in the multiannual programme: “The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union”, adopted at the Brussels European Council of 4, 5 November 2004.

# Une confiance mutuelle qui ne se limite pas au processus de la reconnaissance mutuelle

Roland GENSON

L'Europe est un grand projet de paix basé sur la confiance mutuelle. Sans confiance mutuelle, cet espace commun de paix intégrant la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux est inimaginable. L'espace de liberté, de sécurité et de justice introduit une nouvelle dimension dans le projet européen tel qu'il a été envisagé par les pères fondateurs.

Après les traités de Maastricht, d'Amsterdam et de Nice, après l'ouverture des frontières intérieures et l'intégration de la coopération Schengen dans l'Union européenne, après les conclusions des Conseils européens de Tampere, de Laeken et de Séville, l'avenir du jeune espace de liberté, de sécurité et de justice est désormais tracé par le nouveau traité établissant une constitution pour l'Europe, l'objectif étant la suppression définitive de « l'exception JAI » par une généralisation de la procédure législative à tous les titres du traité.

La signature du traité établissant une constitution pour l'Europe marque une nouvelle étape pour les travaux au sein du Conseil Justice et Affaires intérieures qui s'inscriront désormais dans la perspective de la réalisation de la dernière grande étape pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice en visant son intégration pleine et entière dans la construction européenne par une application sans obstacle de la méthode communautaire.

Que de progrès réalisés en une décennie ; que de chemin parcouru depuis une coopération purement intergouvernementale à une intégration communautaire, depuis une procédure décisionnelle basée sur l'unanimité au vote à la majorité qualifiée, associé à la codécision ; que de changements qui témoignent d'un abandon progressif de la souveraineté nationale basée sur le concept de « territoire » au bénéfice d'une souveraineté européenne intégrant la notion d'« espace » dans un domaine aussi sensible que celui de la sécurité et de la justice.

Si les traités ont certes fourni le cadre législatif indispensable à ce développement, la confiance mutuelle confirmée à plusieurs reprises par une volonté politique exprimée au plus haut niveau a permis de fonder cette dynamique spectaculaire. Quittant progressivement le cadre classique de l'entraide judiciaire au sens large, s'appuyant sur le cadre normatif du Conseil de l'Europe pour ensuite s'en départir en introduisant le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, l'Union européenne privilégie la voie de la confiance mutuelle tout en respectant les traditions et systèmes juridiques de ses Etats membres.

En considérant la reconnaissance mutuelle comme « pierre angulaire » de la coopération judiciaire au sein de l'Union européenne, les chefs d'Etat et de gouvernement ont souligné à quel point cette confiance mutuelle est nécessaire au développement du projet européen, en particulier dans des domaines aussi sensibles que ceux liés à la politique pénale.

La plupart des auteurs qui ont contribué à cet ouvrage ont porté leurs réflexions sur la relation – parfois problématique – entre la confiance mutuelle, d'une part, et l'application du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, d'autre part. L'historique des négociations relatives aux premiers instruments concrétisant cette reconnaissance mutuelle (mandat d'arrêt européen, gel des avoirs, amendes pécuniaires, ordre de confiscation, mandat européen d'obtention de preuves) démontre que la confiance mutuelle ne se décrète pas, qu'un cadre légal doit être défini, que des dispositions précises sont nécessaires pour intervenir dans des situations où l'application du principe de reconnaissance mutuelle risquerait de se heurter à un obstacle suscité par la méfiance... Les positions, enseignements, attitudes et autres problématiques exposés dans les autres contributions décrivent en détail l'équilibre que l'Union européenne a atteint aujourd'hui en matière de reconnaissance mutuelle dans la coopération pénale, équilibre nécessairement fondé sur la confiance mutuelle.

Or en toute logique, dans le domaine de la Justice et des Affaires intérieures, la confiance mutuelle ne se retrouve pas seulement dans les mécanismes de reconnaissance mutuelle. Par ailleurs, la notion d'« espace pénal européen », qui apparaît dans le titre de cet ouvrage collectif, ne se limite pas non plus à la seule coopération judiciaire en matière pénale au sens strict mais concerne plus largement tous les acteurs de la justice pénale et la coopération entre eux.

Je souhaite dès lors, pour ma part, me concentrer sur la question de la « confiance mutuelle » dans cet espace pénal européen, mais en dehors de l'application du principe de reconnaissance mutuelle et en dehors des mécanismes de coopération judiciaire en matière pénale *stricto sensu*.

La coopération entre services de police est immédiatement liée à « l'espace de sécurité » au sein du domaine JAI. Mais il est évident que l'activité policière transfrontalière est également essentielle dans le processus pénal au sein de « l'espace de justice ». Et dans ce contexte précis, elle a aussi fait d'énormes progrès grâce au renforcement de la confiance mutuelle au sein de l'Europe.

A l'origine, en complément ou en exécution des mesures prises par les magistrats, l'activité des services de police judiciaire a pris une véritable dimension européenne qui se substitue parfois, dans certains domaines de lutte contre la criminalité grave

(terrorisme, crime organisé, corruption, fraudes,...), aux seules considérations nationales.

Au lendemain de la deuxième guerre mondiale, la coopération en matière de police judiciaire s'inscrit pour l'essentiel dans le cadre de l'OIPC-Interpol, complétée par quelques accords bilatéraux. Elle se limite souvent à l'échange d'informations, les activités et interventions policières étant strictement limitées au territoire national.

Avec la convention d'application de l'accord de Schengen de 1990, la coopération policière prend une autre envergure sur le continent européen. Dans cette convention de Schengen, la notion de confiance mutuelle joue un rôle clé, tant en ce qui concerne la réalisation de l'objectif principal de l'accord de Schengen de 1985 que pour la définition des mesures compensatoires indispensables pour atteindre cet objectif.

Traduisant un niveau de confiance mutuelle élevé, les accords de Schengen visent à l'abolition complète des contrôles des personnes aux frontières intérieures des parties contractantes en déplaçant ces contrôles aux seules frontières extérieures, créant ainsi un vaste territoire de libre circulation des personnes en donnant à la « liberté géographique » une toute nouvelle dimension.

Quelle preuve de confiance pour un Etat d'accepter qu'un autre Etat contrôle et laisse entrer dans l'espace Schengen des personnes susceptibles de se rendre sur son territoire, sans autre obstacle, une fois la frontière extérieure franchie ! Il s'agit d'une preuve de confiance énorme, mais qui doit être fondée sur une série de mesures permettant de la justifier. Ces mesures concernent tout d'abord les limites extérieures de cet espace : elles consistent dans la définition de standards communs de contrôle aux frontières extérieures, permettant de garantir que ces contrôles atteignent en tout point un même niveau de sécurité et permettant ainsi de faire confiance aux services des autres Etats dans l'exécution de leurs missions. Ces mesures concernent ensuite l'intérieur de l'espace Schengen : elles visent alors à compenser un éventuel déficit de sécurité dû à la suppression des contrôles aux frontières nationales. Parmi ces mesures compensatoires, deux me semblent plus particulièrement intéressantes pour le débat sur la confiance mutuelle. Les articles 40 et 41 de la convention d'application de Schengen introduisent des droits d'observation et de poursuite transfrontalières. Ces dispositions permettent notamment à des agents de police de continuer, en cas d'urgence, une observation ou une poursuite au-delà de leurs frontières nationales sans autorisation préalable de l'Etat sur le territoire duquel ils agissent. Certes, les cas dans lesquels de telles observations et poursuites ont lieu sont définis et les conditions d'exécution sont elles aussi précisées ; mais, à nouveau, quelle preuve de confiance pour un Etat d'admettre que des policiers étrangers agissent – et dans certaines circonstances et conditions, même interviennent – sur son territoire national avec leurs uniformes, moyens et armes de service, dont ils sont même autorisés à faire usage en cas de légitime défense. Quelle confiance à l'égard de ces agents qui, lorsqu'ils exercent ces droits d'observation et de poursuite, le font dans le respect de la législation de l'Etat sur le territoire duquel ils agissent <sup>1</sup> ! Enfin, les infractions

---

<sup>1</sup> Convention d'application de Schengen de 1990, articles 40 (3.a.) et 41 (5.a.).

qui ouvrent le droit à l'observation ou à la poursuite en cas d'urgence, sont, soit énumérées dans une liste, soit déterminées par référence à l'extradition. Mais comme pour la reconnaissance mutuelle, les éléments constitutifs des infractions contenues dans la liste <sup>2</sup> s'apprécient dans l'Etat où les faits ont été commis, c'est-à-dire dans l'Etat où l'observation et la poursuite débutent, sans considération juridique de ces éléments dans l'Etat où ces actions continuent. A ce jour, personne n'a jamais réclamé l'harmonisation des infractions des listes des articles 40 et 41 !

Il est donc intéressant de voir comment les négociateurs de Schengen ont introduit un puissant élément de confiance mutuelle – voire un embryon de reconnaissance mutuelle sans le conceptualiser ? – dans ces mesures compensatoires destinées à renforcer la confiance mutuelle sous-jacente à l'objectif principal de Schengen, à savoir la libre circulation des personnes.

Sans entrer dans les détails, des éléments comparables de confiance mutuelle peuvent également être mis en lumière dans le Système d'information Schengen (SIS). Vaste outil de recherche, notamment à des fins de police judiciaire, le SIS présuppose la confiance des Etats partenaires dans la validité des signalements introduits mais aussi et surtout dans le fait que les services d'un Etat puissent prendre des mesures sur la base d'un signalement introduit par un autre Etat.

A l'évidence, la confiance mutuelle est à la base du projet Schengen en général et de l'espace pénal Schengen en particulier. La coopération Schengen a suscité bien des débats et surtout alimenté des discours sécuritaires, stigmatisant l'aspect « forteresse » vis-à-vis du reste du monde et faisant craindre un développement de la criminalité à l'intérieur de l'espace Schengen. Mais en vingt ans, la question de la confiance mutuelle, quoique essentielle à ce projet, n'a jamais été thématiquée dans la même mesure que dans les discussions portant sur la réalisation d'un espace judiciaire européen fondé sur la reconnaissance mutuelle.

Un autre exemple intéressant est celui d'Europol. Comme Eurojust, Europol traduit la volonté de se faire confiance et peut, par ailleurs, intervenir comme « facilitateur » dans la mise en œuvre de la confiance mutuelle. L'activité d'Europol se définit par rapport à son champ d'application. Les Etats membres sont obligés d'« alimenter » Europol en fonction d'une liste de catégories d'infractions. Chaque Etat membre considère les éléments constitutifs de ces infractions conformément à son droit national. Dans ses activités (analyse, échange d'informations,...) Europol « reconnaît » donc les infractions dans la même mesure que l'Etat qui est à l'origine des informations transmises. A ce jour, dix ans après la signature de la convention Europol, personne n'a jamais vraiment insisté sur la nécessité d'harmoniser les infractions reprises dans la liste Europol en vue d'améliorer le fonctionnement d'Europol ou d'augmenter le niveau de confiance à l'égard d'Europol...

Comment expliquer de tels développements en matière de coopération policière, franchement basés sur la confiance mutuelle, mais échappant à tout débat portant sur cette thématique, alors qu'en matière de reconnaissance mutuelle, la question de la confiance, et encore plus souvent celle de la méfiance, revient de façon récurrente ?

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, articles 40 (7.) et 41 (4.a.).

De manière provocatrice, pourrait-on admettre qu'entre Etats de l'Union, l'activité policière bénéficie *de facto* d'une plus grande confiance que l'activité judiciaire ?

Que pourrait-on déduire des modèles de coopération Schengen et Europol pour tenter de formuler une réponse ?

Dans l'introduction au présent ouvrage, le ministre de la Justice du Luxembourg, M. Luc Frieden, évoque « ce triangle incontournable pour donner une base solide à la « confiance mutuelle » et à son développement au sein d'un espace judiciaire européen » en se référant au rapprochement des législations, à une meilleure connaissance mutuelle et aux mécanismes d'évaluation, y compris celui passant par le contrôle juridictionnel.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'harmonisation joue un rôle marginal pour Schengen et Europol. En revanche, dans chacun de ces deux modèles, les notions d'« évaluation » et de « contrôle » revêtent une dimension non négligeable.

Personnellement, je suis convaincu que ce sont ces éléments qui permettent de réaliser la confiance mutuelle dans les relations entre Etats membres souhaitant respecter les spécificités nationales de leurs systèmes et traditions judiciaires. Dans la coopération Schengen, aucun Etat ne rejoint l'espace Schengen sans avoir fait l'objet d'une évaluation systématique des éléments essentiels à cette coopération en termes de confiance, en partant de l'organisation des contrôles aux frontières extérieures jusqu'aux structures de coopération policière. De plus, cette évaluation est régulièrement renouvelée afin de garantir le maintien de standards communs à un haut niveau, à un niveau « digne de confiance ». Ensuite, toutes les opérations transfrontalières, observations et poursuites se font sous le contrôle de l'autorité judiciaire : tout passage de frontière se fait sous l'autorité d'un magistrat compétent de l'Etat requérant et est signalé à une autorité judiciaire de l'Etat requis dans les formes prévues par la convention. Enfin, l'activité en relation avec le SIS est surveillée par les autorités judiciaires des Etats membres, par des autorités de contrôle nationales mais aussi par une autorité de contrôle commune pour la protection des données.

De même, la coopération entre les Etats de l'Union et Europol se fait sous le contrôle de l'autorité judiciaire, l'activité policière s'inscrivant dès lors dans un contexte plus large de justice pénale. Et comme pour Schengen, une autorité commune veille à la protection des données à caractère personnel. L'extension des compétences d'Europol à l'avenir passera sans doute plus par une adaptation idoine des mécanismes d'évaluation et de contrôle que par une harmonisation de son champ d'application. La question de confier d'éventuelles compétences opérationnelles à Europol sera probablement traitée en fonction de la possibilité et de l'étendue d'un contrôle juridictionnel commun, en spéculant sur le développement d'Eurojust, sur l'installation d'un futur procureur européen ou encore sur un éventuel rôle de la Cour de justice des Communautés européennes à son égard, sans négliger l'importance d'un contrôle parlementaire adapté, au niveau tant national qu'europpéen.

Avant de conclure, je dirai encore un mot du programme de La Haye <sup>3</sup>, qui indique la nouvelle stratégie 2005-2010 pour consolider la liberté, la sécurité et la

---

<sup>3</sup> Conclusions du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004 (doc. du Conseil de l'UE 14292/04 CONCL 3).

justice au sein de l'Union. Si le programme de Tampere de 1999 avait pour objectif principal de développer le dispositif normatif dans le domaine de la JAI, le programme de La Haye vise, pour sa part, à optimiser la coopération opérationnelle à l'intérieur d'un cadre légal qui se renforcera et continuera à évoluer dans les années à venir. Dans ce contexte, le programme de La Haye prévoit dans son paragraphe 2.1 d'améliorer l'échange d'informations en introduisant le « principe de disponibilité ». L'objectif de viser un échange transfrontalier et une utilisation sans obstacle d'informations disponibles dans tous les Etats de l'Union peut également être considéré comme un vaste projet de reconnaissance mutuelle consacrant un niveau élevé de confiance réciproque. Pour réaliser ce projet, le programme de La Haye met l'accent sur la nécessité de mécanismes de contrôle et de protection (protection de sources, de finalité d'utilisation, ...) plutôt que sur la nécessité d'harmoniser les catégories ou banques de données.

Pour conclure, l'on peut considérer que dans « l'espace de sécurité » et dans la coopération entre services de police, c'est l'existence de mécanismes d'évaluation et de contrôles, de même que l'acceptation transfrontalière de ces contrôles qui ont permis de développer la confiance mutuelle et d'introduire de nouveaux moyens d'action dans la coopération européenne. Contrairement à certains, je ne voudrais pas interpréter l'existence d'un contrôle comme un signe de méfiance, mais au contraire, l'accepter comme une garantie permettant aux partenaires de se faire confiance.

Faire confiance comporte nécessairement une part de risque. Ce risque peut être réduit – et plus facilement accepté – lorsqu'on sait que des mécanismes d'évaluation et de contrôle sont en place. Si on est réduit à « faire confiance aveuglément », l'acceptation des risques diminue et la coopération en souffre, voire s'éteint, étouffée par une méfiance latente qui se substitue peu à peu à la confiance qui fonde le projet commun. En revanche, et à condition qu'ils ne deviennent pas obsessionnels, des mécanismes de contrôle équilibrés permettent de rassurer et de maintenir en vie la « flamme » de la confiance mutuelle ; ils permettent aussi de gagner la confiance du citoyen européen dans le projet européen.

DEUXIÈME PARTIE

Les mesures accompagnatrices  
de la confiance mutuelle



TITRE I

Le contrôle juridictionnel



# La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle

Olivier DE SCHUTTER \*

Ce rapport aborde le rôle du contrôle juridictionnel dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, et notamment la contribution que les juridictions nationales et la Cour de justice peuvent apporter à la confiance mutuelle sur laquelle se fonde la coopération entre Etats membres au sein de l'espace pénal européen. En réalité, derrière ce titre général se situent deux questions très différentes.

La première question est celle de la préservation de l'Union de droit, c'est-à-dire d'une Union dans laquelle, pour paraphraser la Cour de justice, « ni ses Etats membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité »<sup>1</sup>. Ce qui est en jeu à travers cette première question, ce sont les modalités spécifiques des compétences de la Cour de justice dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne, et les difficultés qui peuvent en résulter. Ces difficultés sont au nombre de trois. Le système actuel débouche sur une inégalité entre les justiciables face à la protection juridictionnelle dont ils bénéficient, en fonction de l'Etat membre sous la juridiction duquel ils se trouvent, en raison de l'organisation par l'article 35 UE d'une protection juridictionnelle à géométrie variable. Il crée un risque d'inefficacité du droit de l'Union européenne, compte tenu de l'absence, dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne, du recours en manquement introduit à l'initiative de la Commission européenne, qui n'a pas encore vu son rôle de « gardienne des traités » étendu à la coopération policière et à

---

\* L'auteur s'exprime à titre personnel.

<sup>1</sup> CJ, arrêt du 23 avril 1986, aff. 294/83, *Parti écologiste «Les Verts» c. Parlement européen*, *Rec.*, p. 1339, point 24.

la coopération judiciaire pénale. Enfin, le système actuel peut dans certains cas priver l'individu d'une protection juridictionnelle effective, en l'absence d'un recours en annulation direct au bénéfice du particulier combiné à l'autonomie procédurale qui est reconnue aux Etats membres dans l'organisation des recours devant leurs juridictions nationales.

Une question très différente est celle du contrôle juridictionnel effectué par les juridictions nationales sur les mesures étatiques qui s'inscrivent dans le cadre de la coopération judiciaire pénale entre les Etats membres. L'accent est mis, dans la deuxième partie de l'étude, sur le rôle des juridictions nationales dans la préservation des droits fondamentaux de l'individu ainsi que sur les difficultés qu'elles peuvent éprouver à le faire dans le contexte actuel : l'on examine les voies de sortie possibles pour l'avenir.

### **1. Le rôle de la Cour de justice**

L'article 35 du traité sur l'Union européenne définit les modalités selon lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes exerce un contrôle sur les mesures adoptées dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne (Coopération policière et judiciaire en matière pénale). Cette disposition prévoit que la Cour de justice peut statuer sur l'interprétation et la validité des décisions-cadres et des décisions adoptées sous ce titre, ainsi que sur l'interprétation des conventions établies en vertu de l'article 34, par. 2, d).

L'article 35 UE définit ensuite trois mécanismes par lesquels la Cour peut s'acquitter de cette mission. Premièrement, la Cour peut être saisie d'une question préjudicielle des juridictions des Etats membres, selon des modalités qui peuvent varier d'Etat à Etat (article 35, par. 2 et 3). Deuxièmement, l'article 35, par. 6 UE prévoit la possibilité d'un recours en annulation contre une décision-cadre ou une décision introduit par un Etat membre ou la Commission pour des motifs identiques à ceux indiqués, dans le cadre du traité CE, par l'article 230, al. 2 (art. 35, par. 6 UE). Troisièmement, l'article 35, par. 7 UE prévoit que chaque Etat membre peut introduire un recours en manquement contre un autre Etat membre, lorsque le différend entre eux « 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 ». Le recours en manquement introduit par un Etat peut concerner l'interprétation ou l'application de tout acte adopté sur la base de l'article 34, par. 2 UE (positions communes, décisions-cadres, décisions, conventions). En revanche, la Commission ne peut introduire un recours en manquement que s'agissant de l'interprétation ou de l'application des conventions : la Commission n'a donc pas la possibilité d'introduire un recours en manquement contre l'Etat membre qui, par exemple, aurait omis de transposer une décision-cadre dans son droit interne ou en aurait fait une transposition incorrecte, ou bien qui ne se serait pas conformé à une décision adoptée en vertu de l'article 34, par. 2.

Enfin, l'article 35, par. 5 prévoit une limitation générale à la compétence de la Cour de justice : celle-ci « 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».

### A. Les déficits <sup>2</sup>

Tel qu'il vient d'être sommairement décrit, le rôle de la Cour de justice dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne <sup>3</sup> est problématique à plusieurs égards. Deux déficits retiennent plus spécialement l'attention. D'abord, la géométrie variable du renvoi préjudiciel tel qu'il est organisé sous ce titre ainsi que l'impossibilité pour la Commission européenne d'agir en manquement contre les Etats membres qui ne respectent pas les obligations que le traité leur impose constituent une menace pour l'uniformité d'application du droit de l'Union développé dans ces matières (a). Ensuite, l'impossibilité pour le particulier d'agir en annulation contre les actes adoptés sous ce titre peut priver l'individu qui en est le destinataire de la protection juridictionnelle effective à laquelle il a droit, en vertu de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (b). Ce déficit de protection juridictionnelle est d'ailleurs encore creusé par les restrictions imposées à la possibilité pour la Cour de justice de contrôler les opérations conduites par les forces de maintien de l'ordre ou les mesures étatiques prises en vue du maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure (article 35, par. 5 UE), mais ce

---

<sup>2</sup> Une partie des développements qui suivent dans cette section sont empruntés au rapport «Vers l'Union de droit. L'amélioration de la protection juridictionnelle dans l'Union comme élément du débat sur l'avenir de l'Union», rapport établi à la demande de la DG Justice et affaires intérieures de la Commission européenne dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe, février 2003. Ce rapport, qui a notamment nourri les discussions au sein du groupe de travail II de la Convention sur l'avenir de l'Europe (Intégration de la charte/Adhésion à la CEDH) présidé par M. A. Vitorino, est disponible sur [www.cpedr.ucl.ac.be/cridho](http://www.cpedr.ucl.ac.be/cridho)

<sup>3</sup> Certaines mesures en matière de justice et d'affaires intérieures qui s'inscrivent dans le cadre de coopérations internationales sont adoptées sous le titre V du traité sur l'Union européenne, que celui-ci consacre à la politique étrangère et de sécurité commune : ici, la Cour de justice se voit véritablement privée de toute possibilité de remplir efficacement son rôle de gardienne du droit dans l'interprétation et l'application du traité, que lui reconnaît formellement l'article 220 CE dans le cadre de la Communauté européenne. Le Tribunal de première instance a reconnu explicitement ce déficit dans la protection juridictionnelle : voy. TPI, ordonnance du 7 juin 2004, *Segi et autres c. Conseil de l'Union européenne*, point 38 (le Tribunal constate en effet à propos de l'inscription de Segi sur la liste des « personnes, groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme » en vertu des articles 1<sup>er</sup> et 4 de la position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (JO, n° L 344, p. 93), adoptée sur la base de l'article 15 UE, relevant du titre V du traité UE intitulé « Dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité commune » (PESC), et de l'article 34 UE, relevant du titre VI du traité UE intitulé « Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale », que ces personnes, groupes ou entités « ne disposent probablement d'aucun recours juridictionnel effectif, que ce soit devant les juridictions communautaires ou devant les juridictions nationales à l'encontre de l'inscription de Segi sur la liste des personnes, groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme »). L'on n'approfondira pas cette question ici.

point ne sera pas approfondi ici. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe devait venir partiellement combler ces déficits, mais – y compris dans l'attente d'une révision des traités existants – c'est de la combinaison de la protection qu'offrent les juridictions nationales et de celle qu'offre la Cour de justice de l'Union européenne que pourra résulter véritablement l'Union de droit.

*1. La géométrie variable du renvoi préjudiciel dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne*

Dans le système mis en place par l'article 35 UE, il revient à chaque Etat membre de définir les modalités de la collaboration entre ses juridictions nationales et la Cour de justice, dans le cadre du mécanisme du renvoi préjudiciel. Ceci, ainsi que l'impossibilité pour la Commission d'agir en manquement contre l'Etat membre qui ne s'est pas conformé à une décision ou à une décision-cadre, peut représenter un danger pour l'uniformité d'application du droit communautaire et – ce qui en est la conséquence – l'égalité de traitement entre l'ensemble des destinataires du droit de l'Union.

Combinés l'un à l'autre, l'article 35 du traité sur l'Union européenne et la déclaration n° 10 relative à l'article K 7 du traité sur l'Union européenne annexée à l'acte final de la Conférence intergouvernementale d'Amsterdam, aboutissent en effet à créer un mécanisme de renvoi préjudiciel à géométrie variable, les Etats membres ayant à effectuer un choix entre pas moins de cinq possibilités s'agissant de définir les conditions auxquelles leurs juridictions pourront – ou non – interroger la Cour de justice des Communautés européennes par voie préjudicielle sur la validité et l'interprétation des actes adoptés sur la base du titre VI du traité sur l'Union européenne.

La compétence de la Cour de se prononcer en réponse à une question préjudicielle d'une juridiction nationale est facultative, étant subordonnée à une déclaration d'acceptation de la part de l'Etat dont la question émane. Lorsqu'elle est faite, une telle déclaration peut en outre prévoir que ne pourront opérer le renvoi préjudiciel que les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne<sup>4</sup>. Enfin, la déclaration relative à l'article K 7 du traité sur l'Union européenne, annexée à celui-ci, précise que les Etats membres de l'Union qui acceptent la compétence préjudicielle de la Cour de justice des CE dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne peuvent imposer à la juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne une *obligation* de porter l'affaire devant la Cour de justice. Ainsi est-ce une compétence préjudicielle à géométrie variable que crée l'article 35 du traité sur l'Union européenne, dès lors que c'est entre ces différentes possibilités que les Etats ont dû effectuer un choix. Ces possibilités sont représentées ici de A à E. A l'heure

---

<sup>4</sup> Voy. l'article 35, par. 7, du traité sur l'Union européenne (ex-article K 7, par. 7).

actuelle <sup>5</sup>, douze Etats membres – le Danemark, l’Irlande, le Royaume-Uni, ainsi que tous les Etats ayant adhéré à l’Union le 1<sup>er</sup> mai 2004 à l’exception de la République tchèque –, n’ayant pas fait la déclaration prévue à l’article 35, par. 2 UE, ne prévoient aucune possibilité pour leurs juridictions nationales d’interroger la Cour de justice par voie préjudicielle sur l’interprétation ou la validité des décisions et décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI du traité sur l’Union européenne (A). Huit Etats membres, dont la République tchèque est le seul des nouveaux Etats membres, ont aligné les modalités d’exercice de la compétence préjudicielle de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre du titre VI UE sur les modalités de la compétence préjudicielle exercée dans le cadre du droit communautaire, sous l’article 234 CE : toute juridiction nationale est autorisée à recourir au renvoi préjudiciel, les juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d’aucun recours en droit interne y sont tenues <sup>6</sup> (D). Quatre Etats prévoient la possibilité de renvoi préjudiciel pour toute juridiction nationale, sans obligation cependant d’y procéder, même s’agissant des juridictions de dernière instance (E). Un seul Etat membre (l’Espagne) prévoit que seules les juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d’aucun recours juridictionnel de droit interne peuvent poser une question préjudicielle à la Cour de justice, ces juridictions étant tenues d’y procéder lorsque se pose devant elles une question d’interprétation ou de validité des décisions ou décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI UE (B). Les Etats membres se répartissent comme indiqué :

---

<sup>5</sup> Sur l’état des déclarations étatiques faites sur la base de l’article 35 du traité sur l’Union européenne lors de l’entrée en vigueur du traité d’Amsterdam (1<sup>er</sup> mai 1999), voy. l’Information relative à la date d’entrée en vigueur du traité d’Amsterdam (1999/C 120/13), JO, n° C 120, 1<sup>er</sup> mai 1999. Voy. en outre la déclaration n° 26 adjointe à l’acte final du traité relatif à l’adhésion à l’Union européenne de 2003 : déclaration de la République tchèque sur l’article 35 du traité UE : « La République tchèque accepte la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes conformément aux dispositions prévues à l’article 35, par. 2, et à l’article 35, par. 3, point b), du traité sur l’Union européenne. La République tchèque se réserve le droit de prévoir, dans sa législation nationale, que, lorsqu’une question concernant la validité ou l’interprétation d’un acte visé à l’article 35, par. 1, du traité sur l’Union européenne, est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d’un recours juridictionnel en droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice ».

<sup>6</sup> L’Italie fait partie de ce groupe d’Etats : voy. CJ, arrêt du 10 mars 2005, aff. C-469/03, *Miraglia*, non encore publié au *Rec.* (demande de décision préjudicielle au titre de l’article 35 UE, introduite par le Tribunale di Bologna (Italie), par décision du 22 septembre 2003, dans la procédure pénale contre M. *Miraglia*).

- 
1. Absence de compétence préjudicielle (A) (*Chypre, Danemark, Estonie, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République slovaque, Royaume-Uni, Slovénie*)
  2. Compétence préjudicielle
    - 2.1. Uniquement juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours
      - 2.1.1. Renvoi préjudiciel obligatoire (B) (*Espagne*)
      - 2.1.2. Renvoi préjudiciel facultatif (C)
    - 2.2. Toute juridiction de l'Etat membre
      - 2.2.1. Renvoi préjudiciel obligatoire (dernière instance) (D) (*Allemagne, Autriche, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, République tchèque*)
      - 2.2.2. Renvoi préjudiciel facultatif (E) (*Finlande, Grèce, Portugal, Suède*)
- 

On n'a pas jusqu'à présent suffisamment mesuré le danger que représente pour l'application uniforme du droit de l'Union européenne cette différenciation des modalités selon lesquelles la Cour de justice des Communautés européennes exerce sa compétence sur renvoi préjudiciel dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne. Il n'est pourtant pas possible de dissocier le contenu des droits garantis à l'individu des modalités procédurales selon lesquelles il peut en réclamer le respect. L'application uniforme du droit de l'Union européenne n'est pas assurée uniquement par l'unité du contenu matériel de ce droit. Elle l'est également par la reconnaissance aux destinataires du droit communautaire de possibilités identiques ou équivalentes d'en réclamer la garantie, y compris devant les juridictions nationales des Etats membres <sup>7</sup>.

La situation actuelle comporte plusieurs risques. D'abord, dans les Etats membres dont les juridictions nationales ne peuvent interroger la Cour de justice par voie préjudicielle à défaut pour l'Etat d'avoir fait en ce sens une déclaration (Danemark, Irlande, Royaume-Uni, ainsi que tous les Etats ayant adhéré à l'Union le 1<sup>er</sup> mai 2004 à l'exception de la République tchèque), ces juridictions sont en fait tenues de présumer de manière irréfragable la validité des décisions et décisions-cadres sur lesquelles prennent appui les mesures étatiques d'exécution ou de transposition : toute autre solution, permettant à ces juridictions de constater elles-mêmes l'invalidité de ces instruments, mettrait en danger l'unité du droit de l'Union européenne <sup>8</sup>. Mais la

---

<sup>7</sup> *Mutatis mutandis*, rappelons le point de vue exprimé par le Tribunal de première instance dans l'arrêt *Salamander et al. c. Parlement et Conseil* du 27 juin 2000 (aff. jtes T-172/98, T-175/98 à T-177/98, *Rec.*, p. II-2487) selon lequel « le principe d'égalité de tous les justiciables quant aux conditions d'accès au juge communautaire par le biais du recours en annulation requiert que ces conditions ne soient pas fonction des circonstances propres au système juridictionnel de chaque Etat membre » (point 74).

<sup>8</sup> Il y a lieu en effet de raisonner par analogie avec la solution dégagée en droit communautaire par l'arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987 : voy. CJ, arrêt du 22 octobre 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Rec.*, p. 4199. En ce sens, voy. LENAERTS, K. et JADLOV, L., « Quelle contribution de la Cour de justice des Communautés européennes au développement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice ? », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.),

solution à laquelle on parvient ainsi prive le particulier d'une protection juridictionnelle effective vis-à-vis du droit de l'Union européenne, y compris dans les situations où celui-ci apparaît manifestement contraire au droit primaire ou aux droits fondamentaux reconnus dans l'Union. Le même risque se fait jour, à un moindre degré, dans l'Etat membre dont seules les juridictions nationales de dernière instance peuvent recourir à la question préjudicielle – tel est le cas actuellement de l'Espagne : les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne n'ont d'autre possibilité réelle que de présumer la validité de la décision ou de la décision-cadre donnant lieu à des mesures d'exécution étatiques, sans avoir même la possibilité d'accorder une protection juridictionnelle provisoire à la personne qui en subit les conséquences, en accordant le sursis à exécution de ces mesures<sup>9</sup>. Ceci est préoccupant, surtout lorsque ces mesures d'exécution constituent des mesures de contrainte, par exemple des mesures privatives de liberté. L'on contrastera d'ailleurs utilement la solution actuelle avec l'article III-369 du traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui prévoit que si une telle question d'interprétation de la Constitution ou de validité d'un acte adopté par une institution, un organe ou un

---

*L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 198, ici p. 202 (notant que cette « faille dans la protection juridictionnelle (...) pourrait être résolue en admettant que la jurisprudence *Foto-Frost* ne trouve pas à s'appliquer dans le cadre de ces Etats membres [ayant omis de faire la déclaration prévue à l'article 35, par. 2 UE, et dont les juridictions nationales n'ont dès lors pas la possibilité d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle]. Toutefois, une telle solution mettrait encore plus en cause l'unité du droit de l'Union»). L'arrêt *Foto-Frost* intervient certes dans le cadre du pilier communautaire, et à propos du renvoi préjudiciel en appréciation de validité que les juridictions nationales sont tenues d'effectuer vers la Cour de justice des Communautés européennes sur la base de l'article 234 CE, sans pouvoir elles-mêmes constater l'invalidité d'un acte de droit dérivé communautaire. Mais cette dernière interdiction, et l'obligation corrélative d'effectuer le renvoi préjudiciel, découle de l'idée même d'un droit européen obligatoire à l'égard des Etats : il serait contradictoire avec cette idée que les juridictions nationales choisissent d'écarter l'application d'un acte de l'Union européenne parce qu'elles l'estimeraient adopté en violation des règles du traité.

<sup>9</sup> Ceci se déduit de la jurisprudence *Zuckerfabrik* de la Cour de justice : CJ, arrêt du 21 février 1991, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et al., Rec.*, p. I-415, spéc. point 24 (où, craignant manifestement que l'uniformité d'application du droit communautaire ne soit menacée par le souci des juridictions nationales d'accorder une protection juridictionnelle provisoire au justiciable qui allègue une illégalité du droit communautaire, dans l'attente que cette question de validité soit tranchée, la Cour relève : « (...) le sursis à exécution doit conserver un caractère provisoire. La juridiction nationale statuant en référé ne peut donc accorder le sursis que jusqu'à ce que la Cour ait statué sur une question d'appréciation de validité. Il lui incombe alors, pour le cas où la Cour n'en serait pas déjà saisie, de renvoyer elle-même cette question en exposant les motifs d'invalidité qui lui paraissent devoir être retenus»). Il se déduit de cette jurisprudence que la juridiction nationale à laquelle est refusé le pouvoir d'interroger la Cour de justice à titre préjudiciel sur la validité d'un acte de droit dérivé européen ne pourra accorder le sursis à exécution de la mesure étatique d'exécution de cet acte, à défaut de pouvoir opérer simultanément le renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

organisme de l'Union est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue sur le renvoi préjudiciel opéré vers elle « dans les plus brefs délais ».

A ces risques que le mécanisme en place fait courir à la *protection juridictionnelle effective* du particulier, s'ajoute un risque non négligeable pour l'*uniformité d'application* du droit communautaire. Dans seize Etats membres à l'heure actuelle, les juridictions nationales soit n'ont pas la possibilité (Chypre, Danemark, Estonie, Hongrie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, Slovénie, République slovaque, Royaume-Uni), soit ne sont pas tenues (Finlande, Grèce, Portugal, Suède) d'effectuer le renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité des mesures adoptées dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne. Il en résulte un risque que le droit dérivé adopté sous ce titre fasse l'objet d'interprétations divergentes d'Etat membre à Etat membre, sans une possibilité effective pour la Cour de justice d'assurer l'unité d'interprétation du droit communautaire. Il en va ainsi d'autant plus que le titre VI du traité sur l'Union européenne ne comprend pas de mécanismes efficaces permettant de garantir le respect par chaque Etat membre des obligations qui lui sont imposées par les instruments de droit dérivé adoptés sous ce titre. La Commission ne peut remplir son rôle de gardienne du droit des traités par l'introduction d'un recours, assimilable au recours en manquement (prévu en droit communautaire par l'article 226 CE), qu'à propos de l'interprétation ou de l'application des conventions établies en vertu de l'article 34, par. 2, d), UE<sup>10</sup>. Elle ne dispose pas du pouvoir d'agir en justice contre l'Etat qui n'applique pas une décision ou n'assure pas correctement la transposition d'une décision-cadre, et viole ainsi les obligations qui lui incombent en vertu du titre VI UE. Certes, le recours en manquement interétatique est prévu par l'article 35, par. 7 UE. Mais, d'une part, ce recours est subsidiaire au règlement politique du différend qui oppose des Etats quant à l'interprétation ou l'application d'un des actes adoptés dans le cadre du titre VI UE, la Cour de justice ne pouvant être saisie que « 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 ». D'autre part, l'on sait le peu d'empressement que mettent en général les Etats membres à se mettre en accusation devant la Cour de justice pour violation des obligations que leur impose leur appartenance à l'Union européenne. Les conditions ne sont donc pas réunies pour pallier le risque que, en désaccord sur l'interprétation à donner des obligations que leur impose telle décision ou telle décision-cadre ou sur l'étendue de ces obligations, les Etats membres ou leurs juridictions adoptent sur ces questions des attitudes divergentes, ce qui pourrait aboutir à rompre l'unité du droit de l'Union européenne et l'exigence de non-discrimination entre les justiciables.

## 2. *L'absence d'un recours direct en annulation du particulier*

L'absence, dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne, d'un recours en annulation au bénéfice du particulier, peut constituer une menace pour la protection juridictionnelle effective à laquelle le particulier a droit, en vertu de l'article 47 de

<sup>10</sup> Voy. l'article 35, par. 7 UE, *in fine*.

la charte des droits fondamentaux. Sans doute, aux termes mêmes du traité, les décisions-cadres et les décisions sont normalement dépourvues d'effet direct (ce que l'article 34, par. 2 b) et c) exprime expressément). La condition de l'«affectation directe», à laquelle est subordonnée la recevabilité du recours direct en annulation du particulier dans le cadre du droit communautaire actuel (article 230, al. 4 CE), ne sera donc en principe pas réalisée par l'adoption de l'un de ces instruments<sup>11</sup>. Mais, d'une part, il peut se présenter des situations où il en ira autrement : dès l'instant où ils reconnaissent à des organes tels qu'Europol ou Eurojust des pouvoirs opérationnels susceptibles d'être exercés à l'encontre de particuliers (par exemple, en matière d'échange de données à caractère personnel<sup>12</sup> ou de mise sous surveillance), ceux-ci peuvent être «affectés» par ces mesures, y compris dans les cas où, en raison du caractère secret de telles mesures, ils ne peuvent démontrer que celles-ci leur ont effectivement été appliquées<sup>13</sup>. D'autre part, même si elles ne produisent pas en principe d'effet direct en elles-mêmes, les décisions ou décisions-cadres n'en donnent pas moins lieu à l'adoption de mesures étatiques de transposition ou d'exécution qui, elles, peuvent affecter directement le particulier. Or, face à ces mesures étatiques, la protection du particulier est notablement insuffisante, en raison à la fois des modalités variables d'après lesquelles le renvoi préjudiciel est organisé et des limites de l'étendue de la compétence de la Cour de justice lorsqu'elle est saisie d'un renvoi en appréciation de validité.

Ainsi qu'on vient de le souligner, les Etats membres peuvent choisir ou non de reconnaître à leurs juridictions nationales la compétence d'interroger par voie préjudicielle la Cour de justice sur l'interprétation et la validité des décisions et décisions-cadres dont l'exécution ou la transposition par les autorités étatiques affecte

---

<sup>11</sup> Sur la nature de ces instruments et notamment la question de leur effet direct, voy. MONJAL, Y., «Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité, à propos de la première décision-cadre du Conseil», *RTDE*, 2001, p. 335.

<sup>12</sup> Voy. les articles 14 à 24 de la décision du Conseil JAI/2002/187 du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de lutter contre les formes graves de criminalité, *JO*, n° L 63.

<sup>13</sup> Voy., à propos du recours effectif qui doit être reconnu à toute personne qui a des motifs de croire qu'elle a pu faire l'objet de mesures de surveillance secrète mais, en raison justement du caractère secret de cette surveillance, ne peut en apporter la démonstration, Cour eur. DH, arrêt du 6 septembre 1978, *Klass et al. c. Allemagne*, Série A, n° 28, par. 33. Dans l'affaire *Segi et autres*, la Cour européenne des droits de l'homme ne conclut à ce que les requérants ne présentent pas la qualité de «victimes», même potentielles, au sens de l'article 34 de la convention, qu'après avoir constaté que la disposition les concernant qui figure dans une position commune adoptée par le Conseil des ministres de l'Union européenne «n'ajoute pas de nouveaux pouvoirs pouvant être exercés à l'encontre des requérants» (Cour eur. DH, déc. du 23 mai 2002, req. jtes n° 6422/02 et n° 9916/02, *Segi et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)* et *Gestoras Pro-Amnistia et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)*, p. 10). Ainsi, au regard à tout le moins de l'article 34 de la convention européenne des droits de l'homme (droit de requête individuelle), une personne semble devoir être considérée comme suffisamment affectée par une mesure qui investit une autorité de pouvoirs susceptibles d'être exercés à son égard.

le particulier ; or, la juridiction nationale qui ne reçoit pas la compétence d'interroger la Cour de justice des Communautés européennes sur la validité de telle décision ou décision-cadre sera tenue de considérer celle-ci comme valide, puisqu'elle n'a pas le pouvoir de se prononcer, elle-même, sur cette validité<sup>14</sup>. Pourtant l'on sait que dans certains cas, aucune juridiction nationale devant laquelle l'individu introduira son recours ne pourra poser la question de la validité<sup>15</sup> ; dans d'autres cas, l'individu devra attendre d'atteindre le niveau de la juridiction nationale dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne avant que la question de la validité puisse être posée<sup>16</sup> ; en outre, dans certains Etats ayant reconnu la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont adressées, le renvoi préjudiciel constitue une simple faculté pour les juridictions nationales, et non une obligation, même pour la juridiction nationale de dernière instance<sup>17</sup>.

Même dans la situation la plus favorable pour l'individu, où les juridictions nationales de tout niveau d'instance se sont vu reconnaître la compétence d'interroger la Cour de justice des Communautés européennes par voie préjudicielle, le renvoi étant obligatoire pour la juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de droit interne<sup>18</sup>, les modalités de la coopération entre le juge national et la Cour de justice des Communautés européennes ne peuvent être considérées comme satisfaisantes du point de vue de la protection juridictionnelle à laquelle le particulier a droit en raison même de ce que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, d'une part, le recours direct en annulation, d'autre part, ne sont pas substituables l'un à l'autre, chacun de ces recours répondant au contraire à des objectifs propres. La question qui se pose ici est analogue à celle qui se pose, dans le cadre communautaire, à l'égard de l'interprétation donnée par la Cour de justice à l'article 230, al. 4 CE, qui subordonne la recevabilité du recours direct en annulation du particulier à la condition qu'il soit directement et individuellement concerné par l'acte attaqué. Pour le particulier qui estime qu'il risque d'être affecté par un acte communautaire autre qu'une décision lui étant adressée, la possibilité, dans le cadre d'une procédure conduite devant les juridictions nationales à la suite de l'adoption par les autorités nationales de mesures d'application, de solliciter un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de cet acte ne constitue pas nécessairement une alternative satisfaisante à l'introduction d'un recours direct en annulation devant le juge communautaire, car

---

<sup>14</sup> Voy. ci-dessus, n. 8.

<sup>15</sup> C'est actuellement le cas des douze Etats membres de l'Union européenne qui ont omis de faire la déclaration prévue à l'article 35, par. 7 UE, déclaration facultative d'acceptation de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont adressées par les juridictions nationales dans le cadre du titre VI UE.

<sup>16</sup> C'est le cas actuellement de l'Espagne.

<sup>17</sup> C'est le cas actuellement de la Finlande, de la Grèce, du Portugal et de la Suède.

<sup>18</sup> C'est le cas actuellement pour l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et la République tchèque.

dans certains cas, cela signifiera que le destinataire devra se placer en infraction par rapport aux règles nationales mettant en œuvre l'acte communautaire afin de pouvoir mettre en cause ces règles devant les juridictions nationales. Or, ainsi que l'a noté la Cour européenne des droits de l'homme, « nul ne saurait être tenu d'enfreindre la loi pour pouvoir obtenir une décision » d'un juge lorsqu'un droit d'accès au juge est reconnu<sup>19</sup>.

Compte tenu du caractère sanctionnel du droit pénal – c'est-à-dire compte tenu du fait que celui-ci se caractérise par la nature de la sanction qui accompagne sa violation –, il est particulièrement important qu'un contrôle juridictionnel puisse s'opérer avant que la sanction en cause puisse être prise à l'égard d'un individu : pour paraphraser la Cour européenne des droits de l'homme, il ne serait pas admissible que l'on ne puisse solliciter un contrôle juridictionnel qu'après avoir violé la règle, et que l'on ait ainsi encouru le risque que des poursuites soient entamées et une sanction pénale appliquée. Tant que le droit européen demeure silencieux à l'égard des garanties que doivent présenter les voies de recours ouvertes devant la juridiction nationale des Etats membres – c'est-à-dire tant qu'il ne précise pas quelles restrictions peuvent être imposées à l'autonomie procédurale des Etats membres, afin de garantir l'effectivité de la protection juridictionnelle de l'individu –, il n'est pas décisif que les décisions et décisions-cadres ne se voient pas reconnaître, dans l'état actuel du traité sur l'Union européenne, des effets directs<sup>20</sup>. On peut prendre l'exemple d'une décision-cadre instaurant certaines règles minimales relatives aux éléments constitutifs d'une infraction pénale et aux sanctions applicables, adoptée sur la base de l'article 31, e) du traité sur l'Union européenne, mais dont la compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux est sujette à caution<sup>21</sup>. L'individu qui souhaite poser des actes visés par cette décision-cadre ne peut agir en annulation de celle-ci, d'autant moins qu'elle

---

<sup>19</sup> Cour eur. DH (4<sup>e</sup> sect.), arrêt *Posti et Rahko c. Finlande* (requête n° 27824/95) du 24 septembre 2002 (définitif), par. 64. La Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 6, par. 1<sup>er</sup> de la convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'au rejet de l'exception de non-épuisement préalable des voies de recours internes qu'avait soulevée la Finlande. Dans l'attendu cité, la Cour répond par la négative à la question de savoir s'il pouvait être reproché aux requérants, dont les droits de pêche étaient affectés par l'adoption de décrets contre lesquels aucun recours direct ne pouvait être introduit devant les juridictions finlandaises, de n'avoir pas violé les décrets en cause afin d'attendre d'être poursuivis afin de pouvoir en contester la validité.

<sup>20</sup> Ainsi qu'il est expressément dit à l'article 34, par. 2, b), UE.

<sup>21</sup> Ainsi par exemple, la transposition dans le droit national, de la définition du terrorisme posée par la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (JO, n° L 164, 22 juin 2002, p. 3), peut ne pas être compatible avec le principe de légalité, comme l'estime également le Comité des droits de l'homme (Observations finales sur l'Estonie, 15 avril 2003, CCPR/CO/77/EST ; voir aussi l'Observation thématique n° 1 du Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux (mars 2003), aux pages 7, 11 et 16).

ne l'affecte pas directement<sup>22</sup>. Cependant, une fois que sera adoptée la législation nationale assurant la transposition de la décision-cadre, les actes qu'elle vise seront réprimés pénalement, toute infraction pouvant donner lieu à des poursuites et à des sanctions. Il n'est pas concevable qu'il soit requis des individus concernés qu'ils posent le comportement infractionnel visé afin de pouvoir faire contrôler ces mesures étatiques de transposition.

**B. Comblent les déficits : la complémentarité des voies de recours nationales et de la compétence du juge européen et les restrictions à l'autonomie procédurale des Etats membres**

Ce qui semble alors s'imposer, c'est qu'une restriction soit apportée à l'autonomie procédurale des Etats membres, dans la mesure nécessaire à la garantie d'une protection juridictionnelle effective devant les juridictions nationales de tout individu qu'affecte le droit de l'Union<sup>23</sup>. Il faut en effet, pour que le particulier se voie reconnaître un recours juridictionnel effectif ainsi que cela est requis dans le droit de l'Union européenne<sup>24</sup>, que le système des voies de recours organisées dans le droit interne présente deux qualités.

---

<sup>22</sup> L'avocat général Kokott a cependant défendu l'idée qu'il découlait du principe de la coopération loyale des Etats membres à l'accomplissement des objectifs de l'Union – principe inscrit à l'article 10 CE, et que le traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoyait d'inscrire à l'article I-5, par. 2 – que les décisions-cadre, au même titre que les directives en droit communautaire, imposent une obligation d'interprétation conforme de la loi nationale. Voy. les conclusions rendues le 11 novembre 2004 dans l'affaire *Pupino* (aff. C-105/03), toujours pendante au moment où cette étude est clôturée (point 24 des conclusions) : « Bien que l'article 10 CE n'ait pas d'équivalent littéral dans le traité sur l'Union, les Etats membres sont néanmoins tenus d'un devoir de loyauté à l'égard de l'Union. Il existe – tout au moins dans le présent contexte – une analogie entre l'article 34, par. 2, sous b), UE et l'article 249, troisième alinéa, CE [disposant, respectivement quant aux décisions-cadre adoptées dans le cadre du titre VI UE et quant aux directives adoptées sous le traité CE, que ces instruments lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant le choix des formes et moyens par lesquels assurer ce résultat] et par conséquent la décision-cadre elle-même emporte aussi pour les Etats membres des obligations, y compris celle d'une interprétation conforme ».

<sup>23</sup> Ceci semble constituer une exigence en vertu de l'article I-29, par. 1<sup>er</sup>, al. 2, du traité établissant une Constitution pour l'Europe, aux termes duquel « les Etats membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». L'étendue des restrictions à l'autonomie procédurale des Etats membres afin de garantir le respect du principe de l'effectivité de la protection juridictionnelle dépend d'une appréciation, au cas par cas, des implications de ce principe. Les paragraphes qui suivent cherchent à clarifier quelles sont ces implications dans le domaine pénal.

<sup>24</sup> Le droit à un recours juridictionnel effectif constitue un principe général de droit, déduit des articles 6 et 13 de la CEDH, dont la Cour de justice assure le respect dans l'ordre juridique de l'Union : voy., notamment, arrêts du 15 mai 1986, aff. 222/84, *Johnston, Rec.*, p. 1651, point 18, et du 27 novembre 2001, aff. C-424/99, *Commission c. Autriche, Rec.*, p. I-9285, point 45 ; du 25 juillet 2002, aff. C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne, Rec.*, p. I-6677, point 39.

1. *Une protection juridictionnelle effective à l'égard de toute mesure nationale mettant en œuvre le droit de l'Union, y compris à l'égard des mesures législatives de transposition*

Il faut tout d'abord que la mesure étatique assurant la transposition de la décision-cadre puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, y compris s'il s'agit d'une mesure législative. Ce point apparaissant parfois controversé, il y a lieu d'en clarifier les motifs. L'article 13 de la CEDH n'exige pas qu'un recours soit ouvert contre les actes législatifs<sup>25</sup>. Cependant, plusieurs arguments plaident en faveur de la reconnaissance d'une lecture étendue du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective des droits que le particulier tire du droit de l'Union, autorisant notamment cette extension à la situation où l'atteinte à ces droits résulte des actes du législateur national – extension qui, du reste, découle de la jurisprudence même de la Cour de justice<sup>26</sup>. L'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial) se veut délibérément plus large que la protection qu'offrent les articles 13 et – lorsque sont en cause des contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil ou des accusations pénales – 6 de la CEDH, en particulier en étendant à toute

<sup>25</sup> Voy. les arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2) du 26 novembre 1991, Série A, n° 217, par. 61 ; *Kudła c. Pologne* [GC], req. n° 30210/96, par. 151, CEDH 2000-XI ; *Connors c. Royaume-Uni* du 27 mai 2004, req. n° 66746/01, par. 109 ; ou *Haut Conseil spirituel de la Communauté musulmane c. Bulgarie* (1<sup>re</sup> sect.) du 16 décembre 2004, req. n° 39023/97, par. 107.

<sup>26</sup> Voy. CJ, arrêt du 15 mai 1986, aff. 222/84, *Johnston, Rec.*, p. 1651 (est en cause l'exception prévue dans le Sex Discrimination (Northern Ireland) Order 1976 en ce qui concerne les actes justifiés par les nécessités de la sûreté de l'Etat ou la sécurité ou l'ordre publics : la Cour juge que « le contrôle juridictionnel imposé par [l'article 6 de la directive 76/2007/CEE] est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention [européenne des droits de l'homme, et] il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire. En vertu de l'article 6 de la directive, interprété à la lumière du principe général indiqué, toute personne a droit à un recours effectif devant une juridiction compétente contre les actes dont elle estime qu'ils portent atteinte à l'égalité de traitement entre hommes et femmes prévu par la directive 76/2007. Il appartient aux Etats membres d'assurer un contrôle juridictionnel effectif sur le respect des dispositions applicables du droit communautaire et de la législation nationale destinée à mettre en œuvre les droits prévus par la directive. Une disposition qui, comme l'article 53 para. 2 du Sex Discrimination Order, confère à la présentation d'un certificat tel que celui litigieux en l'espèce un effet de preuve irréfragable que les conditions d'une dérogation au principe d'égalité de traitement sont remplies permet à l'autorité compétente de priver le particulier de la possibilité de faire valoir, par voie juridictionnelle, les droits reconnus par la directive. Une telle disposition est donc contraire au principe d'un contrôle juridictionnel effectif consacré par l'article 6 de la directive (...) » (points 18 à 20). Le principe du droit à une protection juridictionnelle effective reçoit donc une applicabilité générale, sans qu'y fasse obstacle le fait que la source de la violation alléguée se situe dans la loi nationale plutôt que dans un acte réglementaire adopté par l'autorité exécutive. Beaucoup d'autres exemples pourraient être donnés.

situation d'atteinte alléguée aux droits et libertés garantis par le droit de l'Union le droit d'accès au juge<sup>27</sup>. Sans doute, cette extension que réalise l'article 47 de la charte du droit à un recours juridictionnel effectif ne va pas explicitement jusqu'à prescrire la possibilité d'un recours contre les actes du législateur susceptibles d'affecter un droit ou une liberté attribués par le droit de l'Union<sup>28</sup>. Il y a lieu cependant de souligner que, au regard du droit de l'Union – y compris, par conséquent, des exigences qui peuvent découler du principe du droit à un recours juridictionnel effectif, tel que le traité établissant une Constitution pour l'Union prévoyait de l'inscrire à l'article I-29, par. 1<sup>er</sup>, al. 2, en ce qui concerne l'obligation pour les Etats membres de contribuer au respect de ce principe –, la nature de la règle nationale (constitutionnelle, législative, ou réglementaire) importe peu : toute norme nationale, quel que soit son niveau hiérarchique, doit s'effacer face à l'exigence de primauté du droit de l'Union. Il ne serait pas souhaitable d'interpréter l'article 47 de la charte des droits fondamentaux comme signifiant que les Etats membres doivent organiser la possibilité d'un recours juridictionnel contre les actes réglementaires adoptés par les autorités étatiques, alors qu'ils en seraient dispensés lorsque la violation alléguée du droit de l'Union a sa source dans un acte législatif national, car une telle solution ferait dépendre l'étendue de la protection juridictionnelle des particularités du droit national. Une lecture du droit à la protection juridictionnelle qui étende cette protection y compris contre les actes du législateur est seule de nature à en garantir l'effectivité. L'on relèvera enfin que, en développant l'exigence selon laquelle le particulier à qui un dommage a été causé par la faute des autorités nationales en violation du droit communautaire, doit pouvoir en réclamer réparation, la Cour de justice des Communautés européennes a assimilé la faute commise par le législateur national à la faute commise par tout autre organe de l'Etat, notamment l'Exécutif<sup>29</sup>.

2. *Une protection juridictionnelle effective, y compris de nature préventive, avant l'adoption de mesures d'exécution à l'égard du particulier*

Il faut également que les destinataires potentiels de cette législation puissent solliciter qu'elle fasse l'objet d'un contrôle juridictionnel, visant notamment à en identifier la compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux, *avant* que cette législation leur soit appliquée, à titre si l'on veut déclaratoire ou préventif. De tels types de recours existent, sous la forme par exemple du *Feststellungsklage*

---

<sup>27</sup> Voy. par ex. SHELTON, D., « Remedies and the Charter of Fundamental Rights of the European Union », in PEERS, S. and WARD, A. (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publ., 2004, p. 349.

<sup>28</sup> Voy. House of Lords, European Union Committee, 6<sup>th</sup> report of Session 2003-4, *The Future Role of the European Court of Justice – Report with Evidence*, HL Paper 47, 15 mars 2004, notamment par. 133 et la position du prof. Besselink telle qu'exprimée au paragraphe 137.

<sup>29</sup> Voy. CJ, arrêt du 19 novembre 1991, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et al. c. République italienne*, Rec., p. I-5357 (point 39).

que connaît le droit allemand<sup>30</sup>, ou du *declaratory relief* dans le système anglais, qui constituent des formes d'action permettant à un particulier de contester, à titre préventif, la validité d'un acte général des autorités publiques, en dépit de ce que cet acte n'a pas encore été appliqué à son égard. Les conditions du recours en annulation du particulier devant la Cour d'arbitrage, juridiction constitutionnelle en Belgique, paraissent également de nature à satisfaire les conditions énoncées<sup>31</sup>.

A l'occasion de tels recours portés devant les juridictions nationales, celles-ci pourront interroger la Cour de justice, à titre préjudiciel, sur la validité de la décision-cadre que la mesure étatique vise à transposer, pour autant que l'Etat membre concerné ait fait la déclaration prévue à l'article 35, par. 2 du traité sur l'Union européenne. La Cour de justice admet la recevabilité de questions préjudicielles posées dans un tel contexte procédural. Dans l'affaire *Bosman*, le juge national auteur de la question

---

<sup>30</sup> En ce sens, voy. SCHOCKWEILER, F., «L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire», *JTDE*, 1996, p. 1, ici p. 7; MOITINHA DE ALMEIDA, J.C., «Le recours en annulation des particuliers», in *Festschrift für U. Everling*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, p. 849 et s., ici p. 868, n. 15. Sur ce point, voy. également DE SCHUTTER, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 830-831 et p. 834.

<sup>31</sup> Un exemple peut illustrer l'hypothèse. La Belgique a assuré la transposition de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (*JO*, n° L 164, 22 juin 2002, p. 3) par l'adoption de la loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes (*MB*, 29 décembre 2003 ; pour un commentaire, voy. BEERNAERT, M.-A., «La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : quand le droit pénal belge évolue sous la dictée de l'Union européenne», *JT*, 2004, p. 585-590). Dans ses observations finales de juillet 2004 relatives à la Belgique, confirmant le point de vue adopté antérieurement (voy. ci-dessus, n. 21), le Comité des droits de l'homme des Nations unies se déclare préoccupé par le fait que la loi sur les infractions terroristes du 19 décembre 2003 offre une définition qui, se référant au degré de gravité des infractions et à la finalité de l'action de l'auteur, n'est pas de nature à satisfaire entièrement au principe de la légalité des délits et des peines requis par l'article 15 du pacte international relatif aux droits civils et politiques (Comité des droits de l'homme des Nations unies, Quatre-vingt et unième session, Examen des rapports présentés par les Etats parties en vertu de l'article 40 du pacte, Observations finales, Belgique, CCPR/CQ/81/BEL (point 24). Le texte de ces observations de même que le rapport établi par la Belgique (CCPR/C/BEL/2003/4), les questions posées par le Comité au gouvernement belge (CCPR/C/80/L/BEL), les réponses du gouvernement et les débats lors de la session de juillet 2004 (CCPR/C/SR.2210 et 2214 et SR 2198) sont disponibles sur [www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)). Un recours en annulation de la loi du 19 décembre 2003 est d'ailleurs actuellement pendant devant la Cour d'arbitrage de Belgique. L'organisation de ce type de recours, ouvert à toute personne y ayant intérêt sans qu'une condition d'individualisation soit requise, permet à toute personne dont les comportements seraient potentiellement visés par la loi du 19 décembre 2003 de solliciter de la part du juge constitutionnel qu'il vérifie la compatibilité de celle-ci avec les droits fondamentaux, y compris les droits de l'homme énoncés dans les traités en vigueur à l'égard de la Belgique. L'on soulignera cependant la difficulté pour le législateur d'agir autrement qu'en transposant à la lettre le texte de la décision-cadre du 13 juin 2002 dans le droit interne, afin de s'y conformer : toute tentative d'introduire davantage de précision, par exemple, dans la définition de l'infraction terroriste, aurait pu être jugée en violation des obligations de la Belgique à l'égard des autres Etats membres de l'Union européenne.

préjudicielle adressée à la Cour s'était estimé compétent à connaître de la demande de M. Bosman, tendant à ce que les règles relatives à la nationalité lui soient déclarées inapplicables, sur la base de l'article 18, al. 2 du Code judiciaire belge. Aux termes de cet article, l'action en justice «peut être admise lorsqu'elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé». Constatant que le juge de renvoi a «estimé que l'application des clauses de nationalité pouvait effectivement entraver la carrière de M. Bosman, en réduisant ses chances d'être employé ou d'être aligné en compétition par un club d'un autre Etat membre», la Cour de justice juge recevable la question préjudicielle, estimant qu'il ne lui revient pas «de remettre en cause cette appréciation [de la juridiction nationale]. S'il est vrai que les actions au principal revêtent un caractère déclaratoire et que, visant à prévenir la violation d'un droit menacé, elles doivent nécessairement se fonder sur des prévisions par nature incertaines, elles n'en sont pas moins autorisées par le droit national, tel qu'interprété par la juridiction de renvoi. Dans ces conditions, les questions posées par cette juridiction répondent à un besoin objectif pour la solution des litiges dont elle est régulièrement saisie»<sup>32</sup>. Dans l'affaire *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*<sup>33</sup>, les questions préjudicielles soumises à la Cour avaient été soulevées dans le cadre de la demande introduite le 3 septembre 2001 par British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd en vue d'être autorisées à exercer un recours en contrôle de légalité («*judicial review*») de «l'intention et/ou l'obligation» du gouvernement du Royaume-Uni de transposer la directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac<sup>34</sup>. Comme le gouvernement français et la Commission estimaient le renvoi préjudiciel irrecevable dès lors que, selon eux, permettre à un particulier de contester la validité d'une directive à l'occasion d'un litige devant une juridiction nationale avant l'expiration du délai prévu pour sa transposition et en l'absence de mesures transposant celle-ci en droit national pourrait constituer un moyen de contourner les dispositions de l'article 230 CE, en violation du système des voies de recours établi par le traité de Rome, la Cour répond que

« dans le système complet de voies de recours et de procédures établi par le traité CE en vue d'assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, des personnes physiques ou morales ne pouvant pas, en raison des conditions de recevabilité visées [à l'article 230, al. 4 CE], attaquer directement des actes communautaires de portée générale, ont la possibilité, selon les cas, de faire valoir l'invalidité de tels actes soit, de manière incidente en vertu de l'article 241 CE, devant le juge communautaire, soit

<sup>32</sup> CJ, arrêt du 15 décembre 1995, aff. C-415/93, *URBSFA et al. c. Jean-Marc Bosman*, *Rec.*, p. I-4921, point 65.

<sup>33</sup> CJ, arrêt du 10 décembre 2002, aff. C-491/01, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, *Rec.*, p. I-11453.

<sup>34</sup> *JO*, n° L 194, p. 26.

devant les juridictions nationales et d'amener celles-ci, qui ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité desdits actes, à interroger à cet égard la Cour par la voie de questions préjudicielles (arrêt du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conseil*, C-50/00 P, [Rec., p. I-6677], point 40).

Il y a lieu de préciser que la possibilité pour les particuliers de faire valoir devant les juridictions nationales l'invalidité d'un acte communautaire de portée générale n'est pas subordonnée à la condition que ledit acte ait effectivement déjà fait l'objet de mesures d'application adoptées en vertu du droit national. Il suffit à cet égard que la juridiction nationale soit saisie d'un litige réel dans lequel se pose, à titre incident, la question de la validité d'un tel acte »<sup>35</sup>.

En matière pénale plus encore que dans les matières plus classiquement confiées au juge communautaire, compte tenu du caractère dissuasif de la sanction qui accompagne l'infraction pénale et de la place qu'occupe ici le principe de la légalité, il faudrait progressivement imposer aux juridictions nationales l'obligation de recevoir les actions même purement déclaratoires, visant à la prévention des atteintes mêmes virtuelles aux droits de l'individu, dès lors que le demandeur en justice peut alléguer, de façon plausible, qu'il appartient à une catégorie de destinataires risquant de subir une violation de leurs droits, et que ce risque même fait obstacle à ce qu'il pose certains comportements en soi licites. De la *possibilité* pour le juge national, lorsqu'il statue préventivement (*ad futurum*), de pouvoir compter sur la coopération de la Cour de justice, il faut passer progressivement à une *exigence*, imposée à lui par le droit de l'Union, d'étendre sa compétence à de tels litiges. Bien sûr, la Cour de justice n'a pas encore franchi ce pas. Mais elle pourrait sur ce terrain ne pas éprouver les mêmes réticences que celles qu'elle éprouve à étendre ses propres compétences, telles qu'elles lui sont attribuées par les traités<sup>36</sup>: en imposant aux Etats membres d'assurer une protection juridictionnelle effective du particulier vis-à-vis du droit de l'Union, y compris avec les conséquences qui ont été indiquées, elle demeure dans le cadre des fonctions que les traités lui attribuent – elle assume cette fonction, qui consiste, selon les termes de l'article 220 CE que l'article 46 UE étend au titre VI du traité sur l'Union européenne, à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

---

<sup>35</sup> Arrêt *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, précité, points 39-40.

<sup>36</sup> Dans l'affaire *Jégo-Quééré*, la Cour de justice affirme de manière explicite que « un recours en annulation devant le juge communautaire ne saurait, en tout état de cause, être ouvert [en écartant les conditions qu'y met l'article 230, al. 4 CE] même s'il s'avérait que les règles procédurales nationales n'autorisent le particulier à mettre en cause la validité de l'acte communautaire contesté qu'après avoir enfreint celui-ci » (CJ, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, aff. C-263/02 P, *Commission des Communautés européennes c. Jégo-Quééré & Cie SA*, non encore publié au Rec., point 34).

L'argument qui permet de fonder ce point de vue est assez simple. Il incombe aux Etats membres de prévoir «un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective»<sup>37</sup>. Or d'autre part, l'on ne saurait exiger d'une personne qu'elle commette une infraction – avec le risque de sanction qui en découle – afin de pouvoir déclencher un contrôle juridictionnel. Il faut en déduire que les Etats membres devraient organiser des voies de recours nationales permettant aux juridictions nationales de mieux collaborer à préserver l'Union de droit, en compensant – le cas échéant par l'extension de leurs compétences – les limites du recours direct du particulier devant le juge communautaire<sup>38</sup>. Dans l'affaire *Jégo-Quéré*, immédiatement après avoir considéré ne pas pouvoir écarter les conditions mises par l'article 230, al. 4 CE à l'introduction d'un recours en annulation par un particulier, même sous prétexte d'interpréter ces conditions à la lumière du principe d'une protection juridictionnelle effective, la Cour de justice prend soin de relever que le fait que le règlement en cause<sup>39</sup> s'applique directement, sans l'intervention des autorités nationales, «n'implique pas par lui-même qu'un opérateur directement concerné par celui-ci ne puisse mettre en cause la validité dudit règlement qu'après l'avoir enfreint». Et la Cour poursuit, donnant un indice à propos de la nature des exigences qu'elle pourrait imposer à l'avenir aux Etats membres s'agissant de l'aménagement des voies de recours devant les autorités juridictionnelles nationales :

« En effet, il ne saurait être exclu qu'un système juridique national ouvre la possibilité à un particulier directement concerné par un acte normatif général de droit interne, ne pouvant pas être directement attaqué en justice, de solliciter auprès des autorités nationales une mesure se rattachant audit acte, susceptible d'être mise

---

<sup>37</sup> CJ, arrêt du 25 juillet 2002, aff. C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores, Rec.*, p. I-6677, point 41 ; CJ, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, aff. C-263/02 P, *Jégo-Quéré & Cie SA*, non encore publié au *Rec.*, point 31.

<sup>38</sup> Autre chose est naturellement de savoir si les juridictions nationales doivent elles-mêmes étendre leurs compétences, afin de contribuer à l'effectivité de la protection juridictionnelle dans l'ordre juridique de l'Union, là où le législateur national est demeuré passif. Bien que la Cour de justice ait parfois affirmé une obligation des juridictions nationales d'écarter les règles nationales de procédure faisant obstacle à l'effectivité de la protection juridictionnelle du particulier (voy. notamment CJ, arrêt du 19 juin 1990, aff. C-213/89, *Factortame, Rec.*, p. I-2433), pareille obligation ne saurait être affirmée sans limites. La Cour dit dans l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores* : « (...) conformément au principe de coopération loyale énoncé à l'article 5 du traité [devenu article 10 CE], les juridictions nationales sont tenues, dans toute la mesure du possible, d'interpréter et d'appliquer les règles internes de procédure gouvernant l'exercice des recours d'une manière qui permet aux personnes physiques et morales de contester en justice la légalité de toute décision ou de toute autre mesure nationale relative à l'application à leur égard d'un acte communautaire de portée générale, en excipant de l'invalidité de ce dernier » (point 42 (notre accent)). Cette affirmation est reprise dans l'arrêt rendu sur pourvoi dans l'affaire *Jégo-Quéré* : CJ, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, *Jégo-Quéré & Cie SA*, C-263/02 P, non encore publié au *Rec.*, point 32.

<sup>39</sup> Imposant aux navires de pêche certaines restrictions en vue de réduire immédiatement les prises de merlu juvénile.

en cause devant la juridiction nationale, de manière à permettre à ce particulier de contester indirectement l'acte en question. De même, il ne saurait non plus être exclu qu'un système juridique national ouvre la possibilité à un opérateur directement concerné par [un règlement non susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge communautaire] de solliciter auprès des autorités nationales un acte se rapportant à ce règlement, susceptible d'être mis en cause devant la juridiction nationale, de façon à permettre à un tel opérateur de contester indirectement le règlement en question »<sup>40</sup>.

Certes, entre l'hypothèse d'un règlement communautaire affectant directement un particulier qui, en raison de ce qu'il n'est pas individualisé par ce règlement, ne peut agir en annulation contre lui devant le Tribunal de première instance, et l'hypothèse d'une décision-cadre adoptée sur la base de l'article 31 du traité sur l'Union européenne, qui par définition ne produit pas d'effets directs à l'égard du particulier, l'analogie peut ne paraître que lointaine. Il n'en demeure pas moins que les conclusions auxquelles a abouti l'échange entre la Cour de justice et le Tribunal de première instance dans les épisodes *Unión de Pequeños Agricultores* et *Jégo-Quéré* permettent de dégager à la fois un principe et une direction dans laquelle réfléchir sa mise en œuvre. Le principe est celui de la complémentarité, dans une Union de droit, des voies de recours organisées devant le juge communautaire et des voies de recours organisées devant les juridictions nationales, qui doivent contribuer ensemble à assurer la protection juridictionnelle effective du particulier : l'exigence de coopération loyale (inscrite à l'article 10 CE, mais qui a valeur de principe général dans le droit de l'Union dans son ensemble) peut signifier que, dans ce cadre, il appartient aux Etats membres d'organiser les voies de recours nationales de manière à assurer cette garantie. La mise en œuvre de ce principe peut passer par la généralisation de la possibilité de solliciter des juridictions nationales qu'elles se prononcent sur la validité des mesures nationales de transposition des actes législatifs européens – et que, ce faisant, elles interrogent la Cour de justice par voie préjudicielle sur la validité de ces actes eux-mêmes –, selon des voies de recours qui n'obligent pas le particulier à enfreindre la règle nationale dont il souhaite mettre en doute la légalité. C'est là, sans doute, un enseignement général. Mais il présente une importance particulière dans le cadre du droit pénal européen, où – plus encore qu'en matière commerciale ou économique – il semble difficile de subordonner le déclenchement d'un contrôle juridictionnel de sa légalité à la violation de la règle par le particulier qui en est le destinataire.

\*

\*   \*

On pressent déjà dans ce qui précède que ce n'est pas de l'extension des compétences des juridictions de l'Union que résultera, au moins dans l'immédiat, l'amélioration de la protection juridictionnelle du particulier vis-à-vis des actes adoptés en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne. Les déficits qui ont

---

<sup>40</sup> CJ, arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2004, aff. C-263/02 P, *Jégo-Quéré & Cie SA*, non encore publié au *Rec.*, point 35.

été relevés, qu'ils concernent les modalités de l'organisation du renvoi préjudiciel à l'article 35 UE ou l'absence d'un recours direct du particulier en annulation des actes adoptés sous ce titre, exigent des juridictions nationales qu'elles élargissent leurs compétences, et le cas échéant, que les Etats membres adoptent des mesures qui assurent cette extension, dans la mesure où elle est nécessaire aux fins d'assurer l'effectivité de la protection due au particulier. En prévoyant que les Etats membres « établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union », l'article I-29, par. 1<sup>er</sup>, al. 2, du traité établissant une Constitution pour l'Europe ne fait en réalité que confirmer ce qui doit être considéré comme découlant, dès à présent, de l'obligation de coopération loyale des Etats membres à l'accomplissement des missions de l'Union, ainsi que de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux et du principe général du droit à un recours juridictionnel effectif que cette disposition codifie. Or, décisif en ce qui concerne la protection de l'individu vis-à-vis des actes adoptés par l'Union, le rôle des juridictions nationales des Etats membres l'est encore dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires rendues en matière pénale, sur laquelle se fonde la coopération judiciaire pénale. C'est à mettre en lumière ce rôle que s'attache la seconde partie de l'étude.

## 2. Le rôle des juridictions nationales

Acteurs décisifs de la coopération judiciaire pénale fondée sur la reconnaissance mutuelle, les juges nationaux sont pris dans le balancement entre deux conceptions des rapports entre confiance mutuelle et reconnaissance mutuelle (A.). Ils doivent garantir le respect des droits fondamentaux y compris si le prix en est le refus d'exécuter la décision rendue dans un autre Etat. Mais les hésitations de la jurisprudence européenne rendent cette tâche malaisée : aux hésitations de la Cour de justice des Communautés européennes qui doit définir comment doit s'opérer l'identification des droits fondamentaux dont l'invocation permet de justifier une exception à l'obligation imposée par le droit de l'Union, s'ajoutent celles de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'avance qu'à pas mesurés vers l'intégration dans sa jurisprudence de la notion de confiance mutuelle instaurée entre des Etats ayant noué certains liens de coopération (B). Il faut donc examiner par quelles voies une sortie du dilemme est possible, sans qu'il en résulte une diminution du niveau de protection des droits fondamentaux de l'individu (C).

### A. *Le principe : reconnaissance mutuelle et présomption de compatibilité*

#### 1. *La confiance mutuelle comme condition de possibilité de la reconnaissance mutuelle*

Dans l'architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la notion de confiance mutuelle remplit deux fonctions rhétoriques qu'il est utile de distinguer. La confiance mutuelle apparaît parfois – d'abord – comme *condition de possibilité* de la fondation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice sur le principe de la reconnaissance mutuelle. De ce point de vue, la confiance mutuelle ne se présume pas : elle doit être créée. Le souci d'affermir la confiance mutuelle (afin que le principe de la reconnaissance mutuelle puisse se fonder sur elle) peut justifier dès

lors le rapprochement des législations, voire l'harmonisation, en tant que mesures d'accompagnement de la reconnaissance mutuelle. La confiance mutuelle en ce sens constitue un objectif à réaliser pour le législateur de l'Union, qui doit veiller à créer les conditions propices au fonctionnement harmonieux d'un système fondé sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice.

Les travaux visant à harmoniser les garanties procédurales reconnues aux suspects dans le cadre des procédures pénales dans l'Union illustrent bien cette première fonction de la confiance mutuelle. En février 2003, la Commission a présenté son *Livre vert sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne*<sup>41</sup>. L'article 31, point a) UE, prévoit que l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise notamment à « faciliter et accélérer la coopération entre les ministères et les autorités judiciaires ou équivalentes compétents des Etats membres pour ce qui est de la procédure et de l'exécution des décisions ». Sous le titre I.7, « Renforcement de la confiance mutuelle » du livre vert précité, on lit :

« La reconnaissance mutuelle s'appuie sur la confiance mutuelle dans les systèmes juridiques des différents Etats membres. Afin de garantir cette confiance mutuelle, il est souhaitable que, dans tous les Etats membres, un ensemble uniforme de garanties procédurales soit accordé aux suspects et personnes mises en cause. Cette initiative a donc pour finalité de mettre en évidence le degré d'harmonisation qui renforcera la confiance mutuelle dans la pratique. Les Etats membres de l'UE sont tous signataires du traité majeur qui définit ces normes, à savoir la convention européenne des droits de l'homme, de même que tous les futurs Etats membres et les pays candidats, de sorte que le mécanisme de la confiance mutuelle est déjà en place. Il s'agit à présent d'élaborer des outils concrets permettant d'accroître la visibilité et l'efficacité de la mise en œuvre de ces normes au niveau de l'UE. Le présent livre vert vise à faire en sorte que les droits soient « non pas théoriques ou illusoire » dans l'UE, mais au contraire « concrets et effectifs ». Les différences dans la manière dont il est tenu compte des droits de l'homme dans les règles de procédure nationales ne signifient pas nécessairement que la CEDH n'est pas respectée. Toutefois, des pratiques divergentes risquent de constituer une entrave à la confiance mutuelle sur laquelle la reconnaissance mutuelle est fondée. C'est pour cette raison que l'Union européenne agit au titre de l'article 31, point c), du traité sur l'Union européenne. Cette action ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une intervention contraignant les Etats membres à amender leur code de procédure pénale, mais plutôt d'une « meilleure pratique européenne » visant à faciliter et à rendre plus efficace et visible la mise en œuvre concrète de ces droits. Il va sans dire qu'elle ne doit en aucun cas aboutir à réduire le niveau de protection actuellement accordé par les Etats membres ».

Dans l'Exposé des motifs accompagnant sa proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne<sup>42</sup>, la Commission répond dans les termes suivants à la question de savoir si sa proposition respecte bien le principe de subsidiarité (par. 19) :

<sup>41</sup> COM (2003) 75 final, du 19 février 2003.

<sup>42</sup> COM (2004) 328 final, du 28 avril 2004.

« la Commission estime que, dans ce domaine, seule une action au niveau de l'UE peut réussir à imposer des normes *communes*. Actuellement, les Etats membres s'acquittent de leurs obligations relatives à un procès équitable, principalement celles qui découlent de la CEDH, à un niveau national, de sorte qu'il en résulte des écarts entre les niveaux de garanties appliqués dans les différents Etats membres. Cela donne également lieu à des conjectures quant aux normes qui sont appliquées dans les autres Etats membres et parfois à des accusations, dans la presse ou les autres médias d'un Etat membre, sur les lacunes du système de justice pénale d'un autre Etat membre. L'adoption de normes minimales communes apporterait une solution à ce problème. Par définition, les normes ne peuvent être *communes* que si elles sont fixées de concert par les Etats membres, de sorte qu'il n'est pas possible de parvenir à des normes communes et, simultanément, de ne compter que sur une action prise au niveau national ».

Dans ces textes, l'affirmation de la nécessité de créer la confiance mutuelle (de la « renforcer »<sup>43</sup>) justifie l'intervention du législateur de l'Union non seulement afin de garantir que des seuils minima de protection des droits de l'individu seront respectés dans l'ensemble de l'Union, mais encore afin de s'assurer qu'il n'existera pas entre les Etats membres de l'Union des différences trop significatives dans la manière dont sont transposées les exigences découlant des articles 5 et 6 de la CEDH. Que le dispositif proposé ne soit pas parfaitement fidèle à l'intention affichée<sup>44</sup> ne doit pas nous interdire d'apercevoir les deux principes sur lesquels la proposition est fondée : la CEDH, à laquelle l'ensemble des Etats membres sont parties, constitue certes un seuil minimum commun de protection, mais ses exigences sont trop faibles pour qu'elle suffise à créer ce ciment entre Etats membres de l'Union permettant de justifier la reconnaissance mutuelle ; et la confiance mutuelle risque d'être rompue, non seulement en cas de violation par un Etat membre de ce standard minimum

---

<sup>43</sup> Voy. le préambule de la proposition de décision-cadre, 5<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> considérants : « Tous les Etats membres sont parties à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). L'expérience a toutefois montré qu'en dépit de la nécessité d'une telle confiance, le crédit accordé aux systèmes de justice pénale des autres Etats membres n'est pas toujours suffisant, bien que tous les Etats membres soient signataires de la CEDH. Les droits proposés seront appliqués de manière à renforcer la confiance mutuelle et, ainsi, à améliorer la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle. (...) Le principe de reconnaissance mutuelle se fonde sur un degré élevé de confiance entre les Etats membres. Afin d'accroître cette confiance, la présente décision-cadre prévoit certaines garanties permettant de protéger les droits fondamentaux. Ces garanties tiennent compte de la manière dont les Etats membres respectent les dispositions de la CEDH selon leurs propres traditions ».

<sup>44</sup> Dans la proposition de la Commission, les Etats membres auxquels la décision-cadre s'adresserait peuvent prévoir des dispositions plus favorables aux suspects ; l'article 17 (clause de non-régression) prévoit d'ailleurs que « aucune disposition de la présente décision-cadre ne saurait être interprétée comme limitant les droits et les garanties procédurales qui peuvent être accordés en vertu du droit de tout Etat membre et procurent un niveau de protection supérieur, ni comme dérogeant à ces droits et à ces garanties procédurales ». Ceci ne constitue naturellement pas une garantie contre l'existence d'écarts, potentiellement significatifs, entre les protections offertes par différents Etats membres.

dont le respect s'impose à tous, mais encore lorsqu'apparaissent entre les Etats des différences trop significatives. La nécessité de renforcer la confiance mutuelle justifie donc un rapprochement des législations pénales des Etats membres, conduit sur la base de l'article 31 UE<sup>45</sup>. Anne Weyembergh l'a bien montré<sup>46</sup>, la reconnaissance mutuelle ne constitue plus un substitut au rapprochement des législations, elle constitue plutôt un objectif à réaliser, et le rapprochement des législations en constitue le complément nécessaire<sup>47</sup>.

## 2. *La confiance mutuelle comme présupposée par la reconnaissance mutuelle*

Cette première conception de la confiance mutuelle présente naturellement un danger. Il est que le rapprochement des législations apparaisse comme une condition de la reconnaissance mutuelle, laquelle devrait lui être subordonnée. Afin de pallier ce risque, la Cour de justice met en avant une autre fonction de la confiance mutuelle, qu'on qualifiera plutôt d'*axiomatique*. Dans cette perspective, la confiance mutuelle est décrétée : elle équivaut à une présomption, plus ou moins absolue, selon laquelle

---

<sup>45</sup> Dans les conclusions précitées qu'elle a rendues dans l'affaire *Pupino* précitée, l'avocat général Kokott a justifié l'utilisation de cette base juridique aux fins d'adopter la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales dans ces termes : « (...) des normes communes de protection des victimes en matière de déposition dans le cadre de procédures pénales peuvent favoriser la coopération entre les autorités judiciaires puisqu'ils constituent la garantie que ces dépositions pourront être utilisées dans tous les Etats membres » (point 51). Voy. aussi la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres (COM (2005) 195 final, du 19 mai 2005), notamment le point 3.1. relatif au renforcement de la confiance mutuelle par des mesures législatives, et où l'on lit notamment que « les premières applications du principe de [la reconnaissance mutuelle], notamment avec le mandat d'arrêt européen, ont fait ressortir une série de difficultés qui pourraient en partie être réglées par l'adoption, au niveau de l'Union, de mesures législatives d'harmonisation [visant notamment à assurer] que les décisions de justice qui font l'objet de de [la reconnaissance mutuelle] répondent à des standards élevés en terme de garanties des droits des personnes ».

<sup>46</sup> WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 339 : « (...) le rapprochement constitue la condition même de la coopération judiciaire pénale et, en particulier, de la reconnaissance mutuelle. Et ce en dépit de la tendance actuelle consistant à remettre cette fonction classique en cause vu l'évolution récente des mécanismes de coopération, qui cherchent à contourner les divergences entre les droits internes des Etats membres. Cette évolution attribue en effet un rôle croissant à la confiance mutuelle. Or la réalisation et la légitimité de cette confiance dépendent largement du rapprochement ».

<sup>47</sup> Pour un exemple récent de cette dialectique, l'on peut renvoyer à la décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, JO, n° L 68, 5 mars 2005, p. 49, dont le préambule (10<sup>e</sup> considérant) dit qu'elle est « associée à une proposition danoise de décision-cadre sur la reconnaissance mutuelle dans l'Union européenne des décisions relatives à la confiscation des produits du crime et au partage des avoirs, qui est présentée simultanément ».

tout Etat membre de l'Union respectant les mêmes valeurs et étant lié par les mêmes obligations internationales notamment dans le cadre de la convention européenne des droits de l'homme, la coopération avec cet Etat – en particulier dans le domaine de la justice pénale – est justifiée, et ne devrait pouvoir être refusée que dans des circonstances très exceptionnelles.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Gözütok et Brügge* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 11 février 2003<sup>48</sup>, deux juridictions nationales, respectivement allemande et belge, demandaient à la Cour si le principe *non bis in idem* consacré à l'article 54 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 (convention Schengen)<sup>49</sup>, s'appliquait également à des procédures d'extinction de l'action publique par voie transactionnelle. L'article 54 CAAS dispose qu'une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante «ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation». En l'espèce, un ressortissant turc résidant aux Pays-Bas et ayant des activités en Allemagne, M. Gözütok, et un ressortissant allemand, M. Brügge, avaient accepté respectivement une transaction proposée par le ministère public néerlandais, et une autre proposée par le ministère public allemand. Ils étaient cependant poursuivis pour les mêmes faits devant une juridiction allemande (M. Gözütok) et une juridiction belge (M. Brügge), d'où résultaient les questions préjudicielles. Considérant que la procédure d'extinction de l'action publique par la voie d'une transaction proposée par le ministère public fait intervenir «une autorité appelée à participer à l'administration de la justice pénale dans l'ordre juridique national concerné» (point 28), et aboutit à sanctionner le comportement illicite reproché au prévenu à qui sont imposées certaines obligations telles par exemple que le paiement d'une amende (point 29), la Cour répond par l'affirmative à la question d'interprétation de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen qui lui était soumise.

Dans l'arrêt *Gözütok et Brügge*, la Cour déduit donc une obligation de reconnaissance mutuelle des décisions emportant extinction de l'action publique du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour la même infraction. L'absence d'harmonisation des législations pénales des Etats membres dans le domaine des procédures d'extinction de l'action publique n'y fait pas obstacle. La confiance mutuelle que pareille harmonisation viendrait renforcer n'est pas une *condition* de la reconnaissance mutuelle : la Cour constate que le jeu de l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (CAAS) n'est pas subordonné à l'harmonisation ou au rapprochement des législations pénales des Etats membres (point 32). La Cour en déduit (au point 33 de l'arrêt) que

---

<sup>48</sup> CJ, arrêt du 11 février 2003, aff. jtes C-197/01 et C-385/01, *Gözütok et Brügge*, non encore publié.

<sup>49</sup> JO, n° L 239, 22 septembre 2000, p. 19.

« Dans ces conditions, le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 de la CAAS, qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente ».

La Cour déduit cette interprétation large des termes de l'article 54 de la CAAS du cadre général dans lequel cette disposition s'inscrit : celui d'un renforcement de l'intégration européenne par la création et le développement au sein de l'Union d'un espace de liberté, de sécurité et de justice (points 35 à 37). La Cour note qu'il serait paradoxal de subordonner l'obligation de reconnaissance mutuelle des décisions d'extinction de l'action publique aux seules décisions prenant la forme de jugements – ou de décisions adoptées par les juridictions : une telle interprétation restrictive signifierait en effet que les auteurs d'infractions plus graves, pour lesquelles l'intervention d'une juridiction est requise en tout état de cause, bénéficieraient d'une liberté de circulation plus complète que celle reconnue aux auteurs d'infractions mineures, par rapport auxquelles le ministère public peut seul décider de transiger.

### 3. *La reconnaissance mutuelle et l'exception des droits fondamentaux*

Assistons-nous, pour autant, à la superposition de deux conceptions antinomiques de la fonction que la notion de « confiance mutuelle » est appelée à remplir dans un espace de liberté, de sécurité et de justice dont la reconnaissance mutuelle est présentée depuis le Conseil européen de Tampere des 15-16 octobre 1999 comme la « pierre angulaire »<sup>50</sup> ? Si l'expression de superposition est adéquate, l'on se tromperait en tout cas en y apercevant la marque d'une incapacité de choisir – soit d'accorder sa confiance, soit de la refuser. Plutôt, la coexistence de la confiance mutuelle comme condition préalable de la reconnaissance mutuelle (et qu'il faut donc renforcer) et de la confiance mutuelle comme présupposition nécessaire (et qui serait donc décrétée) traduit le fait que, si les autorités de chaque Etat membre doivent présumer le respect par les autres Etats membres des conditions – notamment, le respect des droits fondamentaux – qui sont nécessaires à la coopération, cette présomption en même temps ne saurait être absolue. Ni tout à fait condition à réaliser et à « renforcer », ni simplement présupposé qu'il faudrait admettre sans plus ample examen, la confiance mutuelle apparaît en définitive comme un principe normatif, ou un principe d'interprétation des obligations des Etats membres dans la mise en œuvre des instruments de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, jouant un rôle équivalent à celui du principe de la coopération loyale : il n'impose pas d'obligations nouvelles, mais il est censé fournir une indication quant à l'esprit qui doit animer la coopération entre les autorités nationales.

---

<sup>50</sup> Voy. aussi le programme de mesures visant à mettre en œuvre le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale (adopté par le Conseil le 30 novembre 2000), *JO*, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 14.

Le dilemme du juge national dans la reconnaissance mutuelle n'en est pas moins réel. Ce dilemme est d'autant plus sensible s'agissant de l'exécution de décisions pré-sentencielles où il s'agit pour le juge d'*anticiper* sur le risque que l'autorité juridictionnelle de l'Etat d'émission – qui a émis un mandat d'arrêt européen, ou qui a pris une décision de gel de biens ou d'éléments de preuve dans le cadre d'une procédure pénale – ne respecte pas les droits fondamentaux après que ses décisions aient été exécutées<sup>51</sup>. Faut-il, respectant l'obligation de reconnaissance mutuelle, accorder sa confiance à l'autorité juridictionnelle de l'Etat membre d'émission ? A quelles vérifications faut-il procéder avant de lui accorder cette confiance ? Quelle présomption de compatibilité avec les droits fondamentaux de la procédure suivie au sein de l'Etat d'émission doit-on admettre dès lors que cet Etat respecte les valeurs sur lesquelles l'Union est fondée ? Le respect dû aux droits fondamentaux définit la limite à l'obligation de reconnaissance mutuelle. Ceci, qui découle déjà de l'article 6, par. 1<sup>er</sup> UE, est confirmé par les différents instruments qui se fondent sur le mécanisme de la reconnaissance mutuelle en matière judiciaire pénale<sup>52</sup>. Mais il y a là pour le juge national non seulement une faculté – celle de refuser la reconnaissance mutuelle lorsque celle-ci conduirait à violer les droits fondamentaux –, mais aussi une obligation de droit international, qui tient au respect dû aux engagements internationaux de l'Etat

---

<sup>51</sup> Voy. en ce sens STESENS, G., « The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, p. 93-103, ici p. 94 : « *The recognition and enforcement of [pre-trial orders] 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* ».

<sup>52</sup> Voy. dans le préambule de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres, JO, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1, le 12<sup>e</sup> considérant, ainsi que l'article 1<sup>er</sup> par. 3 (« 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 ») ; l'article 1<sup>er</sup>, seconde phrase, de la décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JO, n° L 196, 2 août 2003, p. 45 (cette décision-cadre « ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux consacrés par l'article 6 du traité ») ainsi que, en ce qui concerne le principe *non bis in idem* dont le respect peut constituer un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution, l'article 7 par. 1<sup>er</sup>, c) ; les 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> considérants de la décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires (JO, n° L 76, 22 mars 2005, p. 16), ainsi que les articles 3 et 20, par. 3 ; le 13<sup>e</sup> considérant ainsi que l'article 1, par. 2, de la décision-cadre du Conseil sur l'application du principe de la reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation (COPEN 135, doc. 14622/04, 17 décembre 2004 ; non encore publiée au JO).

en matière de droits de l'homme<sup>53</sup>. Ainsi qu'on l'a rappelé par ailleurs, chaque Etat membre de l'Union européenne peut engager sa responsabilité individuelle dans le cadre de la CEDH s'il noue des liens de coopération avec d'autres Etats membres qui le rend complice des atteintes aux droits fondamentaux qui seraient commises dans ces autres Etats<sup>54</sup>. Bien que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'ait pas encore achevé de clarifier les conditions d'engagement de cette responsabilité, il est clair en tout cas qu'un Etat membre de l'Union européenne ne pourrait, sous prétexte de la confiance mutuelle que s'accordent les Etats membres de l'Union entre eux, échapper à celle-ci.

### **B. Les difficultés d'application du principe**

Or, si les principes sont simples – reconnaissance mutuelle, à l'exception du respect dû aux droits fondamentaux tels que les reconnaît l'article 6, par. 2 du traité sur l'Union européenne<sup>55</sup> –, leur application pose au juge national des difficultés aussi bien

---

<sup>53</sup> Le raisonnement sous-jacent à l'arrêt rendu par la Cour de cassation de Belgique le 8 décembre 2004 ne saurait sur ce point être accepté (voy. Cass. b., 8 décembre 2004, *JT*, 2005, p. 133, et les obs. de CASTIAUX, J. et WEYEMBERGH, A., «A propos de l'arrêt du 8 décembre 2004 de la Cour de cassation»). Dans cet arrêt, la Cour de cassation semble faire découler le retrait de la convention européenne d'extradition des Etats membres de l'Union européenne de la transposition par ces Etats de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres, sans vérifier si les formes que prescrit la convention européenne d'extradition pour ce qui, plus précisément, constitue une forme de «déconnexion» des Etats parties ayant choisi de régler leurs rapports mutuels en se fondant sur une législation uniforme ou sur la base de lois internes parallèles prévoyant l'exécution des mandats d'arrêt décernés par les autres parties concernées, ont bien été respectées. Or ces formes sont réglées par l'article 28, par. 3 de la convention européenne d'extradition, disposition sur laquelle l'on revient ci-après. L'on ne saurait déduire, ni de l'adoption de la décision-cadre du 13 juin 2002 sur la base de l'article 31 du traité sur l'Union européenne, ni de la transposition de cette décision-cadre dans les Etats concernés, une manière de retrait implicite de la convention européenne d'extradition de 1957 des Etats membres de l'Union européenne dans leurs rapports mutuels. Egalement sur cette question, voy. les commentaires que N. Angelet et A. Weerts consacrent à un autre arrêt de la Cour de cassation de Belgique rendu dans un contexte semblable, et qui pose également la question des rapports de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre les Etats membres avec les traités antérieurs conclus entre des Etats membres de l'Union européenne (en l'occurrence, le traité d'extradition Benelux du 27 juin 1962, approuvé en Belgique par la loi d'assentiment du 1<sup>er</sup> juin 1964, *MB*, 24 octobre 1967) : Cass. b. (ch. vac.), 24 août 2004, obs. ANGELET, N. et WEERTS, A., «Les rapports entre instruments internationaux successifs portant sur une même matière», *JT*, 2005, p. 322.

<sup>54</sup> Pour une tentative de systématisation de cette jurisprudence, voy. DE SCHUTTER, O., «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», in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *L'espace pénal européen...*, op. cit., p. 223-248.

<sup>55</sup> Aux termes de cette disposition : «L'Union respecte 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».

théoriques que pratiques. L'étendue exacte de l'autorisation faite aux Etats membres de refuser de coopérer demeure sujette à discussions. Ainsi, tout en reconnaissant qu'il est légitime pour les Etats membres d'ajouter aux motifs de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen le motif pour cause de *non bis in idem* vis-à-vis de la Cour pénale internationale que la décision-cadre du 13 juin 2002 ne prévoit pas explicitement, comme d'introduire expressément l'exception de non-exécution pour risque d'atteinte aux droits fondamentaux, la Commission relève que « pour légitimes qu'ils soient (...), ces motifs ne doivent être invoqués qu'exceptionnellement au sein de l'Union »<sup>56</sup>. En principe, l'atteinte à une garantie prévue dans la Constitution nationale de chaque Etat ne saurait justifier un refus d'exécuter un mandat d'arrêt européen<sup>57</sup>, sauf si cette garantie correspond à un droit fondamental reconnu au sein de l'Union, c'est-à-dire inscrit à la CEDH ou qui peut être considéré comme relevant des traditions communes aux Etats membres. Mais, d'autre part, il n'est pas nécessaire que tel droit fondamental soit reconnu par l'ensemble des Etats membres pour qu'il puisse être jugé digne de figurer parmi les principes généraux du droit communautaire. Au cours des travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, en dépit de ce qu'il avait été proposé de substituer à l'expression « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres », qui figure actuellement à l'article 6, par. 2 du traité sur l'Union européenne, la formulation, plus restrictive, de « traditions constitutionnelles communes à tous les Etats membres », cette proposition fut écartée, et l'article I-9, par. 3 du traité établissant une Constitution pour l'Europe a maintenu la formulation actuelle, avec la souplesse – mais aussi la difficulté d'interprétation – qui en découle.

Egalement significatif est l'arrêt *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH* du 14 octobre 2004<sup>58</sup>. La Cour de justice était confrontée dans cette affaire à une situation où les autorités allemandes prétendaient justifier une restriction apportée à la libre prestation de services par le respect dû à leur conception des exigences de la dignité humaine. Tout en ayant pris soin de rappeler que « la notion d'« ordre public » dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation à la liberté fondamentale de prestation des services doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté » (point 30), la Cour ajoute, conformément à sa jurisprudence classique, que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays

---

<sup>56</sup> Rapport de la Commission fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM (2005) 63 final, du 23 février 2005, p. 5.

<sup>57</sup> La transposition que l'Irlande a faite de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres est, sur ce point, très contestable, ainsi que la Commission l'a relevé dans l'annexe au rapport établi conformément à l'article 34 de cet instrument (p. 5-6).

<sup>58</sup> CJ, arrêt du 14 octobre 2004, aff. C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH*, non encore publié au *Rec.*

à l'autre et d'une époque à l'autre. Il faut donc, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité» (point 31). En principe, le respect dû à la dignité humaine constitue un motif admissible de restreindre les libertés fondamentales que reconnaît le traité de Rome, non pas naturellement car cette valeur figure dans la Loi fondamentale allemande, mais parce que le principe du respect dû à la dignité humaine est un principe commun aux Etats membres : « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit. Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome » (point 34). Cependant une uniformité complète d'approche de l'ensemble des Etats membres n'est pas davantage requise :

« Il n'est pas indispensable (...) que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un Etat membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des Etats membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de l'intérêt légitime en cause. (...) la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un Etat membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre Etat » (points 37 et 38).

Dans le même sens, l'on relèvera que le 6<sup>e</sup> considérant de la décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires affirme que cet instrument « n'empêche pas un Etat membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives au respect de la légalité, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias ». Certes, comme dans l'affaire *Omega*, ce ne sont pas les règles constitutionnelles comme telles qui, étant en vigueur au sein de l'Etat d'exécution, justifieraient que cet Etat refuse de reconnaître et d'exécuter la décision infligeant une sanction pécuniaire : ces règles constitutionnelles ne peuvent être invoquées comme faisant obstacle à la reconnaissance et à l'exécution de pareille décision que dans la mesure où elles opèrent la traduction de droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire, les garanties citées pouvant être rattachées d'ailleurs, aussi bien à la convention européenne des droits de l'homme qu'aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres<sup>59</sup>. Pourtant la formulation retenue dans le préambule crée une ambiguïté, puisqu'elle donne à entendre qu'un Etat pourrait tirer argument de ses propres règles internes pour refuser de coopérer à l'exécution d'une décision de justice rendue dans un autre Etat membre, alors que pareille obligation d'exécution figure au centre même de la notion

---

<sup>59</sup> L'article 20 par. 3 de la décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires précise d'ailleurs que « chaque Etat membre peut, lorsque le certificat visé à l'article 4 donne à penser que des droits fondamentaux ou des principes juridiques fondamentaux définis par l'article 6 du traité ont pu être violés, s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la décision ».

de reconnaissance mutuelle, y compris là où le propre système juridique de l'Etat d'exécution aurait abouti à une solution différente (par exemple à un acquittement). Il est tentant de mettre en parallèle la conception des droits fondamentaux que retient l'arrêt *Omega* ou celle qui paraît sous-jacente au considérant cité du préambule de la décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires – une conception où les droits fondamentaux, dès lors qu'ils sont reconnus parmi les principes généraux du droit communautaire, peuvent néanmoins être définis de manière variable dans les droits des différents Etats membres, et demeurer opposables aux autres Etats membres dans le cadre de la coopération judiciaire pénale – avec le *dictum* déjà célèbre figurant au point 33 de l'arrêt *Gözütok et Brügger*, où la Cour de justice associe la notion de confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale au fait «que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente».

La difficulté est donc théorique : les limites dans lesquelles les autorités judiciaires nationales des Etats membres peuvent invoquer les droits fondamentaux afin de refuser la reconnaissance mutuelle ne sont pas définies de manière parfaitement claire. Mais la difficulté est également pratique : du point de vue psychologique aussi bien que politique, il peut être très difficile pour le juge d'un Etat membre d'exprimer sa méfiance vis-à-vis des garanties offertes dans un autre Etat membre. La mise sur pied de mécanismes objectifs et impartiaux d'évaluation de la justice dans les différents Etats membres, allant au-delà de la vérification de la transposition correcte et dans les délais prescrits des actes adoptés par l'Union, devrait non seulement permettre de renforcer la confiance mutuelle entre les autorités judiciaires des différents Etats membres, mais également faciliter l'appréciation par les autorités judiciaires de l'Etat d'exécution des conditions dans lesquelles la justice est rendue dans l'Etat d'émission, ce qui, le cas échéant, pourra justifier un refus de coopération lorsque ces conditions auront fait l'objet d'une évaluation négative. Il s'agit par l'évaluation, d'un côté, d'éviter que les autorités judiciaires de tel Etat membre soient tentées de déduire, de l'existence de différences entre leurs propres traditions juridiques et celles d'un autre Etat membre, l'existence de déficits au sein de ce dernier Etat constituant un obstacle à la reconnaissance mutuelle ; mais il s'agit aussi, d'un autre côté, d'objectiver l'appréciation de certains déficits réels qui, conformément à l'article 6, par. 2 du traité sur l'Union européenne et aux traductions qu'en font les instruments adoptés sous le titre VI dudit traité qui se fondent sur le principe de la reconnaissance mutuelle, sont effectivement de nature à justifier le refus d'accorder celle-ci <sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> La question de l'évaluation fait l'objet d'un chapitre distinct de cet ouvrage ; il n'est donc pas nécessaire de l'approfondir ici. L'on rappellera cependant que, dans sa communication au Parlement européen et au Conseil sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres (COM (2005) 195 final du 19 mai 2005), la Commission européenne souligne que la mise sur pied de mécanismes d'évaluation de la justice pénale – qui fait partie des objectifs qu'elle s'assigne

### C. *Sortir du dilemme : deux voies complémentaires*

Bien qu'elles soient réelles, ces difficultés pourraient cependant n'être que transitoires. Deux voies de sortie se présentent, qui sont complémentaires plutôt que concurrentes. Le renforcement de la confiance mutuelle par l'adoption d'instruments visant au rapprochement des législations pénales, notamment dans le domaine de la procédure pénale (par exemple en vue d'accorder des garanties procédurales aux accusés<sup>61</sup>, de renforcer le principe de la présomption d'innocence ou les conditions régissant l'admissibilité des preuves dans le cadre du procès pénal<sup>62</sup>), d'une part, par les mesures d'encouragement à la constitution d'une culture judiciaire commune aux juridictions pénales des Etats membres et la mise sur pied de mécanismes d'évaluation de la justice pénale, d'autre part, devrait progressivement clarifier les exigences liées aux droits fondamentaux dont le non-respect peut justifier le refus de la reconnaissance mutuelle et faciliter la prise en compte de ces exigences par les autorités judiciaires de chaque Etat membre. C'est la première voie actuellement suivie, et que la Commission européenne a annoncé avoir l'intention d'encore approfondir à l'avenir.

L'autre voie consiste à substituer progressivement à la vérification systématique, par les autorités judiciaires de chaque Etat membre de l'Union, du respect des droits

---

dans cette communication, conformément au mandat donné par le Conseil européen dans le programme de La Haye des 4 et 5 novembre 2004 – vise notamment à «procéder à une évaluation plus générale des conditions dans lesquelles sont élaborées les décisions de justice afin de s'assurer qu'elles répondent à des standards de qualité élevés permettant de renforcer la confiance mutuelle entre systèmes judiciaires, sans laquelle la [reconnaissance mutuelle] ne pourra fonctionner, suppose une action plus globale et à plus long terme. Le programme de La Haye affirme le principe selon lequel « la confiance mutuelle doit reposer sur la certitude que tous les citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité les plus élevées », et demande la mise en place « d'un système d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des politiques de l'UE qui, dans le même temps, respecte pleinement l'indépendance du pouvoir judiciaire ». S'agissant de fortifier la confiance mutuelle par la certitude que les systèmes judiciaires qui produisent des décisions pouvant être exécutées sur tout le territoire de l'Union respectent des standards de qualité élevés, cette évaluation doit permettre d'appréhender les systèmes judiciaires nationaux dans leur globalité» (par. 21). L'on a détaillé ailleurs les qualités que pareil mécanisme d'évaluation devrait présenter afin de remplir adéquatement les fonctions qui lui sont assignées : voy. RÉSEAU UE D'EXPERTS INDÉPENDANTS EN MATIÈRE DE DROITS FONDAMENTAUX, Rapport sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union en 2004, mai 2005, p. 32-34 (disponible sur [http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_en.htm](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_en.htm)).

<sup>61</sup> Voy. la proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, COM (2004) 328 final du 29 avril 2004.

<sup>62</sup> Voy. l'annonce du dépôt d'une proposition de décision-cadre sur la présomption d'innocence et les normes minimales en matière de recueil de la preuve figurant dans la communication au Parlement européen et au Conseil sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres (COM (2005) 195 final du 19 mai 2005).

fondamentaux au sein de l'Etat membre d'émission, une responsabilité conjointe et solidaire des Etats membres et de l'Union lorsque des mécanismes de coopération judiciaire pénale débouchent sur des atteintes aux droits fondamentaux. L'horizon est bien celui-là. Il opérerait le passage du paradigme de la coopération interétatique à celui de la coopération entre différentes entités au sein d'un même Etat, qui sur le plan international, devra répondre du comportement de l'ensemble de ces entités sans pouvoir se réfugier derrière l'autonomie qui pourrait leur être reconnue. Certes, ainsi qu'on l'a indiqué, les clauses relatives aux droits fondamentaux dans les instruments fondés sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales n'établissent pas simplement une faculté pour les autorités judiciaires de l'Etat membre d'exécution : comme l'article 6, par. 2 du traité sur l'Union européenne lui-même, ces clauses traduisent en réalité une obligation de droit international pour les Etats membres de l'Union, qui doivent tenir compte des engagements internationaux qu'ils ont acceptés dans le domaine des droits de l'homme au moment de transférer des pouvoirs vers l'Union européenne<sup>63</sup>. Il ne serait naturellement pas acceptable, du point de vue du droit international public, que les progrès de l'intégration au sein de l'Union aboutissent à diminuer le niveau du respect par les Etats membres de l'Union européenne de leurs engagements internationaux. Or, dans le cadre actuel de la convention européenne des droits de l'homme, chaque Etat doit en principe vérifier que les décisions de justice qu'il reconnaît aux fins de contribuer à leur exécution respectent les droits fondamentaux<sup>64</sup>. Incontestable du point de vue juridique, cette solution est en outre souhaitable du point de vue du respect des droits fondamentaux, puisqu'elle constitue un puissant incitant pour l'ensemble des Etats membres à mieux respecter les droits fondamentaux – sous peine, si des violations en sont commises, de non-reconnaissance de leurs décisions dans les autres Etats membres –. Pourtant cette situation, pour évidente et souhaitable qu'elle nous paraisse aujourd'hui, n'est pas nécessairement destinée à perdurer. Et il peut s'indiquer de déjà réfléchir aux modalités d'une autre approche, fondée sur l'automatisme de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale, sans contrôle du respect des droits fondamentaux, mais avec, en contrepartie, la reconnaissance d'une responsabilité conjointe et solidaire des Etats membres et de l'Union lorsque la coopération judiciaire en matière pénale débouche sur des atteintes aux droits fondamentaux.

---

<sup>63</sup> Voy. Cour eur. DH (GC), arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999 (req. n° 24833/94), par. 32 (« La convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la convention continuent d'être « reconnus ». Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres »). Pour une discussion de cet arrêt et des références à la jurisprudence d'ensemble de la Cour européenne des droits de l'homme sur cette question, voy. DE SCHUTTER, O. et L'HOEST, 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*, 1-2, 2000, p. 141-214 ; ainsi que KING, T., « Ensuring human rights review of intergovernmental acts in Europe », *ELR*, 25, 2000, p. 79-88.

<sup>64</sup> Pour des références, DE SCHUTTER, O., « L'espace de liberté, de sécurité et de justice... », *op. cit.*, p. 223-248.

La jurisprudence de la Cour européenne donne les premiers signes d'une évolution dans cette direction. Dans l'affaire *Lindberg c. Suède*<sup>65</sup>, le requérant, résident en Suède, dénonçait le fait que les juridictions suédoises avaient accepté d'exécuter un arrêt des juridictions norvégiennes ayant prononcé à son égard une condamnation pour diffamation sans avoir réexaminé le fond de cette dernière décision, notamment du point de vue de sa compatibilité avec les exigences de la liberté d'expression<sup>66</sup>. Il alléguait avoir subi une violation de l'article 13 de la CEDH, qui garantit le droit à un recours effectif lorsque les droits et libertés reconnus dans la convention sont violés, compte tenu du contrôle relativement marginal exercé par les juridictions suédoises sur la décision prise par le juge norvégien dont les parties civiles dans le cadre du procès en diffamation avaient demandé la reconnaissance en vue de son exécution. Bien que particulièrement prudente, la réponse de la Cour aboutit à approuver l'approche suivie par les juridictions suédoises qui, sans réeffectuer un examen complet de la compatibilité de la solution adoptée avec les exigences de la liberté d'expression, ont en réalité présumé que la solution adoptée par les juridictions norvégiennes respectait ces exigences<sup>67</sup>. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, les Etats parties à la CEDH doivent refuser d'exécuter une décision de justice rendue par la juridiction d'un Etat non partie à la convention lorsque cette décision constitue

<sup>65</sup> Cour eur. DH (1<sup>re</sup> sect.), déc. *Lindberg c. Suède* (req. n° 48198/99) du 15 janvier 2004.

<sup>66</sup> L'allégation du requérant selon laquelle sa condamnation constituait une atteinte à la liberté d'expression que garantit l'article 10 de la CEDH n'était pas dépourvue de toute plausibilité. Dans un arrêt du 20 mai 1999, la Cour européenne des droits de l'homme statuant en Grande Chambre avait conclu, par quatorze voix à trois, à la violation de l'article 10 CEDH dans le chef de l'organe de presse et de l'ancien éditeur du journal local dans lequel M. Lindberg avait publié le récit de son témoignage sur la manière dont la chasse au phoque était pratiquée à la suite d'un séjour de plusieurs semaines sur un navire, le *Harmoni*, en tant qu'inspecteur mandaté par le ministère norvégien de la Pêche : voy. Cour eur. DH (GC), arrêt du 10 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* (req. n° 21980/93), CEDH 1999-III. La requête que M. Lindberg lui-même avait introduite auprès de la Commission européenne des droits de l'homme à la suite de sa propre condamnation pour diffamation avait été déclarée irrecevable pour dépassement du délai de six mois imposé par l'article 26, par. 1 de la convention (actuellement devenu article 35, par. 1) : voy. Commiss. eur. DH, *Lindberg c. Norvège* (req. n° 26604/94), déc. du 26 février 1997.

<sup>67</sup> La convention de Lugano de 1988 sur la compétence et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale n'étant pas en vigueur entre la Norvège et la Suède au moment des faits, les modalités de l'exécution demandée se trouvaient définies par la loi 1977 : 595 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice rendues par les pays nordiques en matière de droit privé. Selon l'article 8, par. 1, n° 6 de cette législation, ne peut bénéficier de la reconnaissance ou de l'exécution en Suède la décision de justice manifestement incompatible avec l'ordre public suédois. Dans l'affaire *Lindberg*, la Cour suprême suédoise, dans son arrêt du 16 décembre 1998, estime : « *As regards the question whether there are obstacles to enforcement of the City Court's judgment in view of public order considerations it should be underlined that, generally speaking, only in exceptional cases can there be question of refusing enforcement of a judgment on such grounds (...) This applies especially when there is question of enforcement of a judgment delivered in another Nordic country* ».

un « déni de justice flagrant »<sup>68</sup>. Ensuite, sans affirmer qu'un même critère s'impose nécessairement lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une décision judiciaire rendue par un Etat partie à la convention<sup>69</sup> et lorsque la violation alléguée résulte du résultat de cette décision plutôt que d'un déni de justice<sup>70</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme considère que le contrôle exercé par les juridictions suédoises sur la base de la conception de l'ordre public international de la Suède est suffisant :

*« In the particular circumstances it suffices to note that the Swedish courts found that the requested enforcement (in respect of the award of compensation and costs made in the Norwegian judgment) was neither prevented by Swedish public order or any other obstacles under Swedish law. The Court (...) does not find that there were any compelling reasons against enforcement. That being so, the Court is clearly satisfied that the Swedish courts reviewed the substance of the applicant's complaint against the requested enforcement of the Norwegian judgment, to a sufficient degree to provide him an effective remedy for the purposes of Article 13 of the Convention ».*

M. Lindberg affirmait en outre qu'en refusant d'exercer leur contrôle au regard du droit à la liberté d'expression, les juridictions suédoises s'étaient rendues complices de l'atteinte à cette liberté qu'auraient commise les juridictions norvégiennes, et

---

<sup>68</sup> Cour eur. DH, arrêt du 26 juin 1992, *Drozdz et Janousek c. France et Espagne*, Série A, n° 240, par. 110. Il est significatif que, dans sa décision *Lindberg* du 15 janvier 2004, la Cour européenne des droits de l'homme assimile à cette jurisprudence l'arrêt *Pellegrini c. Italie* (req. n° 30882/96) rendu par une chambre constituée au sein de la 2<sup>e</sup> section de la Cour le 20 juillet 2001, dans lequel, à propos de l'*exequatur* accordée par les juridictions italiennes à une décision de reconnaître l'annulation d'un mariage (faisant obstacle à un règlement du divorce plus protecteur des droits de l'épouse requérante) rendue par les juridictions vaticanes en violation des règles relatives au procès équitable, la Cour avait défini son rôle comme étant de vérifier « si les juridictions italiennes, avant de donner l'*exequatur* à ladite déclaration de nullité [du mariage], ont dûment vérifié que la procédure y relative remplit les garanties de l'article 6 ». Dans sa décision *Lindberg* du 15 janvier 2004, la Cour européenne des droits de l'homme réaffirme le critère du « déni de justice flagrant » adopté dans *Drozdz et Janousek*, et cite à l'appui *Pellegrini*, « even though no express mention was made of the said criterion in that judgment ». Ceci – qui constitue en réalité un revirement de jurisprudence consciemment assumé par la Cour – témoigne clairement d'un souci de développer sa jurisprudence de manière à ne pas créer d'obstacles trop importants à la coopération interétatique.

<sup>69</sup> Dans l'arrêt qu'elle avait adopté le 16 décembre 1998 dans l'affaire *Lindberg*, la Cour suprême suédoise avait estimé que « in the relations among the Convention States themselves it should normally suffice for the authority in the country of execution to pursue a rather summary assessment in verifying whether the judgment is in conformity with the Convention. However, should there, for example on a claim by a party, emerge circumstances that would make it questionable whether the judgment fulfils the requirements in the Convention, a closer scrutiny must be carried out ».

<sup>70</sup> Dans sa décision *Lindberg*, la Cour « does not deem it necessary for the purposes of its examination of the present case to determine the general issue concerning what standard should apply where the enforcing State as well as the State whose court gave the contested decision is a Contracting Party to the Convention and where the subject-matter is one of substance (i.e., here, the freedom of expression) rather than procedure ».

demandait par conséquent à la Cour de constater également une violation de l'article 10 de la convention. En dépit de ce qu'elle est sommaire, la réponse de la Cour sur cette seconde allégation du requérant illustre qu'elle n'hésite pas à vérifier la compatibilité de la solution finalement intervenue avec les exigences de la convention : l'allégation de violation de l'article 10 de la convention est jugée irrecevable car manifestement mal fondée, mais non parce que, *ratione personae*, la requête devrait être dirigée sur ce point contre la Norvège dont les juridictions ont prononcé la condamnation pour diffamation, plutôt que contre la Suède dont les juridictions ont accordé l'*exequatur*.

La décision *Lindberg* est certes peu explicite à propos de la question de la confiance mutuelle que des Etats parties à la CEDH peuvent s'accorder entre eux. Mais elle semble ne pas exclure l'instauration entre ces Etats d'une forme de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, sans vérification autre que marginale de la compatibilité de la décision à exécuter avec les exigences de la convention. Une évolution de la jurisprudence européenne dans cette direction pourrait être encouragée par la pratique conventionnelle émergente au sein du Conseil de l'Europe visant à prendre en considération les spécificités des formes de coopération instituées entre les Etats membres au sein de l'Union européenne. Suivant le précédent que constitue l'article 28, par. 3 de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957<sup>71</sup>, trois conventions majeures ouvertes à la signature le 16 mai 2005 lors du troisième Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe comprennent une clause dite de « déconnexion », soustrayant les relations des Etats membres de l'Union européenne entre eux ainsi que les relations entre les Etats membres et la Communauté européenne aux règles arrêtées dans ces instruments.

---

<sup>71</sup> Convention européenne d'extradition, faite à Paris le 13 décembre 1957, STE n° 24 (entrée en vigueur le 18 avril 1960). L'article 28 de cette convention est consacré aux relations entre la convention et les traités bilatéraux. L'article 28, par. 3 dispose : « Lorsque, entre deux ou plusieurs Parties contractantes, l'extradition se pratique sur la base d'une législation uniforme, les Parties auront la faculté de régler leurs rapports mutuels en matière d'extradition en se fondant exclusivement sur ce système nonobstant les dispositions de la présente convention. Le même principe sera applicable entre deux ou plusieurs Parties contractantes dont chacune a en vigueur une loi prévoyant l'exécution sur son territoire des mandats d'arrêt décernés sur le territoire de l'autre ou des autres. Les Parties contractantes qui excluent ou viendraient à exclure de leurs rapports mutuels l'application de la présente convention, conformément aux dispositions du présent paragraphe, devront adresser une notification à cet effet au secrétaire général du Conseil de l'Europe. Celui-ci communiquera aux autres Parties contractantes toute notification reçue en vertu du présent paragraphe ». Le rapport explicatif de la convention précise que ce paragraphe 3 « doit permettre aux Parties ayant un système d'extradition fondé sur « l'uniformité des lois » à savoir les pays scandinaves, ou encore aux Parties ayant un système fondé sur leur « application réciproque », à savoir l'Irlande et le Royaume-Uni, de régler leurs rapports mutuels en se fondant exclusivement sur ce système. Cette disposition a dû être adoptée puisque ces pays ne règlent pas leurs rapports en matière d'extradition sur la base d'accords internationaux, mais les ont réglés ou les règlent en adoptant, après s'être concertés, des dispositions internes uniformes ou réciproques ».

Ainsi par exemple, l'article 40, par. 3 de la convention du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre la traite des êtres humains <sup>72</sup> prévoit que :

« Les Parties qui sont membres de l'Union européenne appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles de la Communauté et de l'Union européenne dans la mesure où il existe des règles de la Communauté ou de l'Union européenne régissant le sujet particulier concerné et applicables au cas d'espèce, sans préjudice de l'objet et du but de la présente convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties ».

Lors de l'adoption de la convention par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 3 mai 2005, la Communauté européenne et les Etats membres de l'Union européenne avaient fait la déclaration suivante, qui fait partie du « contexte » de la convention au sens de l'article 31, par. 2 (b) de la convention de Vienne sur le droit des traités et devra ainsi en guider l'interprétation <sup>73</sup> :

« En demandant l'inclusion de la « clause de déconnexion », la Communauté européenne/Union européenne et ses Etats membres réaffirment que leur objectif est de prendre en compte la structure institutionnelle de l'Union lorsqu'elles adhèrent à des conventions internationales, en particulier en cas de transfert de pouvoirs souverains des Etats membres à la Communauté.

Cette clause n'a pas pour objectif de réduire les droits ou d'accroître les obligations des Parties non membres de l'Union européenne vis-à-vis de la Communauté européenne/Union européenne et de ses Etats membres, dans la mesure où ces dernières sont également Parties à la présente convention.

La clause de déconnexion est nécessaire pour les dispositions de la convention qui relèvent de la compétence de la Communauté/Union, afin de souligner que les Etats membres ne peuvent invoquer et appliquer, directement entre eux (ou entre eux et la Communauté/Union), les droits et obligations découlant de la convention. Ceci ne porte pas préjudice à l'application complète de la convention entre la Communauté européenne/Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et les autres Parties à la convention, d'autre part ; la Communauté et les Etats membres de l'Union européenne seront liés par la convention et l'appliqueront comme toute autre Partie à la convention, le cas échéant, par le biais de la législation de la Communauté/Union. Ils garantiront dès lors le plein respect des dispositions de la convention vis-à-vis des Parties non membres de l'Union européenne ».

Le principe de pareille clause de déconnexion est ainsi que les objectifs de l'instrument au sein duquel elle s'inscrit seront entièrement préservés, mais qu'en ce qui concerne les Etats membres de l'Union européenne et la Communauté/ l'Union européenne, les obligations que cet instrument impose à ses Parties pourront être réalisées par les Etats membres ou par l'Union en fonction de l'évolution de

---

<sup>72</sup> STCE, n° 197. Mais voy. également, pour des clauses semblables, l'article 26, par. 3 de la convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (STCE, n° 196) et l'article 52, par. 4 de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (STCE, n° 198).

<sup>73</sup> Voy. les paragraphes 375 et 376 du rapport explicatif de la convention du Conseil de l'Europe relative à la lutte contre la traite des êtres humains.

leurs compétences respectives, telle qu'elle résultera notamment de l'adoption de législations par l'Union. En principe, du point de vue des bénéficiaires de l'instrument concerné, par exemple les victimes du terrorisme ou de la traite des êtres humains, ceci devrait être indifférent : la clause de déconnexion affecte non pas l'étendue des obligations qui sont assumées, mais uniquement les modalités de mise en œuvre de ces obligations ; elle vise non pas à introduire une exception par rapport aux obligations que détermine l'instrument dans lequel elle s'inscrit, mais à répondre aux nécessités de l'intégration au sein de l'Union européenne tout en prenant en compte le caractère évolutif de la répartition des compétences entre les Etats membres et la Communauté/l'Union.

Si l'on cherche à transposer à la question de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale l'idée qui inspire l'adoption de telles clauses de déconnexion, l'on se confronte à la difficulté qu'ici, l'imposition individuellement à chaque Etat de l'obligation en cause (de ne pas accorder la reconnaissance et d'exécuter la décision de justice rendue dans un autre Etat qui porte atteinte aux droits de l'homme) constitue bien, pour le titulaire des droits en cause, une garantie supplémentaire, qui ne serait pas respectée au même niveau si l'on devait considérer que, cette obligation, les Etats membres de l'Union européenne l'assumeront conjointement avec l'Union, en fonction de l'évolution des mécanismes de la coopération judiciaire pénale au sein de l'Union <sup>74</sup>. La séparation des Etats en tant que telle, en d'autres mots, constitue pour l'individu concerné une garantie. C'est le cas notamment au regard de la convention européenne des droits de l'homme : de même que M. Lindberg devrait être protégé vis-à-vis de l'exécution, en Suède, d'une décision de justice rendue par les juridictions norvégiennes qui portent atteinte à sa liberté d'expression, tout individu ne devrait-il pas pouvoir recevoir l'assurance que d'autres Etats membres de l'Union européenne ne coopéreront pas à l'exécution de la décision de justice qui a été rendue en violation de ses droits fondamentaux ?

C'est pourquoi, si ce phénomène de « déconnexion » des Etats membres et de l'Union dans le cadre des engagements internationaux devait s'accroître, il faudrait

---

<sup>74</sup> Une autre difficulté est que, compte tenu de l'instauration par la CEDH d'un système de garantie collective des droits de l'homme sur le continent, que traduit la possibilité d'un recours interétatique (article 33 CEDH) présumant l'intérêt qu'a chaque Etat partie au respect de la convention par l'ensemble des autres Parties et lui donnant la possibilité d'exiger ce respect, il est difficile de dissocier l'application de la convention européenne des droits de l'homme dans les rapports mutuels des Etats membres de l'Union de son application à l'égard des autres Parties à la convention qui ne sont pas des Etats membres de l'Union européenne. Le système de l'article 31, par. 4 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, qui régit l'application de traités successifs portant sur la même matière lorsque les Parties au traité antérieur ne sont pas toutes Parties au traité postérieur – et aboutit à autoriser une manière de « déconnexion » puisque dans les relations entre les Parties aux deux traités, le traité antérieur ne s'appliquera que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec le traité postérieur –, sera donc difficilement applicable : chacun des Etats parties à la CEDH a un intérêt à ce que tous les autres Etats respectent les engagements que contient la convention, laquelle ne peut être assimilée à un réseau d'engagements bilatéraux.

subordonner son extension afin de faciliter la reconnaissance mutuelle au respect de deux conditions.

Premièrement, en contrepartie de la faculté laissée à chaque Etat membre de reconnaître la décision de justice rendue par les juridictions d'un autre Etat membre sans en vérifier au cas par cas la compatibilité avec les droits fondamentaux, il faudrait que les Etats membres de l'Union acceptent une responsabilité conjointe et solidaire lorsque leur coopération (ou ses échecs) débouche sur des atteintes aux droits fondamentaux<sup>75</sup>. La jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme donne à penser que, si les violations de la convention imputées à un Etat sont en réalité le résultat du défaut de coopération d'un autre Etat, le premier Etat, contre lequel la requête est dirigée, pourra limiter l'étendue de sa responsabilité aux seuls comportements posés par ses organes. Cette limitation est pourtant d'autant plus inacceptable que, classiquement, l'individu dont les droits sont affectés par les défauts de cette coopération interétatique ne se trouvant pas sous la juridiction du second Etat, il ne pourra chercher à engager la responsabilité de celui-ci. Ainsi, dans l'affaire *Calabro c. Italie et Allemagne*, le requérant avait été piégé lors d'une vente simulée de stupéfiants en Italie, résultant d'une collaboration entre la police italienne et la police allemande. Or dans le cadre du procès pénal qui s'ensuivit devant les juridictions italiennes, l'agent infiltré par la police allemande, qui avait réalisé le «pseudo-achat» ayant permis l'arrestation de M. Calabro, ne put être entendu comme témoin, en dépit de ce que l'article 6, par. 3, d) de la CEDH garantit à l'accusé le droit d'«interroger ou faire interroger des témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge»: les autorités allemandes en effet, bien qu'invitées par des ordonnances rendues par les juridictions italiennes à notifier la convocation à l'agent infiltré aux termes des articles 8 et suivants de la convention européenne en matière d'assistance judiciaire, affirmaient que cet agent était «introuvable». La Cour estime que les autorités italiennes ne peuvent se voir imputer la responsabilité de cette situation :

«La Cour estime qu'il n'appartenait pas aux autorités de l'Italie de mener des recherches pour une personne résidant sur le territoire d'un Etat étranger. En ordonnant l'assignation de Jürgen et une commission rogatoire internationale, le Tribunal et la Cour d'appel ont utilisé les moyens que le droit interne leur offrait pour assurer la présence du témoin litigieux. D'autre part, le Tribunal et la Cour d'appel ne pouvaient que faire confiance aux informations provenant de sources qualifiées ayant leur siège en Allemagne, notamment le juge d'instance de Wiesbaden, le bureau fédéral pour la répression de la criminalité et la BKA [*Bundeskriminalamt* – Bureau des affaires criminelles allemand]. Dans ces circonstances, l'on ne saurait imputer aux autorités italiennes un manque de diligence entraînant leur responsabilité devant les organes de la convention ».

---

<sup>75</sup> Voy. à cet égard Cour eur. DH (GC), arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, par. 33 (où la Cour affirme que «Le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres parties au traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* (...) des conséquences de ce traité»).

Cette position n'est pas inédite dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>76</sup>. Elle trouve un certain écho dans des situations où, par exemple, le dépassement allégué du délai raisonnable de jugement prescrit à l'article 6, par. 1<sup>er</sup> de la CEDH résulte de l'action combinée de plusieurs Etats<sup>77</sup> – comme, d'ailleurs, de l'action combinée des juridictions nationales d'un Etat partie à la convention et de la Cour de justice des Communautés européennes sollicitée dans le cadre d'un renvoi préjudiciel<sup>78</sup>.

Ce qu'indiquent les exemples qui viennent d'être cités, c'est que le fait d'apprécier individuellement la responsabilité de chaque Etat partie à la CEDH lorsque la violation alléguée est imputable à leur action combinée, notamment dans le cadre des mécanismes de coopération interétatique institués entre eux, peut en fait aboutir à limiter l'étendue des droits reconnus à l'individu. Au contraire, l'affirmation d'une responsabilité conjointe et solidaire des Etats qui s'inscrivent dans un tel mécanisme de coopération peut renforcer ces droits, et faciliter l'imputation à ces Etats – sinon à un seul Etat déterminé, du moins à leur action combinée – des conséquences qui en résultent pour l'individu. Passer du paradigme de la coopération interétatique (impliquant la responsabilité individuelle de chaque Etat) à celui de la coopération entre différentes entités au sein d'un même Etat (impliquant une responsabilité conjointe et solidaire de ces entités), ce n'est donc pas restreindre l'étendue des droits de l'individu ou la possibilité pour lui d'en réclamer garantie : c'est plutôt aligner le régime des responsabilités sur la nature des comportements qui sont à la source de

---

<sup>76</sup> Dans une décision d'irrecevabilité du 9 mars 1999, la Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que, dans une affaire où le requérant avait été condamné en première instance notamment sur la base de déclarations d'un ressortissant turc, trafiquant de drogue ayant accepté de collaborer avec les autorités judiciaires, mais qui ne put être trouvé pour témoigner dans le cadre des procédures d'appel ayant suivi la première condamnation du requérant – les commissions rogatoires internationales adressées aux autorités turques étant demeurées sans suite –, « il n'appartenait pas aux autorités de l'Italie de mener des recherches pour une personne résidant sur le territoire d'un Etat étranger. En ordonnant l'assignation de M. S. et une commission rogatoire internationale, la Cour d'appel a utilisé les moyens que le droit interne lui offrait pour assurer la présence du témoin litigieux. D'autre part, la Cour d'appel ne pouvait que faire confiance aux informations provenant d'une source qualifiée ayant son siège en Turquie, notamment la section d'Interpol d'Ankara. Dans ces circonstances, l'on ne saurait imputer aux autorités italiennes un manque de diligence entraînant leur responsabilité devant les organes de la convention » (Cour eur. DH (2<sup>e</sup> sect.), déc. *Kostu c. Italie* (req. n° 33399/96) du 9 mars 1999).

<sup>77</sup> Cour eur. DH, arrêt du 6 avril 2004, *Karalyos et Huber c. Hongrie et Grèce* (req. n° 75116/01).

<sup>78</sup> Cour eur. DH, arrêt du 26 février 1998, *Pafitis et autres c. Grèce*, par. 95 (le renvoi préjudiciel opéré vers la Cour de justice des Communautés européennes ayant conduit à la suspension de l'examen des actions litigieuses pour une période de deux ans, sept mois et neuf jours, la Cour estime cependant ne pouvoir prendre cette période en considération « dans l'appréciation de la durée de chaque procédure particulière : même si ce délai peut à première vue paraître relativement long, en tenir compte porterait atteinte au système institué par l'article 177 du traité CEE [devenu article 234 CE] et au but poursuivi en substance par cet article »).

la violation alléguée et sur l'identité de leurs auteurs, qui, bien que se trouvant être des autorités appartenant à plusieurs Etats, en réalité doivent être traités comme s'ils relevaient d'une seule Partie à la convention.

On voit bien la traduction que le changement de paradigme proposé pourrait recevoir, par exemple en ce qui concerne l'appréciation des responsabilités, au regard de l'article 5 de la CEDH, liées à l'émission et à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen. Cette disposition est pleinement applicable à la mise en œuvre de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres<sup>79</sup>, en ce qui concerne notamment les conditions de l'arrestation elle-même et la durée de la détention préventive. En particulier, la personne arrêtée doit être informée aussitôt que possible et dans une langue qu'elle comprend des raisons de son arrestation : il faudra à cet égard tenir compte, dans l'interprétation de l'article 11 de la décision-cadre (droits de la personne recherchée), des exigences de l'article 5, par. 2 de la CEDH. Les informations figurant sur le formulaire transmis à l'Etat d'exécution doivent être suffisamment complètes, aussi bien en ce qui concerne la description des circonstances dans lesquelles la ou les infractions reprochées ont été commises et quant au degré de participation de la personne concernée, que quant à la qualification légale de l'infraction. Les autorités de l'Etat d'émission et de l'Etat d'exécution doivent être considérées comme conjointement responsables du respect des conditions que fixe l'article 5, par. 2 de la convention à l'arrestation. Il ne serait pas acceptable que soit l'Etat d'exécution, soit l'Etat d'émission, invoquent les manquements imputés à l'autre Etat pour échapper à l'allégation de violation de cette disposition ; il ne serait pas souhaitable non plus que la possibilité d'identifier et de sanctionner la violation alléguée soit subordonnée à la détermination exacte des responsabilités respectives de chacun des Etats concernés. De même, le changement de paradigme proposé aurait un impact important sur le respect dû à l'article 5, par. 3 de la CEDH. Cette disposition ne prévoit une exigence de durée raisonnable de la détention que dans l'hypothèse de la détention préventive d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction<sup>80</sup>. Elle n'est donc pas applicable à la détention qui, visant à la remise d'une personne envers laquelle un mandat d'arrêt européen a été délivré, relève de l'hypothèse de privation de liberté visée à l'article 5, par. 1<sup>er</sup> f) applicable en cas d'extradition<sup>81</sup>. Mais, si l'on devait

---

<sup>79</sup> 2002/584/JAI, JO, n° L 190, 18 juillet 2002.

<sup>80</sup> L'article 5, par. 3 de la convention ne renvoie qu'à l'hypothèse de détention visée à l'article 5, par. 1<sup>er</sup>, c) : voy. Cour eur. DH, arrêt du 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, Série A, n° 12, par. 71. Pour une confirmation récente de l'attitude de la Cour : arrêt du 17 juin 2003, *Raf c. Espagne*, req. n° 53652/00, par. 62-66.

<sup>81</sup> L'arrestation d'un individu en vue de sa remise aux autorités de l'Etat membre d'émission du mandat d'arrêt européen s'analysant en une restriction apportée au droit fondamental à la liberté de l'individu, l'autorisation de privation de liberté de l'article 5, par. 1<sup>er</sup>, f), demeure cependant d'interprétation stricte : dès lors, lorsque la détention est fondée sur l'objectif d'assurer la remise d'une personne envers laquelle un mandat d'arrêt européen a été émis, « la détention d'une personne qu'on se propose [de remettre] ne peut se justifier sous l'angle de l'article 5, par. 1 que pour autant qu'elle est liée à la procédure [de remise] » (voy., *mutatis*

considérer que les comportements des autorités des Etats membres de l'Union européenne doivent être traités comme étant ceux des autorités d'un seul Etat dès lors que ces comportements s'inscrivent dans le cadre d'une coopération judiciaire pénale reposant sur une reconnaissance mutuelle automatique, ne devrait-on pas faire relever la détention dans l'Etat d'exécution aux fins de la remise de la personne recherchée de l'article 5, par. 3 de la convention ?

L'extension du mécanisme de la «déconnexion» tel qu'on le voit inauguré dans les trois conventions adoptées dans le cadre du Conseil de l'Europe le 16 mars 2005, afin de favoriser l'automatisme de la reconnaissance mutuelle sans réexamen du contrôle, par l'Etat d'exécution, du respect des droits fondamentaux au sein de l'Etat d'émission, devrait encore être subordonnée à une deuxième condition. Elle requiert qu'au préalable, tous les Etats membres de l'Union européenne entre lesquels la reconnaissance mutuelle serait appelée à jouer acceptent de garantir les droits fondamentaux à un niveau élevé, et de faire l'objet d'une évaluation continue du respect de ces droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne le fonctionnement de la justice pénale. Si ces garanties sont définies à un niveau dans des instruments réalisant une harmonisation ou un rapprochement des législations pénales, et si cette évaluation est efficace, le niveau global du respect des droits fondamentaux sera amélioré, plutôt que menacé, par les progrès de la reconnaissance mutuelle, en raison de l'adoption des mesures visant à renforcer la confiance mutuelle que ce mécanisme appelle. C'est en ce sens que, loin d'être concurrentes, les deux voies par lesquelles les difficultés que peut éprouver le juge national à adéquatement remplir son rôle – assurer le respect des droits fondamentaux, tout en coopérant loyalement au mécanisme de la reconnaissance mutuelle – sont complémentaires : il faut progresser dans le rapprochement des législations des Etats membres et dans la mise sur pied de mécanismes d'évaluation crédibles, afin de fournir à la reconnaissance mutuelle le socle qu'elle exige ; et il faut simultanément envisager la substitution d'une responsabilité conjointe et solidaire des Etats membres de l'Union européenne au

---

*mutandis*, Commiss. eur. DH, req. n° 6871/75, *Caprino c. Royaume-Uni*, déc. du 3 mars 1978, *Ann. Conv.*, 21, p. 285, ici p. 295-296 (également DR, 12, p. 14) ; et si la procédure n'est pas menée avec la diligence requise, la détention cesse d'être justifiée au regard de la fin – la remise de la personne en exécution du mandat d'arrêt européen – qui la justifie. Dans des situations exceptionnelles, notamment à défaut pour les autorités de l'Etat d'émission de fournir les informations demandées de manière diligente, des délais plus ou moins longs s'écouleront entre l'arrestation de la personne et la décision d'exécution du mandat d'arrêt européen, qui précède la remise. En pareil cas, un contrôle doit s'exercer sur la nécessité de la détention ainsi que sur sa durée : si l'on s'en tient à une lecture rigoureuse de l'article 5, par. 1<sup>er</sup> de la convention, la détention ne sera plus considérée comme justifiée soit s'il y avait moyen de prévenir le risque de fuite par des moyens moins restrictifs de la liberté individuelle, soit si, à défaut qu'il y ait des chances réelles de remettre la personne concernée dans des délais raisonnables, elle ne correspond plus à l'objet de l'article 5, par. 1<sup>er</sup> f) et ne peut donc plus se justifier au regard de cette disposition, soit encore si elle apparaît excessivement longue par rapport à ce qui paraît raisonnablement justifié par les démarches requises en vue de la remise.

regard du respect dû aux droits fondamentaux, notamment tels qu'ils sont inscrits à la CEDH, à une responsabilité envisagée de manière strictement individuelle dans le chef de chaque Etat. Mais cette seconde voie, celle de la «déconnexion», ne saurait anticiper sur la première, dont elle doit plutôt venir consacrer l'achèvement.

### 3. Conclusion

Evoquant la contribution de la Cour de justice des Communautés européennes à la confiance mutuelle, la première partie de cette étude a conclu à la nécessité que les voies de recours organisées au plan national garantissent l'effectivité de la protection juridictionnelle au sein du titre VI du traité sur l'Union européenne, que l'étendue des compétences attribuées à la Cour de justice ne suffit pas à assurer. Mais, partant du juge européen, l'on ne se trouve ramené aux juridictions nationales que pour mettre en avant les limites qui, au nom de l'effectivité de la protection des droits de l'individu, doivent être apportées au principe dit de l'autonomie procédurale, qui abandonne en principe à l'Etat le soin de déterminer les compétences et les règles procédurales de ses propres juridictions : c'est à cette conséquence que conduit la prise en compte de la complémentarité des voies de recours organisées au plan national et au plan européen. La seconde partie de l'étude a examiné le rôle du juge national en tant que gardien des libertés individuelles. Le dilemme central de notre matière se laisse apercevoir dans le chef du juge mieux que nulle part ailleurs. Faut-il s'accorder la confiance mutuelle en pariant sur le fait qu'à terme, avec l'émergence progressive d'une culture judiciaire commune et, surtout, l'amélioration générale des standards de la justice pénale, elle sera justifiée entre Etats membres de l'Union? Faut-il la refuser au contraire, tant que les législations des Etats membres n'auront pas fait l'objet du rapprochement qui permette de la justifier? A l'heure actuelle, les clauses de sauvegarde relatives aux droits fondamentaux figurant dans les instruments qui font application du principe de la reconnaissance, qui sont autant d'avatars de l'article 6, par. 2 du traité sur l'Union européenne, permettent de préserver une certaine souplesse : la confiance mutuelle est décrétée, liée indissociablement à l'obligation de reconnaissance mutuelle, mais le juge peut estimer que, dans tel cas précis, elle doit être refusée. Le dilemme qu'il affronte est là : plus le juge national aura le souci de garantir un niveau élevé de respect des droits fondamentaux, plus il court le risque d'engager la responsabilité de son Etat au regard des obligations qui découlent de son appartenance à l'Union – même si, dans les traités actuels, en l'absence de la possibilité pour la Commission d'introduire un recours en manquement étatique, la sanction qui peut en résulter demeure difficile à cerner. Or ce dilemme, ni la jurisprudence de la Cour de justice – hésitante à vrai dire quand il s'agit d'identifier les droits fondamentaux qui peuvent être invoqués par un Etat pour restreindre les obligations qui lui sont imposées dans le cadre de l'Union européenne –, ni la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – qui, bien qu'elle n'y paraisse pas hostile, n'a toujours pas accepté de « reconnaître » la confiance mutuelle –, n'aident le juge à le surmonter. Sortir du dilemme par le haut, cela suppose de combiner l'harmonisation et le rapprochement des législations pénales et l'instauration de mécanismes d'évaluation de la justice au sein des Etats membres avec – ensuite seulement – la déconnexion progressive des formes de coopération nouées par les Etats membres de l'Union européenne des mécanismes de contrôle

du respect des obligations internationales des Etats en matière de droits de l'homme qui se fondent encore exclusivement, aujourd'hui, sur l'affirmation de responsabilités étatiques envisagées de manière individuelle à chaque Etat<sup>82</sup>. Mais ceci constitue un programme pour plusieurs années à venir. Avant que ce programme puisse être réalisé, il faut se garder de trop dissuader les autorités judiciaires nationales d'exprimer leur méfiance, en refusant la reconnaissance mutuelle lorsqu'elles entretiennent de sérieux doutes sur la compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux des décisions qui ont été rendues et qu'il leur est demandé d'exécuter, ou des procédures qui suivront l'exécution par elles d'une décision pré-sentencielle. Cette méfiance peut être le révélateur de véritables obstacles que le rapprochement ou l'harmonisation des législations doivent précisément servir à surmonter. Ce qui importe aujourd'hui, c'est de maximiser le potentiel de cette dialectique entre la coopération judiciaire pénale qui se pratique entre autorités judiciaires nationales et le travail, patient et indispensable, du législateur européen.

---

<sup>82</sup> La seule exception à cet égard se situe dans l'*obiter dictum* précité figurant au paragraphe 33 de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* précité de la Cour européenne des droits de l'homme, où celle-ci évoque une responsabilité conjointe des Etats membres de l'Union européenne pour les conséquences découlant du traité sur l'Union européenne.



# Les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l'Union européenne

Henri LABAYLE

## 1. Introduction

Prétendre dresser les «perspectives» du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l'Union ne manque pas d'inconscience. La démarche oblige l'observateur à se transformer, quasiment, en «pythie» ou en visionnaire, selon les points de vue, pour répondre aux souhaits des éditeurs et au risque de prendre ses propres désirs pour des réalités. Toute une série de raisons permettent de comprendre l'ampleur des interrogations venant à l'esprit si l'on y réfléchit quelque peu et de mesurer l'embarras qui en résulte.

En premier lieu, nul n'est capable aujourd'hui de dessiner avec certitude le cadre dans lequel la confiance mutuelle des appareils judiciaires pourra s'épanouir au sein de l'Union européenne. La promotion du principe de confiance mutuelle s'est d'abord réalisée à partir de l'affirmation purement politique des conclusions de Tampere <sup>1</sup> jusqu'à trouver sa consécration jurisprudentielle dans l'affaire *Gözütok* par la Cour de justice <sup>2</sup>. Les hésitations quant à la réalité et à la portée juridique d'un tel principe n'ont

---

<sup>1</sup> Point 33 des conclusions : «le renforcement de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et des jugements et le rapprochement nécessaire des législations faciliteraient la coopération entre autorités et la protection judiciaire des droits de la personne. Le Conseil européen approuve donc le principe de reconnaissance mutuelle, qui, selon lui, devrait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union. Le principe devrait s'appliquer tant aux jugements qu'aux autres décisions émanant des autorités judiciaires».

<sup>2</sup> CJ, arrêt du 11 février 2003, aff. C-187/01 et C-385/01, *Procédures pénales c. Hüseyin Gözütok et Klaus Brügge*, *Rec.*, p. I-1345.

pas été dissipées pour autant, tellement le thème de la « confiance mutuelle » comporte de subjectivité et de contingences, nourrissant le doute quant à son usage d'instrument technique pour la coopération judiciaire européenne. Au delà de sa dimension pénale, il est d'ailleurs intéressant de garder à l'esprit que ce principe se généralise désormais progressivement au cœur des grandes politiques de l'Union européenne. Il y pose les mêmes questions et provoque à cet égard les mêmes incertitudes quant à son contrôle juridictionnel, le dossier de la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement d'étrangers illustrant bien cette évolution.

Il n'en reste pas moins que sa traduction constitutionnelle par l'article I-42 b) du traité établissant une Constitution pour l'Europe modifie les données. En indiquant que « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice (...) en favorisant la confiance mutuelle entre les autorités compétentes des Etats membres, en particulier sur la base de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires », le traité constitutionnel oblige désormais à un regard radicalement différent, passant en quelque sorte d'une dimension jusqu'ici fonctionnelle à une approche institutionnelle, et formulant un véritable principe à valeur constitutionnelle.

Pour réfléchir à la garantie comme au contrôle du principe de confiance mutuelle dans l'Union, l'architecture proposée par la Constitution pour l'Europe devient donc l'élément de référence. Le principe de confiance mutuelle y trouve une place autant que des instruments pour sa réalisation et son contrôle. Les « perspectives » de la dimension juridictionnelle de la confiance mutuelle doivent donc être évaluées au regard de ce cadre constitutionnel, quitte à laisser en suspens des questions sérieuses en cas d'échec du processus de ratification. La subsidiarité juridictionnelle sur laquelle repose l'ensemble de la confiance mutuelle ne doit rien en effet au traité constitutionnel de Rome et chacun a bien compris que sa régulation est aujourd'hui une source importante de préoccupations.

En second lieu, et à supposer que l'intégration de l'Union européenne ne connaisse pas de frein, un constat s'impose : le traité constitutionnel ne procède pas à une véritable révolution en ce qui concerne le contrôle juridictionnel à proprement parler. Mise à part la question particulière de l'accès direct des particuliers au prétoire de Luxembourg sur lequel on reviendra, c'est davantage à partir de la mise au niveau de l'espace de liberté, de sécurité et de justice opérée par la disparition des « piliers » que l'analyse doit être menée. En d'autres termes, le retour des choses à la normale est-il susceptible d'entraîner une dynamique juridictionnelle telle que le principe de confiance mutuelle y trouve les racines indispensables pour s'épanouir et consolider l'ensemble... ? Ici encore, observer l'existant incite à la prudence tant la crise de croissance, sinon de confiance, qui frappe la juridiction européenne oblige l'observateur à la réserve <sup>3</sup>. Cinq années d'application du traité d'Amsterdam, durant lesquelles le juge communautaire était censé retrouver une part importante de son influence, se sont en réalité concrétisées par une quasi-absence de contentieux significatif et par un débat permanent, pied à pied, des différents protagonistes pour éviter que les choses ne changent en profondeur...

---

<sup>3</sup> Sur ce thème, voy. DONY, M. et BRIBOSIA, E. (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002.

Aussi, et parce qu'il est bien connu que la confiance ne se décrète pas mais qu'elle se mérite, une approche juridictionnelle de la confiance mutuelle n'est encore que partielle. La transformation de la méfiance mutuelle qui règne aujourd'hui en véritable confiance mutuelle susceptible de fonder le développement du droit pénal européen dépend largement de paramètres sur lesquels l'action du juge est encore des plus relatives. Les mécanismes de contrôle administratif et d'évaluation mutuelle par les pairs du respect des engagements souscrits par les Etats membres <sup>4</sup> sont ainsi très vraisemblablement les pièces maîtresses du dispositif qui se met en place, faute d'avoir accepté de s'engager dans un processus répressif des manquements à la confiance. Sous peine de voir cette « méfiance mutuelle » se transformer en véritable « défiance mutuelle », des questions politiques centrales ne pourront plus être édulcorées ou passées durablement sous silence, par exemple en ce qui concerne le niveau de la coopération avec les nouveaux Etats membres de l'Union et par comparaison avec le faible niveau existant entre les quinze partenaires d'Amsterdam <sup>5</sup>. Le juge pourra éventuellement conforter ou compléter ensuite l'impact de ces mesures, indispensables en l'état actuel de l'intégration européenne.

Dès lors, si l'on veut qu'existe « une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale » au sens de la jurisprudence *Gözütok* <sup>6</sup>, si l'on désire donner son sens à l'article I-42 du traité constitutionnel et que le juge en soit le garant, il est nécessaire de renouveler l'approche retenue jusqu'ici par l'Union européenne.

Ce choix est opéré par les auteurs du traité constitutionnel, ouvrant deux types de perspectives concrètes à un principe de confiance mutuelle proclamé solennellement. En mettant largement fin au système dérogatoire du droit commun réservé aux piliers intergouvernementaux et en donnant force obligatoire à la charte des droits fondamentaux, la Constitution pour l'Europe met en place l'essentiel des éléments indispensables à l'avènement d'un contrôle juridictionnel européen (2). Pourtant, ce contrôle commun ne dément pas l'existence d'une réelle subsidiarité juridictionnelle, d'ores et déjà exercée par le juge national, à la fois destinataire principal et acteur de la confiance mutuelle. Les perspectives de cette intervention demeurent problématiques et elles appellent une régulation dont il faut rapidement prendre conscience (3).

---

<sup>4</sup> Voy. l'excellent rapport de DE BIOLLEY, S. sur les mesures accompagnatrices de la confiance mutuelle.

<sup>5</sup> Voy. évidemment sur ce thème DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001 ainsi que les développements de WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations, condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, notamment p. 144 et s.

<sup>6</sup> Considérant 33 précité.

## 2. La normalisation du contrôle juridictionnel européen : une perspective attendue

Beaucoup a été dit et écrit sur les failles du contrôle juridictionnel établi par le traité d'Amsterdam à propos de l'espace répressif européen <sup>7</sup>. La mise à niveau opérée par le nouveau traité de Rome permet d'améliorer un contrôle de légalité passablement défailant jusque-là (A) tandis que le recours à la procédure préjudicielle est, à nouveau, justement banalisé dans le droit de l'Union (B).

### A. La mise à niveau du contrôle de légalité

Le principe de confiance mutuelle est désormais un principe à valeur constitutionnelle de l'Union européenne. Son inscription dans l'article I-42 du traité constitutionnel entraîne des conséquences importantes du point de vue du contrôle juridictionnel, pour les individus comme pour les institutions de l'Union. En effet, la disparition des « piliers » emportera *a priori* un jeu quasi normal des procédures contentieuses communautaires et elle impliquera que le respect du principe de confiance mutuelle soit garanti du point de vue tant des individus (1) que des Etats pour lesquels il constitue une obligation (2).

#### 1. La protection juridictionnelle des individus

Le déficit juridictionnel le plus marquant de l'espace pénal européen porte actuellement, on le sait, sur l'exclusion des individus du prétoire de Luxembourg. La définition restrictive des conditions de leur accès direct à ce prétoire l'explique. Le contrôle de la légalité du droit dérivé de l'Union pose d'autant plus problème que le jeu de la confiance mutuelle au sein de l'Union européenne est organisé et garanti par diverses décisions-cadres <sup>8</sup> que les particuliers pourraient souhaiter contester, légitimement.

La mise à niveau effectuée par le traité portant Constitution pour l'Europe entraîne des conséquences importantes sur ce point. La disparition des piliers intergouvernementaux soumet la « législation-cadre » qui régira la confiance mutuelle au droit commun du contrôle de la légalité des actes de l'Union. Ce contrôle normalisé éclaire deux problématiques complémentaires concernant le contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle : celle bien sûr du contrôle des actes pris dans le cadre du chapitre IV de la troisième partie du traité, consacrée à l'espace de liberté, de sécurité et de justice (b) mais aussi celle du contrôle des actes pris dans le cadre de l'action extérieure de l'Union et qui emportent des conséquences sur le plan de la confiance mutuelle (a).

<sup>7</sup> Pour un constat : DONY, M. et BRIBOSIA, E. (dir.), *op. cit.*, et notamment LABAYLE, H. « Les nouveaux domaines d'intervention : l'espace de liberté, de sécurité et de justice », p. 73 et s.

<sup>8</sup> En l'état, l'expiration du délai de transposition concerne la seule décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. Voy. également la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JO*, n° L 196, 2 août 2003 p. 45 ; la décision-cadre du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, *JO*, n° L 76, 22 mars 2005, p. 16.

a) *Le contrôle des mesures restrictives prises dans le cadre de la PESC*

La confiance mutuelle entre les appareils judiciaires de l'Union ne repose pas exclusivement sur les principes et les mécanismes mis en œuvre dans le cadre de l'ex-troisième pilier. Bien au contraire, la confiance mutuelle peut être décrétée dans un cadre différent et les instruments de l'entraide répressive peuvent être mis au service de ces options politiques et ainsi réduits au simple rôle de l'exécutant. La lutte contre le terrorisme international ou interne à l'Union européenne symbolise bien cette fonction instrumentale assignée à l'entraide répressive <sup>9</sup> et elle fut l'occasion de s'interroger sur le contrôle juridictionnel d'une telle action de l'Union, essentiellement fondée sur le pilier Politique étrangère et de sécurité commune (PESC).

Le problème est apparu à compter de l'instant où la dimension externe de l'ELSJ s'est pleinement déployée, dans la lignée de l'invitation des conclusions de Tampere. Elle a donné lieu à une coopération répressive fondée sur la confiance mutuelle à la fois entre Etats membres à l'intérieur de l'Union mais aussi avec des partenaires extérieurs à l'Union. Le contrôle de la légalité des actes concrétisant cette confiance mutuelle s'est alors posé dans la mesure où, précisément, l'intervention de la Cour de justice était exclue en matière PESC en vertu de l'article 46 TUE. La lutte contre le terrorisme et les «listes» auxquelles elle a donné naissance ont ainsi fait prendre conscience d'un problème difficilement admissible dans une Communauté de droit. Les conséquences pénales de telles inscriptions sont en effet placées sous l'emprise d'une position commune PESC qui est elle-même exclue du contrôle de la juridiction communautaire. D'où l'impossibilité d'un contrôle, carence résumée dans un constat peu glorieux tiré par la juridiction communautaire à l'égard de requérants individuels l'ayant saisie: «force est de constater que ces derniers ne disposent probablement d'aucun recours juridictionnel effectif, que ce soit devant les juridictions communautaires ou devant les juridictions nationales à l'encontre de l'inscription de Segi sur la liste des personnes, groupes ou entités impliqués dans des actes de terrorisme» <sup>10</sup>. Une réponse du traité constitutionnel était donc attendue sur ce point, qui ajoutait une pression supplémentaire aux questions déjà posées par le contrôle juridictionnel de la JAI.

Le Cercle de discussion sur la Cour de justice auprès de la Convention a longuement débattu des options en présence, opposant le *statu quo* à l'admission d'une compétence générale ou partielle de la Cour. Cette dernière était d'autant plus plausible que les actes nationaux d'exécution restent redevables du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme et qu'il ne s'agissait pas d'offrir l'impunité. L'argument de l'extension de la confiance mutuelle à des partenaires externes poussait d'ailleurs dans le sens de l'admission du contrôle juridictionnel. La suggestion de l'utilisation de la seule procédure préjudicielle avait à cet égard un certain nombre de

---

<sup>9</sup> Voy. nos observations in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003 p. 15 et s.

<sup>10</sup> TPI, ordonnance du 7 juin 2004, aff. T-338/02, *Segi*, point 35.

partisans. L'idée générale, sans qu'il y ait consensus, se retrouvait dans « l'opportunité d'étendre la compétence de la Cour de justice à des mesures restrictives en application des décisions PESC pouvant affecter des personnes autrement que sur le plan économique »<sup>11</sup>.

Le traité constitutionnel retient cette approche dans son article III-376. Ce dernier dispose que « la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente au regard des articles I-40 et I-41, des dispositions du titre V, chapitre II, concernant la politique étrangère et de sécurité commune et de l'article III-293 en tant qu'il concerne la politique étrangère et de sécurité commune. Toutefois, la Cour est compétente pour contrôler le respect de l'article III-308 et se prononcer sur les recours, formés dans les conditions prévues à l'article III-365, par. 4, concernant le contrôle de la légalité des décisions européennes prévoyant des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales adoptées par le Conseil sur la base du titre V, chapitre II ». L'admission du recours en annulation au profit des particuliers, même de manière restreinte, comble donc une lacune importante dans la protection juridictionnelle effective des particuliers même si elle peut apparaître insuffisante.

*b) Le contrôle juridictionnel du droit dérivé régissant la confiance mutuelle*

La question revient à s'interroger sur l'étendue du contrôle de légalité qui pèse sur les « lois-cadres » en vertu du traité constitutionnel. En vertu de l'article I-33 du traité constitutionnel, « la loi-cadre européenne est un acte législatif qui lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant au choix de la forme et des moyens », technique reprenant à son compte les caractères des directives communautaires et notamment leur absence d'effet direct.

Par ailleurs, la loi-cadre est très clairement désignée par le traité constitutionnel comme l'instrument privilégié de la construction de l'espace pénal européen et en particulier de la reconnaissance mutuelle. L'article III-270 de la Constitution indique ainsi que

« la loi ou loi-cadre européenne établit les mesures visant :

- a) à établir des règles et des procédures pour assurer la reconnaissance, dans l'ensemble de l'Union, de toutes les formes de jugements et de décisions judiciaires ;
- b) à prévenir et à résoudre les conflits de compétence entre les Etats membres ;
- c) à soutenir la formation des magistrats et des personnels de justice ;
- d) à faciliter la coopération entre les autorités judiciaires ou équivalentes des Etats membres dans le cadre des poursuites pénales et de l'exécution des décisions ».

Cet article ajoute dans son paragraphe 2 que

« dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière, la loi-cadre

---

<sup>11</sup> CONV 689/1/03 du 16 avril 2003, p. 3.

européenne peut établir des règles minimales. Ces règles minimales tiennent compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres. Elles portent sur :

- a) l'admissibilité mutuelle des preuves entre les Etats membres ;
- b) les droits des personnes dans la procédure pénale ;
- c) les droits des victimes de la criminalité ;
- d) d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, que le Conseil aura identifiés préalablement par une décision européenne».

Les modalités de contrôle juridictionnel des nouvelles «lois-cadres» sont donc déterminantes pour mesurer les conditions dans lesquelles la confiance mutuelle sera soumise au juge.

On sait les critiques frappant jusqu'ici l'exercice du recours en annulation de l'article 230 du traité communautaire et notamment les failles de son quatrième alinéa qui vise la situation des particuliers. Les débats de la Convention, et plus exactement ceux du Cercle de discussion qui fut consacré à la Cour de justice, ont ainsi été largement centrés sur la possibilité d'entrouvrir plus ou moins restrictivement la porte du prétoire de Luxembourg aux requérants individuels. Ces derniers sont aujourd'hui tenus de faire la preuve qu'ils sont «directement et individuellement» concernés par l'acte qu'ils entendent contester. Les objurgations de la doctrine comme les tentatives juridictionnelles d'élargissement du droit de recours individuel n'ayant pas été entendues par la Cour de justice à travers les contentieux *UPA* et *Jego-Quéré*, chacun attendait une réponse du traité constitutionnel <sup>12</sup>.

Cette réponse ne viendra pas, du moins sous la forme attendue par beaucoup. Les débats ont en effet opposé deux tendances nettement identifiées. D'une part, les tenants du *statu quo* ont fait valoir que les standards «essentiels» d'une protection juridictionnelle effective étaient respectés par l'Union européenne dans la mesure où la subsidiarité juridictionnelle confiait aux juridictions nationales le soin de garantir les droits des particuliers. Telle était notamment l'opinion de la Cour de justice <sup>13</sup>, faisant remarquer qu'il s'agissait là en définitive d'un «choix politique». D'autre part, la volonté d'ajuster à la marge les conditions de recevabilité des recours des particuliers a été également défendue en proposant des modifications de portée très différente. De l'ambition d'un recours spécifique en matière de protection des droits fondamentaux, à la mention des effets de l'acte contesté sur la situation juridique du requérant ou à la prise en considération de l'existence ou non de mesures d'exécution de l'acte contesté, plusieurs voies ont été explorées, dont celle consistant à remplacer le «et» de la formule «directement et individuellement» par un «ou» qui n'exigerait donc plus de cumul. A ce titre, la position exprimée par le président de la Cour de justice avait été remarquée car il indiquait que la question était «intimement» liée à celle de la distinction entre actes législatifs et actes réglementaires. De son point de vue, «si une telle hiérarchisation du droit dérivé devait se concrétiser, il semblerait indiqué de retenir une approche restrictive en ce qui concerne les recours

<sup>12</sup> Pour un exposé des critiques, voy. les remarques du texte de DE SCHUTTER, O.

<sup>13</sup> CONV 572/03 du 20 février 2003, p. 6.

des particuliers contre les actes législatifs et de prévoir une approche plus ouverte à l'égard des recours contre les actes réglementaires»<sup>14</sup>. La distinction entre les actes légiférant et ceux qui exécutent était donc au centre du problème, tout comme elle l'est en droit constitutionnel interne où l'acte législatif bénéficie fréquemment d'une immunité à l'encontre des contentieux individuels.

Les auteurs du traité constitutionnel se sont rangés à cette approche. Le libellé de l'article III-365 qui régit le recours en annulation persiste à en réserver le jeu complet à des requérants «privilegiés» ou «constitutionnels» dont les particuliers ne font pas partie<sup>15</sup>. Néanmoins son paragraphe 4 procède à un ajustement minimal en affirmant que «toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux paragraphes 1 et 2, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution», suivant en cela le compromis proposé par Antonio Vitorino lors des travaux du Cercle de discussion. Il est facile d'en mesurer les conséquences pour ce qui est de la reconnaissance et de la confiance mutuelle.

En premier lieu, tout contrôle direct de la légalité des mesures générales instituant la confiance mutuelle à l'initiative des particuliers demeure exclu. Etablie sur la base de «lois-cadres» dépourvues d'effet direct et réclamant par nature des mesures d'exécution, la confiance mutuelle ne pourra donc pas être contestée directement par des particuliers. L'ouverture du traité constitutionnel ne concerne que les actes «réglementaires» dépourvus de mesures d'exécution et concernant «directement» ces particuliers, c'est-à-dire des mesures emportant interdiction les affectant. Il n'y a donc guère de progrès dans la protection juridictionnelle à ce stade. Néanmoins, en second lieu, la suggestion du Cercle de discussion concernant l'étendue des actes concernés par le contrôle de légalité a été retenue par les auteurs du traité constitutionnel. Ainsi, face à la critique affectant le contrôle de la légalité des organes «satellites» du triangle institutionnel et qui a donné lieu maintes fois à débats, par exemple à propos d'Europol, l'article III-365 marque une avancée notable. Il indique ainsi dans son paragraphe 1 que la Cour «contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers», précision rassurante aussitôt assombrie par la lecture du paragraphe 5 qui permet une restriction en ce domaine<sup>16</sup>. Quoi qu'il en soit, la disparition des «piliers» associée à l'extension du contrôle juridictionnel ainsi réalisée, devrait permettre un contrôle de légalité sur les actes réglementaires d'exécution de la confiance mutuelle remplissant les critères fixés par l'article III-365, par. 4 qui seraient arrêtés par de tels organes et autres «offices».

---

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>15</sup> A savoir les Etats membres, le Conseil, la Commission et le Parlement européen.

<sup>16</sup> Aux termes de cette disposition, «les actes créant les organes et organismes de l'Union peuvent prévoir des conditions et modalités particulières concernant les recours formés par des personnes physiques ou morales contre des actes de ces organes ou organismes destinés à produire des effets juridiques à leur égard».

A ce tableau contrasté, il faut apporter une touche supplémentaire, un bémol résultant du maintien de la réserve de souveraineté des Etats membres qui a été réaffirmée par le traité constitutionnel et sur laquelle on reviendra.

## 2. *La sanction des manquements étatiques*

Le contrôle des obligations pesant sur les Etats membres en matière de confiance mutuelle est également une caractéristique nouvelle ouverte par le traité constitutionnel. Si ce contrôle ne procède pas directement d'un acte volontaire des Etats membres, il résulte néanmoins de leur acceptation tacite d'un retour à la normale des voies contentieuses. Ce retour à la normale était l'un des enjeux implicites de la disparition du jeu des piliers intergouvernementaux qui avait pour utilité principale de leur point de vue de les soustraire au contrôle juridictionnel. La banalisation de la politique d'entraide répressive au sein de l'Union européenne entraîne donc logiquement la banalisation des solutions contentieuses applicables et l'admission du recours en manquement désormais gouverné par l'article III-362 du traité constitutionnel.

L'efficacité du recours en manquement a été largement discutée lors des travaux préparatoires de la Constitution européenne, moins d'ailleurs en ce qui concerne son principe, auquel chacun est demeuré fermement attaché, que quant à l'efficacité des constatations de manquement effectuées par la Cour de justice. L'hypothèse d'un renforcement du système de sanctions pécuniaires en cas d'inexécution des arrêts de la Cour a été au centre des débats tout comme l'hypothèse d'un raccourcissement et d'une simplification des étapes préalables à la saisine de la Cour. Cet ensemble convergent d'interrogations prend un relief particulier en ce qui concerne l'espace pénal européen et plus précisément le jeu du principe de confiance mutuelle.

En premier lieu, les termes du débat juridique sont désormais clarifiés quant à la source et à l'autorité constitutionnelles de ce principe de confiance mutuelle. Cette valorisation est loin d'être inutile, contrairement à ce que l'on pourrait croire. Chacun a en effet en mémoire les doutes exposés récemment par certains Etats membres quant à la réalité des obligations leur incombant, lors de l'audience devant la Cour de justice de l'affaire *Pupino*<sup>17</sup> concernant l'interprétation de la décision-cadre 2001/220 du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales. Confronté à la question de la possibilité d'entendre des mineurs à titre de témoins, le juge communautaire devra d'abord trancher l'exception d'irrecevabilité soulevée récusant l'existence d'une obligation d'interprétation conforme du droit national aux décisions-cadres de l'article 34 du TUE. En d'autres termes et malgré la clarté apparente des termes de cet article, cinq années après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le titre VI du traité sur l'Union ne fonderait selon certains Etats membres qu'une coopération interétatique impliquant que les actes pris en application de l'article 34 du TUE relèvent exclusivement du droit international public. Il ne pourrait emporter pour les juridictions nationales une obligation d'interprétation

---

<sup>17</sup> Voy. les conclusions de l'avocat général Kokott présentées le 11 novembre 2004, dans l'affaire C-105/03, *Procédure pénale c. Maria Pupino*.

conforme découlant du droit de l'Union du type de celles que la jurisprudence communautaire a péniblement dégagées à propos des directives communautaires. Si le statut des décisions-cadres peut ainsi être encore mis en doute par les signataires du traité, malgré les termes de l'article 34, par. 2 b) qui indique qu'elles «lient les Etats membres», et si ces mêmes signataires n'hésitent pas à mettre en avant les failles du contrôle juridictionnel de l'actuel troisième pilier pour prétendre que l'autorité du droit dérivé de l'Union doit en souffrir<sup>18</sup>, toutes les inquiétudes émises à propos de la réalisation de l'espace pénal européen sont justifiées. En définitive, nier que l'obligation de coopération loyale et de fidélité communautaire fondée sur l'article 10 du traité communautaire puisse jouer en matière répressive dans le cadre de l'Union témoigne de la fragilité des engagements souscrits. Désormais, ces arguties n'auront plus matière à être recevables grâce à l'intervention du texte constitutionnel.

D'abord, pour ce qui est de l'autorité du principe de confiance mutuelle, les hésitations sont levées par l'affirmation du principe de primauté du droit de l'Union dans le traité constitutionnel. Son article I-6 affirme que «la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des Etats membres» et une déclaration annexée au traité par la Conférence, la déclaration n° 1, précise que «l'article I-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance». Il n'y a donc aucun doute quant à la nature de l'obligation pesant sur les Etats membres : elle est constitutionnelle, et, qui plus est, la jurisprudence «existante» de la Cour de justice consacre solennellement le principe de confiance mutuelle depuis l'affaire *Gözütok*.

Ensuite, pour ce qui est de l'étendue de l'obligation qui en découle pour les Etats membres, l'article I-5, par. 2 du traité règle également la question sans ambiguïté : «en vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les Etats membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant de la Constitution. Les Etats membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant de la Constitution ou résultant

---

<sup>18</sup> Point 35 des conclusions précitées de l'avocat général Kokott : «Lors de l'audience, le gouvernement du Royaume-Uni a toutefois avancé que, en ce qui concerne les actes juridiques pris sur le fondement de l'article 34 UE, il n'existe pas, contrairement à ce qui est le cas en droit communautaire un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions. Selon lui, la légalité de ces actes ne peut faire l'objet d'un contrôle par le biais de la procédure préjudicielle que lorsque l'Etat membre concerné a reconnu, conformément à l'article 35, par. 2 UE, la compétence de la Cour pour statuer à titre préjudiciel. Selon le gouvernement du Royaume-Uni, il n'est pas non plus possible pour les particuliers d'exercer un recours direct. Le gouvernement italien a défendu un point de vue similaire. Il convient toutefois de rétorquer à cela que l'interprétation conforme n'aboutit pas à introduire de nouvelles règles mais présuppose que des règles existent déjà et que celles-ci sont susceptibles de faire l'objet d'une interprétation conforme à la décision-cadre – licite selon le droit national. Par conséquent, ce serait éventuellement par rapport aux dispositions du droit national susceptibles le cas échéant de faire l'objet d'une interprétation conforme qu'il conviendrait d'assurer une protection juridique».

des actes des institutions de l'Union. Les Etats membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union».

Sur ces bases réglées par le traité constitutionnel, deux indications se dessinent quant au contrôle juridictionnel pesant sur les Etats membres : les administrations nationales seront redevables de ce contrôle à l'instant de la transposition et les juridictions nationales ne sauraient pas davantage s'exonérer de leurs obligations.

L'obligation de transposition du droit dérivé instaurant la confiance mutuelle trouve un appui accru dans le traité constitutionnel, au regard de la jurisprudence traditionnelle de la Cour concernant la question de la transposition des directives et, demain, des lois-cadres. Cet impact se mesure d'ores et déjà à la lecture des premières évaluations des textes de droit dérivé en la matière. La transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen est exemplaire des difficultés qui attendent l'Union européenne sur ce terrain, comme le rapport de la Commission l'exprime à propos des choix effectués par les Etats pour exécuter les limitations posées par ce texte : « d'autres (Etats), toutefois, ont entendu procéder à cette limitation sans respecter la décision-cadre, que ce soit au regard de la procédure (article 32/CZ, LU, SI), du contenu de la limitation (CZ, LU) ou même de la date de prise d'effet (CZ). Dès lors les demandes d'extraditions que ces derniers continuent de présenter risquent d'être rejetées par les autres Etats membres. Ont de même enfreint leurs obligations les Etats membres qui ont réduit le champ matériel d'application, à raison soit des seuils minimaux de peine exigés (article 2/NL, AT, PL ; article 4-7b/UK), soit de certaines catégories d'infractions pour lesquelles ils ont rétabli (article 2/E, PL, SI) ou pris le risque de rétablir (EE, EL, FR) un contrôle de la double incrimination »<sup>19</sup>.

Le traité constitutionnel prend en compte cette source traditionnelle de résistance des Etats membres, avec l'innovation constituée par le paragraphe 3 de l'article III-362 relatif au recours en manquement. Ce dernier exprime l'attention de l'Union face au problème de la transposition effective de son droit dérivé. Il indique en effet que « lorsque la Commission saisit la Cour de justice de l'Union européenne d'un recours en vertu de l'article III-360, estimant que l'Etat membre concerné a manqué à son obligation de communiquer des mesures de transposition d'une loi-cadre européenne, elle peut, lorsqu'elle le considère approprié, indiquer le montant d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte à payer par cet Etat, qu'elle estime adapté aux circonstances. Si la Cour constate le manquement, elle peut infliger à l'Etat membre concerné le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte dans la limite du montant indiqué par la Commission. L'obligation de paiement prend effet à la date fixée par la Cour dans son arrêt ».

En sus et par delà la transposition du droit dérivé, l'obligation qui pèse sur les juridictions nationales en matière de confiance mutuelle n'est pas anodine non plus et elle est largement forgée par la jurisprudence existante de la Cour. Prendre

---

<sup>19</sup> Rapport de la Commission fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM (2005) 63, 23 février 2005, p. 3.

conscience de cette jurisprudence de la Cour de justice est indispensable pour évaluer les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle même s'il semble que l'on n'ait pas encore véritablement mesuré ses implications pour le juge national. Saisie de la question de savoir si l'on pouvait engager la responsabilité d'un Etat membre du fait de l'action fautive de ses juridictions, la Cour de justice a d'ores et déjà répondu par un considérant de principe : « le principe selon lequel les Etats membres sont obligés de réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire qui leur sont imputables est également applicable lorsque la violation en cause découle d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort, dès lors que la règle de droit communautaire violée a pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation est suffisamment caractérisée et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées. Afin de déterminer si la violation est suffisamment caractérisée lorsque la violation en cause découle d'une telle décision, le juge national compétent doit, en tenant compte de la spécificité de la fonction juridictionnelle, rechercher si cette violation présente un caractère manifeste »<sup>20</sup>. Dès lors, le comportement des juridictions nationales en charge de l'administration de la confiance mutuelle dans l'Union est susceptible de tomber sous le coup de cette jurisprudence, et l'on y reviendra.

Néanmoins, cette mise à niveau du contrôle de légalité n'est pas complète. Les auteurs du traité ont en effet pris soin de circonscrire l'étendue du contrôle juridictionnel de la Cour de justice comme ils l'avaient fait dans le traité d'Amsterdam. C'est ainsi que l'article III-377 spécifie à nouveau que « dans l'exercice de ses attributions concernant les dispositions des sections 4 et 5 du titre III, chapitre IV, relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, la Cour de justice de l'Union européenne 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 ».

### ***B. La banalisation de la collaboration préjudicielle***

Les débats relatifs à l'étendue du contrôle préjudiciel de la Cour de justice en matière d'entraide pénale ont été suffisamment nombreux pour que l'on puisse souligner sans difficultés les conséquences de la disparition des piliers intergouvernementaux.

De manière générale, l'amputation de la fonction préjudicielle de la Cour de justice réalisée à Amsterdam était facile à stigmatiser : d'une part, l'obligation de soumettre au renvoi préjudiciel n'était pas définie de manière identique pour tous les Etats membres l'ayant accepté et, d'autre part, une part non négligeable d'Etats avaient acquis le droit de se soustraire au contrôle. Les réponses de la Convention à cette critique étaient donc tout à fait déterminantes pour un jeu efficace de la confiance mutuelle.

---

<sup>20</sup> CJ, arrêt du 30 septembre 2003, aff. C-224/01, *Kobler*.

La mécanique préjudicielle est une pièce indispensable du processus de la reconnaissance mutuelle, du point de vue tant de l'interprétation du droit que de l'appréciation de sa légalité. Sur ce dernier point, chacun aura compris que l'admission du recours préjudiciel en appréciation de validité est, en l'état actuel des choses et faute d'admission d'un recours en protection des droits fondamentaux, la seule technique permettant de compenser les carences du contrôle de légalité. Les failles de la protection juridictionnelle effective des particuliers peuvent être rattrapées par ce biais. C'est néanmoins sur le terrain de l'interprétation uniforme du droit de l'Union et surtout de l'article I-42 du traité constitutionnel que le retour à la normale préjudicielle semble le plus prometteur.

L'exemple en a, d'ores et déjà, été fourni dans les deux affaires marquantes pour l'espace pénal européen que sont l'affaire *Pupino* suscitée par le tribunal de Florence et l'affaire *Gözütok* précitée. Celle-ci est exemplaire de la fonction du renvoi préjudiciel dans l'ordre juridique de l'Union. Autrement, comment en effet cerner la nature et l'étendue des obligations pesant sur les protagonistes de la confiance mutuelle, sans même parler de l'indispensable interprétation des actes de droit dérivé mettant le principe en œuvre ?

L'affirmation de la Cour de justice selon laquelle le principe *non bis in idem*, pourtant non mentionné par le traité sur l'Union mais simplement par la convention d'application de Schengen, « implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente » est déterminante. Elle est absolument décisive pour la compréhension du principe de confiance mutuelle <sup>21</sup>. Rendue dans une procédure préjudicielle mettant aux prises des juridictions allemande et belge, cette affirmation de principe est éclairée par la lecture des conclusions de l'avocat général Jarabo-Colomer. Ce dernier n'hésite pas à marteler l'impact de la construction d'un espace pénal commun : « cet objectif commun ne peut être atteint sans la confiance réciproque des Etats membres dans leurs systèmes de justice pénale et sans la reconnaissance mutuelle de leurs décisions respectives, adoptées dans un véritable « marché commun des droits fondamentaux ». En effet, cette reconnaissance repose sur l'idée que, même si un Etat ne traite pas une affaire donnée de façon identique, voire analogue à un autre Etat, les résultats sont tels qu'ils sont considérés comme équivalents aux décisions de ce dernier, parce qu'ils répondent aux mêmes principes et valeurs. La confiance mutuelle est un élément fondamental du processus évolutif dans lequel est engagée l'Union européenne, en ce qui concerne non seulement le caractère approprié des règles des partenaires, mais aussi l'application correcte de ces règles » <sup>22</sup>.

Parce que les racines du principe de confiance mutuelle sont moins juridiques que politiques, l'intervention préjudicielle de l'interprète authentique du traité constitutionnel que sera désormais pleinement la Cour de justice est particulièrement

<sup>21</sup> Considérant 33.

<sup>22</sup> Point 124 des conclusions précitées.

importante. En premier lieu, parce que l'inscription de ce principe à valeur constitutionnelle appelle inévitablement des précisions que seul le juge de l'Union peut apporter. En second lieu, car cette reconnaissance tardive du rôle de la Cour de justice permettra une mise en perspective et en symbiose de l'ensemble du droit de la confiance mutuelle, curieusement constitué d'abord de ses normes d'application matérielles avant que son affirmation constitutionnelle n'ait été posée. Enfin, car la collaboration juridictionnelle qui est la marque caractéristique du renvoi préjudiciel exigeait évidemment de jouer à plein précisément dans un domaine spécifiquement consacré à la coopération entre appareils de justice.

Sans doute alors est-ce pour cette raison que la géométrie variable qui présidait à la fonction préjudicielle n'a pas véritablement fait l'objet de débats serrés au cours de la Convention, dès lors que la convergence des critiques sur ce point a convaincu le groupe de travail en charge de la JAI d'en banaliser le traitement contentieux. Les Etats membres en situation de dérogation comme les nouveaux Etats membres se trouveront donc désormais sur un pied d'égalité au sein de l'Union. On en mesure aisément les avantages à l'instant où les instruments de la confiance mutuelle tels que les lois-cadres, appelleront d'inévitables précisions quant à leur statut au même titre que l'ensemble de l'acquis législatif devra passer au crible du principe constitutionnel pour trouver sa cohérence.

Pourtant, il ne faut pas sous-estimer l'ampleur des interrogations et la somme des difficultés qui attendent la Cour de justice. Les travaux du Cercle de discussion avaient entendu leur inventaire tiré par les Pays-Bas, composé d'arguments plus ou moins convaincants. A n'en pas douter, le pragmatisme de certaines inquiétudes ne doit pas être sous-estimé, y compris mécaniquement du simple fait de la mise à niveau uniforme de la procédure préjudicielle dans une quinzaine d'Etats membres et de la nouveauté de l'usage des instruments de mise en œuvre de la confiance mutuelle.

L'augmentation de la charge de travail du juge communautaire du simple fait de sa prise en considération des questions préjudicielles liées à l'espace pénal européen a, d'abord, toutes les chances d'être considérable pour des raisons élémentaires de volume, de multiplication des renvois, de traduction, de prise en compte d'un acquis législatif venant justement à maturation. Elle pèsera lourdement sur l'efficacité du dispositif relatif à la confiance mutuelle. Dans la mesure où l'issue de la procédure préjudicielle commande la solution du litige au plan national, on devine les conséquences de la paralysie judiciaire nationale dans l'attente de la décision de la Cour de justice, quand bien même la productivité de la Cour se serait améliorée <sup>23</sup>...

Or, justement, l'objectif de la confiance mutuelle est précisément d'accélérer en les automatisant les mécanismes d'entraide et il va donc de soi qu'un tel ralentissement est en parfaite contradiction avec l'inspiration principale de la confiance mutuelle. C'est la raison pour laquelle un statut particulier a été reconnu à ce type de questions dans le cadre du traité constitutionnel, *a minima* et dans le cas où le silence du juge posera le plus de difficultés. L'article III-369 b) relatif à la procédure préjudicielle indique ainsi sans davantage de précision que «si une telle question est soulevée

---

<sup>23</sup> Passant de vingt-cinq à vingt-trois mois pour une affaire préjudicielle.

dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais», notion qu'il faudra bien préciser pour être en accord avec l'intention des auteurs du traité.

Si l'on ajoute à ces interrogations la certitude que la reconnaissance de la valeur juridique de la charte aura, selon toutes les probabilités et au moins dans un premier temps, vocation à déclencher un afflux de questions préjudicielles, on mesure les défis qui se présentent à la Cour en matière de coopération avec les juridictions nationales. Or, le rôle essentiel du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle est réservé à ces juridictions internes...

### **3. La logique du contrôle juridictionnel national : une perspective problématique**

Si l'on suit la lettre du principe de confiance mutuelle, tel qu'affirmé par le traité constitutionnel, l'identification de son destinataire ne laisse place à aucun doute : il s'agit du juge national. Que ce juge national s'interroge sur les conditions dans lesquelles il est amené à accorder sa confiance à un autre système judiciaire ne choque pas, dans son principe (A). Néanmoins, les risques ouverts par cette subsidiarité juridictionnelle ne sont pas négligeables et ils appellent une régulation (B).

#### **A. La subsidiarité du contrôle juridictionnel national**

Le débat sur la subsidiarité du contrôle juridictionnel est un débat de principe. Puisqu'aux termes de l'article I-42, l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice, notamment en «favorisant la confiance mutuelle entre les autorités compétentes des Etats membres en particulier sur la base de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extra-judiciaires», il est difficile de nier la place prépondérante que doivent tenir les acteurs de terrain que sont les juges nationaux. Les instruments de droit dérivé mettant en œuvre le principe de confiance mutuelle sont conçus dans cet esprit et ils n'écartent en rien la possibilité d'un contrôle juridictionnel national. La décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen l'exprime avec clarté : «les décisions relatives à l'exécution du mandat d'arrêt européen doivent faire l'objet de contrôles suffisants, ce qui implique qu'une autorité judiciaire de l'Etat membre où la personne recherchée a été arrêtée devra prendre la décision de remise de cette dernière»<sup>24</sup>.

Par ailleurs, il est très significatif que les auteurs du traité constitutionnel aient complété l'article I-29 consacré à la Cour de justice en y intégrant une obligation directement tirée de la jurisprudence *UPA* de juillet 2002 en vertu de laquelle «les Etats membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union». La subsidiarité du contrôle juridictionnel national ne saurait donc être discutée.

Ce contrôle juridictionnel national repose sur une réalité partagée par tous les systèmes juridiques, celle de la vérification de sa propre compétence par le juge national, dès lors que les textes de droit dérivé organisent cette dernière en lui

---

<sup>24</sup> Considérant 8.

commandant de donner effet à la demande d'un autre système judiciaire (1). En revanche, cette vérification pose la question de sa limite lorsque ces mêmes textes organisent également la possibilité de s'interroger sur le système judiciaire de l'Etat requérant la confiance (2).

### 1. *Les clauses établissant la compétence du juge national*

Dès les origines, la confiance mutuelle s'est établie sur la base de limites clairement fixées par le droit dérivé. Les textes qui organisent cette confiance mutuelle optent non pas pour un principe général mais pour une liste de cas dans lesquels les Etats s'engagent à accorder leur confiance au partenaire les sollicitant. Néanmoins, aujourd'hui, chacun sait, d'une part, que le jeu de la confiance mutuelle n'a pas relégué le principe de double incrimination au rang des accessoires dépassés mais qu'il l'a pour l'instant aménagé et, d'autre part, que la réglementation des premières manifestations de cette confiance mutuelle est loin d'être maximale. C'est avec beaucoup de précautions que le législateur de l'Union s'est aventuré sur le terrain du mandat d'arrêt européen et des sanctions pécuniaires quant aux contraintes en résultant pour le juge national. Avant de reconnaître et de donner sa pleine autorité à une décision judiciaire d'un autre Etat membre afin de la prendre en compte, le juge national va procéder à plusieurs types de vérifications que le droit dérivé organise lui-même.

Le juge national, en premier lieu, vérifie que les rubriques de la liste établie par le droit dérivé fondant la reconnaissance mutuelle sont effectivement satisfaites. Il s'agit donc là d'un contrôle que l'on peut qualifier de « positif » puisqu'il vise à satisfaire l'objectif de la législation de l'Union qui a précisément énuméré ces hypothèses. C'est ainsi que l'article 2 de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen et l'article 5 de celle relative aux sanctions pécuniaires déterminent leur champ d'application de manière quasiment identique, ce que les articles 6 du texte sur la confiscation et 3 de celui sur le gel des biens effectuent également. Il est donc élémentaire que le juge national, surtout lorsque le texte en question spécifie dans le même temps explicitement la mise à l'écart de la double incrimination, s'assure de sa compétence.

Le juge national, en second lieu, confronte son analyse aux motifs qui sont susceptibles de justifier soit de manière obligatoire, soit de manière facultative, sa non-exécution ou sa non-reconnaissance de la demande. Là, évidemment son contrôle est « négatif » puisqu'il s'agit d'exclure le jeu de la confiance mutuelle, parfois de manière obligatoire. L'article 3 de la décision sur le mandat d'arrêt européen indique ainsi que « l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'exécution *refuse* l'exécution du mandat d'arrêt européen » dans un certain nombre de cas énumérés ensuite tandis que l'article 7 du texte sur le gel des avoirs procède autrement en indiquant que « les autorités judiciaires compétentes de l'Etat d'exécution *ne peuvent refuser* la reconnaissance ou l'exécution de la décision de gel » que dans un certain nombre d'hypothèses listées. A cet ensemble, viennent s'ajouter des cas où la non-reconnaissance ou la non-exécution est facultative, par exemple sur le terrain délimité par l'article 4 de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen.

La manière dont les Etats membres s'acquittent de leurs obligations à l'occasion de la transposition des instruments de droit dérivé est un premier indicateur de leur bonne volonté et de leurs arrière-pensées car il fournit des indices quant à l'automatisme plus ou moins relative qu'entend se ménager le système national. A ce titre, le rapport de la Commission relatif à la transcription du mandat d'arrêt européen est particulièrement instructif. La Commission indique ainsi que le nombre des motifs obligatoires de non-exécution tirés de la décision-cadre s'échelonne de trois à dix selon les Etats membres et que tous les Etats membres ont transposé les trois motifs de non-exécution obligatoire <sup>25</sup>. En revanche, les sept motifs facultatifs de refus ont conduit à des choix de transposition contrastés d'un Etat membre à l'autre, certains n'en ayant repris qu'une partie ou ayant laissé une plus grande marge d'appréciation à leurs autorités judiciaires, d'autres à l'opposé les ayant tous rendus obligatoires. Ce choix de transposition pose évidemment un problème s'il pousse à imposer aux autorités judiciaires d'exécution de poursuivre elles-mêmes plutôt que d'accepter le mandat d'arrêt, alors que des poursuites sont en cours dans l'Etat membre d'émission et que le texte a précisément pour vocation de parvenir à la livraison... La question classique en droit de l'extradition de la remise des nationaux est également une source éventuelle de difficultés au vu de certaines pratiques de transposition <sup>26</sup>.

Pire, l'examen des modalités de transposition effectué par la Commission fait également apparaître l'introduction de motifs non prévus par la décision-cadre. Ceux-ci ont pour effet de permettre au juge national de s'opposer au jeu du mandat d'arrêt <sup>27</sup>. Le contrôle juridictionnel n'est alors que l'aboutissement d'une résistance nationale directement imputable à l'Etat et l'on devine dans de tels cas les dilemmes du juge interne confronté au jeu du principe de primauté tel qu'interprété par le juge de l'Union européenne.

---

<sup>25</sup> Avec quelques exceptions (article 3-1/NL, UK) ou défauts (article 3-1/DK, IE) ; article 3-2/IE, UK).

<sup>26</sup> La plupart des Etats membres ont choisi de faire valoir cependant, à l'égard de leurs nationaux, la condition d'exécution de la peine sur leur territoire (articles 4-6 et 5-3), à quelques exceptions (IE, SK, UK). Ce faisant, la plupart des Etats membres ont opté pour un traitement égal de leurs nationaux et de leurs résidents. Des difficultés persistent néanmoins. Selon les informations de la Commission, il semble qu'il faille déplorer la pratique de certaines autorités judiciaires qui refusent l'exécution de mandats d'arrêt à l'égard des nationaux, en invoquant leur compétence (articles 4-2 et 4-7), sans pour autant mener elles-mêmes à terme les poursuites. Par ailleurs, un Etat membre a introduit une clause de réciprocité et une conversion de la peine infligée à ses ressortissants (article 4-6/CZ). Un autre a également considéré qu'il devait rétablir à l'égard de ses ressortissants le contrôle systématique de la double incrimination et conditionner leur remise à l'assurance qu'il pourrait convertir leur peine (article 5-3/NL).

<sup>27</sup> Par exemple, le refus pour cause de *non bis in idem* vis-à-vis de la Cour pénale internationale, permettant à certains Etats membres de combler une lacune de la décision-cadre ou en contrariété avec la décision-cadre (article 3/DK, MT, NL, PT, UK), telles que des motivations politiques, de sécurité nationale ou impliquant un contrôle au fond de l'affaire.

L'attitude du juge national au regard des instruments mis à sa disposition est également très révélatrice de son acceptation ou de sa réticence à devenir un acteur à part entière de ce « réseau » judiciaire. On peut l'évaluer dans les deux sens. Mais, la première hypothèse qui vient à l'esprit est celle du juge national répondant négativement et refusant de donner suite à la demande d'assistance. Chacun a peut-être ainsi à l'esprit l'affaire du mandat d'arrêt européen émis par l'Espagne et rejeté par la France après confirmation par la Cour de cassation. Loin d'être nécessairement une manifestation d'hostilité au procédé du mandat d'arrêt européen, cet exemple montre bien que la confiance mutuelle se construit progressivement. Après interpellation de trois ressortissants français en France, en vertu d'un mandat d'arrêt européen délivré par un juge d'instruction espagnol pour l'exercice de poursuites pénales du chef d'intégration dans une organisation terroriste, faits commis à Saint-Sébastien et Bayonne, la Cour d'appel de Pau avait refusé le 1<sup>er</sup> juin 2004 l'exécution du mandat d'arrêt européen. Le pourvoi en cassation du procureur général de Pau n'a pas convaincu la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a confirmé ce refus, le 8 juillet 2004. Il est néanmoins intéressant de constater que le juge de cassation refuse le mandat, non pas en s'adossant comme la Cour d'appel l'avait fait sur la nature des faits et sur la nationalité des intéressés, mais en s'appuyant sur leur commission partielle sur le territoire français<sup>28</sup> comme l'article 4, par. 7 de la décision-cadre transposé par l'article 695-24, 3<sup>o</sup> du Code de procédure pénale l'autorise.

On peut certes discuter de l'opportunité d'une telle appréciation, tout en rappelant que la décision-cadre ne contient en rien une obligation de poursuivre en cas de non-exécution, étant en cela en retrait du droit conventionnel relatif au terrorisme. On peut même le regretter lorsque l'on réalise que les mouvements auxquels appartenaient les intéressés sont inscrits sur la liste des organisations terroristes de l'Union et continuent cependant à avoir impunément pignon sur rue sur le territoire français. Il n'en reste pas moins qu'en droit et au regard des termes de la décision-cadre, la décision est fondée.

## 2. *Les clauses relatives aux droits fondamentaux*

Beaucoup plus problématiques sont les questions relatives au respect des droits fondamentaux par l'Etat demandeur de confiance mutuelle. Elles mettent en définitive le juge national en position de se placer en juge des droits fondamentaux dans cet Etat d'émission lorsqu'il s'oppose pour ce motif à l'exécution. Ici encore, la montée de ces préoccupations se traduit progressivement par leur inscription dans le droit dérivé et elle est paradoxalement proportionnelle à la prise en compte des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Le contrôle juridictionnel national s'effectuant au regard de ce droit dérivé, la querelle doit donc être tranchée.

Au delà des questions de principe qui font qu'effectivement, chaque Etat membre est directement et individuellement responsable du respect des obligations internationales qu'il a contractées en matière de droits fondamentaux, et notamment au regard de la CEDH, la confiance mutuelle dépend évidemment d'un attachement

---

<sup>28</sup> Motifs qualifiés par la Cour de « surabondants » et dont elle fait « abstraction ».

partagé à des valeurs communes, il n'est pas besoin d'y revenir. A ce rappel, il convient d'ajouter un autre argument directement lié à la situation interne de l'Etat, à la conception qu'il se fait de son « ordre public », c'est-à-dire des valeurs fondamentales sur lesquelles son administration de la justice repose. S'interrogeant sur cette dimension de sa propre compétence, le juge national est susceptible de faire obstacle à la confiance mutuelle pour cette raison aussi. Autrement dit, les préoccupations relatives à la protection des droits fondamentaux sont de deux ordres : de manière générale, les valeurs communes qui unissent les Etats membres de l'Union et s'expriment dans l'article 6 du traité fondent et délimitent tout à la fois la confiance mutuelle et, de manière spécifique, l'administration de la justice repose sur des principes fondamentaux que le juge national doit respecter. Le droit dérivé fournit désormais un appui aux Etats membres désireux d'encadrer le jeu de la confiance mutuelle pour cette raison.

Les auteurs de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen étaient évidemment conscients de la difficulté. Ils avaient essayé de la contourner de différentes manières, sans l'éliminer pour autant. Le considérant 10 du texte indique de la sorte que « le mécanisme du mandat d'arrêt européen repose sur un degré de confiance élevé entre les Etats membres » ne pouvant être suspendu « qu'en cas de violation grave et persistante par un des Etats membres des principes énoncés à l'article 6, par. 1, du traité sur l'Union européenne, constatée par le Conseil en application de l'article 7, par. 1, dudit traité avec les conséquences prévues au paragraphe 2 du même article ». Ainsi formulé, l'obstacle de la protection des droits fondamentaux paraissait donc être réduit à des cas exceptionnels et l'Union faisait le pari de la solidité du socle de valeurs communes. Pourtant, l'article 1, par. 3 de la décision-cadre éprouve le besoin de concrétiser le rappel effectué dans les considérants 12, 13 et 14 du texte <sup>29</sup> en indiquant

---

<sup>29</sup> Considérant 12 : « La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1), notamment son chapitre VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y 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 son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons.

La présente décision-cadre n'empêche pas un Etat membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives au respect du droit à un procès équitable, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias » ; considérant 13 : « Nul ne devrait être éloigné, expulsé ou extradé vers un Etat où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants » ; considérant 14 : « Tous les Etats membres ayant ratifié la convention du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, il convient que les données à caractère personnel traitées dans le cadre de la mise en œuvre de la présente décision-cadre soient protégées conformément aux principes de ladite convention ».

de surcroît que la « 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 ».

Ce souci s'est vérifié dans les opérations nationales de transposition puisque les deux tiers des Etats membres ont choisi d'introduire expressément, sous des formes diverses, ces dispositions, parfois en outrepassant ce cadre <sup>30</sup>. Qui plus est, la Commission note même qu'à cette occasion certains Etats membres n'ont pas hésité à introduire de nouvelles protections non prévues par le texte. Il importe plus encore de souligner l'introduction d'autres causes de refus, en contrariété avec la décision-cadre, « telles que des motivations politiques, de sécurité nationale ou impliquant un contrôle au fond de l'affaire » <sup>31</sup>. A ces considérations générales relatives à la protection des droits fondamentaux, s'ajoutent naturellement les éléments spécifiques de la décision-cadre qui visent à protéger les droits de l'intéressé au regard des standards de la procédure pénale <sup>32</sup> et qui ont permis en son temps à la négociation d'aboutir.

La décision-cadre sur l'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve du 22 juillet 2003 reprend pour l'essentiel la motivation retenue à propos du mandat d'arrêt <sup>33</sup>. Elle met cependant un cran supplémentaire aux exigences nationales, après diverses tentatives pour exclure l'exécution dans le cas où elle ne serait pas conforme aux principes fondamentaux du droit national de l'Etat d'exécution. Cette préoccupation se traduira par la réserve exprimée dans l'article 5, par. 1 : « lorsqu'il est nécessaire de garantir que les éléments de preuve obtenus sont valables et pour autant que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat d'exécution, l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution observe, lors de l'exécution de la décision de gel, les formalités

---

<sup>30</sup> EL, IE, CY.

<sup>31</sup> Rapport précité, p. 5, article 3/DK, MT, NL, PT, UK.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 5 : tous les Etats membres ont transposé dans l'ensemble les dispositions de la décision-cadre relatives aux droits de la personne recherchée (article 11), le degré de détails pouvant varier d'un Etat membre à l'autre, notamment s'agissant de l'expression du consentement. Les insuffisances demeurent rares néanmoins, tenant surtout à des imprécisions procédurales (article 13/DK, LV, PL, PT ; article 14/DK). Il convient enfin de souligner que la facilitation née du mandat d'arrêt bénéficie également aux personnes concernées, qui en pratique consentent à leur remise désormais dans plus de la moitié des cas rapportés.

L'évaluation du mandat d'arrêt au regard de la garantie des droits fondamentaux conduit en effet à comparer la situation actuelle avec celle qui précédait. Plusieurs points positifs méritent d'être soulignés. La décision-cadre est plus précise en ce qui concerne le *non bis in idem*. Elle a renforcé le droit à l'assistance d'un avocat (articles 11-2, 12-2, 27-3 et 28-2), à l'examen de l'opportunité du maintien en détention provisoire (article 12), ainsi qu'à la déduction du montant de la condamnation de la période de privation de liberté subie (article 26). Plus généralement, par sa rapidité d'exécution, le mandat d'arrêt contribue à un meilleur respect du « délai raisonnable ». Par son efficacité, notamment pour obtenir la remise des ressortissants d'autres Etats membres, il facilite la décision de remettre en liberté provisoire les personnes quel que soit leur lieu de résidence au sein de l'Union européenne (article 12).

<sup>33</sup> Considérant 6 et article 1.

et procédures expressément indiquées par l'autorité judiciaire compétente de l'Etat d'émission». Reprise de l'article 4, par. 1 de la convention de 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, la formulation restrictive du «pour autant» indique bien la nature des arrière-pensées des Etats membres : la protection de l'ordre public procédural national.

La proposition de décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires déposée par trois Etats membres en septembre 2001 se contentait sobrement d'une allusion à la CEDH dans son considérant 4. Puis, au fur et à mesure que la négociation s'est avancée, les pressions britanniques et allemandes ont conduit à prendre en considération les questions relatives aux droits fondamentaux. Le texte final fait ainsi apparaître un considérant 5 reprenant classiquement les termes de ses homologues précédents, tandis qu'un article 3 spécifie le même principe que les articles premiers de ses prédécesseurs : «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». A cela, le résultat des pressions allemandes s'ajoute dans un article 20, par. 3 : «chaque Etat membre peut, lorsque le certificat visé à l'article 4 donne à penser que des droits fondamentaux ou des principes juridiques fondamentaux définis par l'article 6 du traité ont pu être violés, s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la décision. La procédure prévue à l'article 7, par. 3, est applicable». Très clairement ici, la clause des droits fondamentaux apparaît comme un obstacle à l'exécution.

Cette montée en puissance s'explique en réalité par la négociation d'un autre texte, celui relatif à l'exécution des décisions de confiscation, qui a été l'occasion pour la délégation allemande de formaliser de manière plus générale les interrogations surgies à propos de l'obligation de respecter les droits fondamentaux : risque de contradictions entre droits garantis, recherche d'un dénominateur commun entre Etats membres, proposition d'un questionnaire à cet effet. Outre le considérant «classique», un considérant novateur est apparu alors : «la coopération entre les Etats membres, fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle et de l'exécution immédiate des décisions judiciaires, repose sur la certitude que les décisions à reconnaître et à exécuter sont toujours rendues dans le respect des principes de légalité, de subsidiarité et de proportionnalité. En outre, ladite coopération présuppose que les droits accordés aux parties ou aux tiers intéressés de bonne foi soient préservés. Dans ce cadre, il convient de veiller dûment à empêcher que n'aboutissent des demandes formulées de mauvaise foi par des personnes physiques ou morales»<sup>34</sup>.

Une seconde obligation s'est alors ajoutée à celle de faire respecter les droits fondamentaux de l'article 6 du traité : «celle de les faire respecter par les autorités judiciaires des Etats membres». Le contrôle juridictionnel national trouve donc désormais un fondement obligatoire dans le droit dérivé de l'Union. Est-il alors nécessaire de dire à quel point il est indispensable d'établir une régulation de ce

---

<sup>34</sup> Considérant 9.

dispositif sous peine de ruiner l'ensemble du dispositif par un retour au consensualisme intergouvernemental que les juridictions nationales seraient fondées à exprimer au gré de leurs humeurs ?

### **B. La régulation du contrôle juridictionnel**

Deux hypothèses de régulation juridictionnelle viennent immédiatement à l'esprit, à l'examen du droit positif comme des projets en cours. La première forme de régulation, naturelle et obligée, est celle du recours à la Cour de justice par la voie préjudicielle (1). La seconde, tout aussi logique au vu de la matière et des références qui lui sont faites, est celle de la référence à la convention européenne des droits de l'homme et à son juge (2).

#### *1. La régulation préjudicielle par la Cour de justice*

C'est à la lumière des risques ouverts par un jeu débridé de la subsidiarité juridictionnelle que l'on comprend tout l'intérêt de l'intervention préjudicielle de la Cour de justice. Sous couvert d'interprétation du traité ou du droit dérivé ou bien d'appréciation de validité de ce dernier, c'est en réalité de régulation du système juridictionnel de l'Union qu'il est question. L'office national du juge interne ne doit pas prendre le pas sur son office européen, sur le rôle central qu'il occupe en matière de confiance et de reconnaissance mutuelle, qu'il s'agisse d'accorder sa confiance ou de l'inspirer. Seule la juridiction communautaire nous paraît en mesure d'assurer cette fonction de régulation sans qu'il soit certain qu'elle dispose de tous les paramètres pour le faire.

L'avocat général Jarabo-Colomer l'exprimait très bien à propos de la confiance mutuelle dans l'affaire *Gözütok* : « les principes d'égalité et de confiance mutuelle doivent présider à l'application du *ius puniendi* par les partenaires, afin de préserver l'ordre social européen, tout en garantissant les droits fondamentaux et les libertés publiques sur lesquels sont fondés les systèmes juridiques de l'Union et des Etats qui la composent »<sup>35</sup>. Il importe donc que le juge de l'Union garantisse le jeu harmonieux de tels principes avec désormais d'autant plus de force, d'une part, que ce principe de confiance mutuelle doit trouver une traduction véritablement juridique et que, d'autre part, le juge dispose d'un certain nombre de points d'appui pour y parvenir.

La traduction juridique du principe de confiance mutuelle ne saurait être l'œuvre du juge national quoi que l'on en dise et sans doute pas davantage celle du législateur de l'Union. Tant que le juge constitutionnel de l'Union n'aura pas validé l'interprétation, la portée et la compatibilité d'un tel principe de confiance mutuelle au sein du droit de l'Union, dont font partie les droits fondamentaux, l'incertitude, source d'insécurité juridique, demeurera. En somme, l'équivalent de la jurisprudence *Cassis de Dijon* est désormais à construire de façon harmonieuse.

Cette construction doit d'abord se réaliser de manière positive. Il importe en effet que l'intervention de la Cour de justice permette au plus vite de placer le curseur des exigences au niveau adéquat, au sein d'un débat souterrain qui vise manifestement

---

<sup>35</sup> Point 133 des conclusions précitées.

à mettre en concurrence les standards nationaux, les standards européens et ceux de l'Union. A ce titre, la tentative grandissante des Etats membres de mettre en place un verrou lié à la protection des droits fondamentaux nationaux devra inévitablement être canalisée et la question de sa compatibilité avec le principe de confiance mutuelle être tranchée. Les enseignements tirés de la construction du marché intérieur et de la libre circulation des marchandises laissent à penser que les mêmes techniques de raisonnement doivent aboutir aux mêmes résultats. L'harmonie doit également être établie de manière négative. Il va de soi que la confiance mutuelle peut donner ici ou là prétexte à abus de droit ou à détournement de procédure, que la multiplication des appels à la confiance peut masquer des insuffisances procédurales ou des volontés déguisées de contourner des impératifs légaux nationaux, quand il ne s'agit pas d'expansionnisme de législations liberticides. Là encore, le juge de l'Union devra trouver l'équilibre entre la confiance et la défiance, et l'encadrement qu'il parviendra à dessiner sera la clé du succès de la confiance mutuelle.

Il dispose pour ce faire d'atouts importants dans son jeu, par delà les mécanismes contentieux. En premier lieu, le jeu de la charte des droits fondamentaux inscrite dans la deuxième partie du traité constitutionnel bouleverse la perspective de la confiance mutuelle. Postulant son équivalence avec les standards de la CEDH, appuyée sur les traditions constitutionnelles communes, elle constitue à l'évidence le point de rencontre susceptible de construire la confiance mutuelle et de désarmer les méfiances respectives. Dans ce « marché commun des droits fondamentaux »<sup>36</sup>, la charte des droits fondamentaux oblige à l'autonomie du raisonnement et contraindra les systèmes nationaux à l'excellence davantage qu'au dumping démocratique. En second lieu, les grands principes du droit de l'Union et notamment le principe de primauté réaffirmé par le traité dans le respect de la « jurisprudence existante » de la Cour offrent toute l'autorité indispensable au développement de la jurisprudence de la Cour. En clair, une véritable culture de la confiance mutuelle doit se développer dans l'Union, sous les auspices du juge.

Néanmoins, rien ne prouve que la Cour soit aujourd'hui véritablement en situation de jouer ce rôle si particulier en matière pénale. Sa charge de travail, un angle d'examen essentiellement axé sur le contrôle objectif de légalité ne sont peut-être pas suffisants pour lui permettre de répondre efficacement aux attentes du juge national la sollicitant. Hormis les hypothèses exceptionnelles de mise en cause d'un Etat pour violation flagrante des droits fondamentaux sur la base des articles I-2 et I-59, c'est plus vraisemblablement au quotidien de la procédure pénale que les problèmes principaux se poseront. A vouloir éviter que le juge interne se présente en juge des droits fondamentaux dans un autre Etat membre au nom de sa propre conception des choses, le juge de l'Union devra nécessairement faire prévaloir la lecture commune du « procès équitable », du « délai raisonnable » et de la décision de justice. Il devra délimiter la marge d'appréciation ou de manœuvre que le droit de l'Union consent à l'Etat d'exécution, c'est-à-dire s'immiscer dans l'action pénale.

---

<sup>36</sup> Conclusions Jarabo-Colomer précitées, point 124.

L'allusion faite par le traité à la question de la privation de liberté <sup>37</sup> témoigne de ce que les auteurs du traité constitutionnel sont prêts à cette mutation. L'aménagement des compétences qu'ils ont réalisé, pour important qu'il soit, n'est peut-être pas suffisant pour convaincre et c'est un bouleversement plus important de la fonction du juge qui se profile sans doute, sauf à voir monter en puissance d'autres organes de régulation tels qu'Eurojust. L'hypothèse basse est sans doute celle de la spécialisation d'une chambre, dont la perspective est désormais ouverte depuis le traité de Nice. Elle n'est sans doute pas suffisante si l'on prend en compte les particularités de l'action pénale où les intérêts des victimes, de l'accusé, de l'Etat de poursuite, de l'Etat d'exécution divergent par nature. Les caractères du contentieux européen n'y répondent pas de manière satisfaisante et la nécessité d'un saut qualitatif n'est pas inconcevable si l'on veut garantir la cohérence et surtout l'autorité de la solution dégagée par le juge de l'Union. C'est là la voie d'une juridiction pénale européenne que d'autres ont déjà esquissée <sup>38</sup>.

## 2. *La régulation a posteriori par la Cour européenne des droits de l'homme*

Certains préféreront les méthodes de réflexion plus classiques au nom de l'adage selon lequel c'est dans les vieux pots que se cuisinent les meilleures soupes. Ils se tourneront alors vers la Cour européenne des droits de l'homme et le dénominateur commun que constitue la convention dont elle a la garantie. Cette dernière est la meilleure preuve qui soit de la confiance mutuelle puisque, précisément, la confiance qui unit les Etats parties les a conduits à accepter cette ingérence suprême dans les affaires intérieures que constitue le recours inter-étatique qui permet à un Etat partie de saisir la Cour de la violation commise par un autre Etat partie.

Plusieurs facteurs expliquent l'attrait naturel pour une régulation effectuée sous les auspices de la Cour européenne des droits de l'homme. Le premier tient dans le droit commun fourni en matière d'administration de la justice pénale par la convention européenne et la jurisprudence qui la dynamise, sur la base des articles 5 et 6 notamment comme sur le terrain de la légalité et de la sécurité juridique. Fixant indubitablement aujourd'hui « l'ordre public constitutionnel » qui rassemble les Etats membres, inspirant l'ensemble des instruments qui gouvernent leur collaboration répressive, spécifiquement citée par bon nombre des règles touchant à la confiance mutuelle, la CEDH est également le garde-fou qui permet de dessiner les limites de cette confiance mutuelle. On est donc naturellement tenté d'en faire le pivot du dispositif.

Le second motif d'y avoir recours repose sur la force obligatoire du dénominateur commun qu'elle constitue. Cinquante années d'application ont permis au juge interne de se familiariser avec ses préceptes, y compris au niveau suprême, et d'y adapter progressivement les jurisprudences nationales et les comportements des acteurs.

<sup>37</sup> Article III-369.

<sup>38</sup> DE BIOLLEY, S. « Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale », *Actualités de droit pénal européen, Revue de droit pénal et de criminologie*, 2003 p. 195.

La fécondité de ces rapports mutuels conduit ainsi désormais les jurisprudences constitutionnelles à s'appuyer systématiquement sur la jurisprudence de Strasbourg. La force, l'ancienneté et la familiarité du lien juridique rendraient alors immédiatement opérationnelle une régulation dans ce cadre, à l'inverse de celui opéré sur la base de la charte des droits fondamentaux qui imposera inévitablement un temps d'observation et d'adaptation des institutions comme des Etats membres et de leurs juridictions.

A cet ensemble, il faut ajouter la proximité très grande qui unit actuellement le droit de l'Union et la CEDH, qui est appelée à se renforcer. Outre l'inspiration étroite qui a guidé l'élaboration de la charte des droits fondamentaux, la référence spécifique qu'elle contient quant à l'autorité et au niveau de protection procuré par la CEDH, seuil incompressible de garantie, il faut avoir conscience de ce que les perspectives de l'adhésion de l'Union à la CEDH entraînent.

Pourtant, l'argument n'est pas forcément convaincant, à plusieurs titres. D'un point de vue pragmatique d'abord, les modalités de l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme ne paraissent guère adaptées au besoin ressenti en matière de contrôle de la confiance mutuelle. Intervenant en fin de processus, lorsque toutes les voies de recours interne ont été épuisées, saisie par les individus et non par les instances judiciaires, ne procédant pas à un autre constat que déclaratoire de la violation commise par l'Etat mis en cause dans des conditions plus fragiles encore que l'arrêt en constatation de manquement de la Cour de justice, frappée d'une lenteur qui n'a rien à envier à celle de son homologue du Kirchberg, la mécanique de la Cour européenne des droits de l'homme ne paraît guère appropriée à un travail de la nature de celui qui est attendu. D'un point de vue politique ensuite, et malgré la révérence que l'on doit au juge de Strasbourg et quitte à exprimer une vision doctrinale minoritaire, tout laisse à penser que le besoin d'autonomie prendra nécessairement le pas un jour, après la prudence initiale, lorsque le juge de l'Union aura établi son contrôle sur la charte.

#### **4. Conclusion**

En conclusion, les perspectives ouvertes par le texte constitutionnel en matière de contrôle juridictionnel sont indéniablement plus convaincantes que le système actuel. Il n'est pourtant pas certain que l'ambition qu'elles traduisent soit perçue par les acteurs de la confiance mutuelle que sont les juges nationaux et assimilées politiquement par le justiciable. A l'instant de passer le gué de l'intégration, l'Union européenne pourrait donc payer chèrement le prix de ses errements passés et de son manque de clarté...



# Recherche recours préjudiciel désespérément

Emmanuel BARBE \*

## 1. Introduction

Qu'il semble loin – ce n'était pourtant qu'en 2001 – le temps où, dans un séminaire organisé par l'ULB à Bruxelles <sup>1</sup>, nous réfléchissions collectivement à ce principe nouveau de la reconnaissance mutuelle, proposé par les Britanniques au sommet de Tampere et soudain propulsé au statut de « pierre angulaire » de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice. A l'occasion de ce séminaire était d'ailleurs présenté le premier instrument de l'Union européenne fondé sur ce principe, le projet de décision-cadre sur le gel des avoirs et des éléments de preuve.

Le chemin parcouru en si peu d'années, surtout à l'aune des temps nécessaires par le passé, est impressionnant : depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004, les autorités judiciaires de l'Union européenne disposent d'un instrument essentiel fondé sur ce principe, le mandat d'arrêt européen. Le 2 août 2005 entrera en vigueur la décision-cadre sur le gel des avoirs et des éléments de preuve <sup>2</sup>.

La question du contrôle juridictionnel est donc d'actualité et le sera toujours plus au fur et à mesure que de nouveaux instruments fondés sur la reconnaissance mutuelle entreront en vigueur. Elle devrait déjà l'être puisque le rapport de la

---

\* Les idées ou opinions exprimées dans le présent article n'engagent que leur auteur et en aucun cas l'administration à laquelle il appartient.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> JO, n° L 196, 2 août 2003, p. 45.

Commission européenne <sup>3</sup> sur la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen ne dresse pas un bilan flatteur de la transposition opérée par les Etats membres : on constate que les infractions au droit européen sont nombreuses, parfois graves ; l'ensemble montre que le principe de reconnaissance mutuelle n'a pas toujours été assumé par les parlements nationaux ou par les gouvernements ayant préparé les lois, de sorte qu'un esprit chagrin pourrait se demander si l'idée a jamais véritablement quitté l'enceinte bruxelloise. Il suffit cependant de constater comment nombre de magistrats respectent l'esprit dans lequel le mandat d'arrêt européen a été conçu pour nuancer cette observation.

Dans ce panorama, et alors qu'un nombre déjà très important de mandats d'arrêt européens a circulé en Europe <sup>4</sup>, il est tout à fait surprenant qu'aucun recours préjudiciel n'ait encore <sup>5</sup> été soumis à la Cour de Luxembourg. Sans aller jusqu'à imaginer que l'autorité judiciaire de certains Etats membres questionne la Cour sur la légalité de législations internes conservant le système de l'extradition pour ceux des pays n'ayant pas transposé le mandat d'arrêt européen à la date de son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004, on aurait pu espérer mieux des juridictions nationales quant à l'application du mandat d'arrêt européen.

Plus largement, la performance des juges pénalistes en matière de recours préjudiciels à propos d'instruments pénaux européens est très décevante : ainsi, la convention de Schengen, ouverte à l'interprétation de la Cour depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, le 1<sup>er</sup> novembre 1998, n'a-t-elle fait l'objet que de deux recours, alors même que bien des Etats membres en font une application très contestable sur certains points <sup>6</sup>. Il convient également de signaler un recours préjudiciel <sup>7</sup> pendant relatif à l'application de la décision-cadre du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales <sup>8</sup>.

Il est donc important de s'intéresser aux causes de ce bien maigre bilan, d'autant que les Etats membres ne semblent pas, comme il était prévisible, avoir l'intention d'utiliser les prérogatives qui leur sont ouvertes par l'article 37 du traité sur l'Union européenne.

---

<sup>3</sup> Voy. l'annexe au rapport de la Commission sur la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen dans les Etats membres SEC (2005) 267, avec numérotation 6815/05 ADD 1 COPEN 42 du 1<sup>er</sup> mars 2005 du Conseil des ministres de l'Union européenne.

<sup>4</sup> Voy. *ibid.*

<sup>5</sup> Ce constat date du 1<sup>er</sup> mai 2005.

<sup>6</sup> Il est vrai qu'il a donné lieu à un arrêt particulièrement intéressant pour l'établissement du principe de reconnaissance mutuelle, de sorte que la qualité est présente à défaut de la quantité (CJ, 11 février 2003, aff. C-385/01, C-187/01, *Procédure pénale c. Klaus Brügge, Procédure pénale c. Hüseyin Gözütok, Rec.*, p. I-1345 et s.). Voy. également CJ, 10 mars 2005, aff. C-469/03, *Procédure pénale c. Filomeno Mario Miraglia*.

<sup>7</sup> CJ, aff. C-105/03, *Procédure pénale c. Maria Pupino* : l'arrêt de la Cour n'était pas rendu à la date du 9 avril 2005. Les conclusions de l'avocat général Kokott ont été présentées le 11 novembre 2004 et sont disponibles sur le site de la Cour : <http://curia.eu.int>.

<sup>8</sup> JO, n° L 82, 22 mars 2001, p. 1.

D'un point de vue institutionnel, Olivier de Schutter a démontré le caractère incomplet du dispositif prévu par le traité. Cette explication ne saurait constituer la cause exclusive d'une telle insuffisance, également l'apanage de pays dans lesquels le recours est le plus largement ouvert. C'est certainement dans les spécificités du secteur pénal, liées aux caractéristiques de ce contentieux (2) comme de ses acteurs (3) qu'il convient de rechercher une explication.

## **2. Les particularités contentieuses**

### **A. Une configuration défavorable**

#### *1. Le fardeau du contentieux*

La configuration du contentieux pouvant intervenir dans l'exécution d'un instrument fondé sur la reconnaissance mutuelle est doublement défavorable aux recours préjudiciels.

Le recours préjudiciel, faut-il le rappeler, doit être formé par l'autorité judiciaire nationale qui doit écarter sa propre loi en tant qu'elle serait contraire au droit européen. Dans le cas par exemple du mandat d'arrêt européen ou de la décision de gel, c'est donc à l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'exécution de saisir la CJ pour lui demander si elle peut écarter une disposition de sa législation nationale qui serait contraire à la norme européenne. Cette configuration n'est pas nécessairement la plus favorable parce que l'autorité judiciaire ayant, si l'on peut dire, « intérêt à la cause » est celle de l'Etat membre d'émission. Il faudra en revanche beaucoup de vertu à l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'exécution pour se lancer dans la rédaction d'un recours préjudiciel, quels que soient les efforts de la Cour de justice pour en simplifier l'exercice, au lieu de refermer son dossier en refusant la remise.

Le problème serait le même dans l'hypothèse où la loi de l'Etat membre d'exécution subordonnerait la remise à des conditions (par exemple, la fourniture de pièces ou de motivations) non prévues dans la décision-cadre. En effet, il est probable que l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'émission préférera fournir les éléments illégalement exigés (au regard de la décision-cadre s'entend) plutôt que de s'exposer à un refus de remise. Partant, quand bien même l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'exécution aurait l'intention de ne pas demander les pièces en saisissant la Cour, la légalité des dispositions lui demandant de le faire, on peut penser que ce serait l'autorité judiciaire de l'Etat membre d'émission qui prierait son collègue, tout en remettant les pièces nécessaires, pour éviter un refus de remise.

#### *2. Des parties étatiques*

L'un des grands ressorts du droit communautaire est l'intervention dans un procès de parties privées dont les avocats, souvent spécialisés en ces matières, invoquent la mauvaise transposition ou application du droit communautaire. Ceux-ci ont souvent été à l'origine des recours préjudiciels, en ayant, par la qualité de leur analyse, su convaincre le juge national, seul titulaire de ce droit, de formuler une demande à la Cour.

La coopération judiciaire, cependant, est par essence interétatique. Elle met en contact les autorités judiciaires de deux pays. Son objectif est de faciliter les investigations ou la remise d'une personne. Ce sont surtout ces autorités judiciaires

qui ont intérêt au respect du droit européen. En revanche, les personnes poursuivies ou condamnées dans le cadre d'une procédure donnant lieu à la mise en œuvre de la coopération judiciaire n'ont guère d'intérêt à faciliter les rapports entre les autorités judiciaires. Ainsi, l'avocat d'une personne demandée en vertu d'un mandat d'arrêt européen n'aura en général aucun intérêt à contester une législation nationale de transposition, à moins qu'elle n'outrepasse les conditions de remise prévues par la décision-cadre. Il pourrait aussi, comme c'est le cas pour les trois arrêts cités en introduction, revendiquer l'octroi de droits supérieurs à ceux prévus par la législation nationale de transposition (par exemple, contester la façon dont intervient l'interprète ou l'avocat). Ce n'est donc pas un hasard si les recours intentés dans les affaires *Gözütok-Brügge*, *Miraglia* et *Pupino* visent les uns et les autres à faire obtenir à un particulier le bénéfice d'un droit qui lui est octroyé par la législation européenne : dans les deux premiers cas, le bénéfice d'une décision constatant un cas de *non bis in idem*, dans le troisième, un droit procédural qui serait nié par une loi nationale alors qu'il est prévu dans une décision-cadre de l'Union européenne. La même logique, dans une certaine mesure, se retrouve dans l'affaire *Berlusconi et autres*. En juillet 2002, la loi italienne a partiellement dépenalisé l'infraction de faux bilan ou en a réduit les délais de prescription, mettant fin à toute une série de procès entamée de ce chef. Un certain nombre de juridictions italiennes ont alors décidé de saisir la CJ en soutenant que la loi pénale italienne était désormais en contradiction avec les normes de droit communautaire sur la protection de la sincérité des comptes. En l'espèce, les juges italiens qui ont intenté un recours préjudiciel l'ont fait sur réquisitions du ministère public, qui pour le compte agissait dans le même esprit qu'un avocat, c'est-à-dire en tentant de tirer ressource des possibilités du droit communautaire pour « sauver » ses poursuites.

Compte tenu de ces deux éléments, il est avant tout essentiel que les juges, qui bien entendu peuvent poser d'office une question préjudicielle, cessent de se considérer comme des juges nationaux pour se transformer en juges européens, en charge non pas de leur propre affaire, mais bien de l'établissement de l'espace judiciaire commun dont ils ont été dotés par la construction européenne et qu'il leur appartient de faire vivre.

### ***B. Luxembourg ou le délai non raisonnable de la décision***

Le délai moyen pour obtenir une réponse de la Cour à un recours préjudiciel est d'environ vingt-six mois. Or, que ce soit en matière d'investigations (par exemple pour une décision de gel) ou plus encore de remise des personnes dans le cadre du mandat d'arrêt européen, un tel délai est peu adapté.

Pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, une transposition incorrecte de la décision-cadre peut avoir deux effets : empêcher une remise qui serait due aux termes de la décision-cadre, ou, au contraire (hypothèse certainement plus improbable), rendre possible une remise qui ne devrait pas l'être (par exemple, l'autorité qui décide n'est pas judiciaire).

On voit bien, dans un cas comme dans l'autre, qu'un délai de vingt-six mois pour savoir quelle est finalement la décision devant être prise aura un impact sur la réalité de la possibilité d'intenter un recours préjudiciel. On peut en effet penser, mais cela

dépendra évidemment de chaque législation nationale, qu'il sera difficile, surtout dans la première hypothèse, de maintenir la personne en détention provisoire tout ce temps. Or, la pratique de l'extradition enseigne qu'en la matière, la détention provisoire en l'attente d'une remise est indispensable, sous peine de voir disparaître les personnes.

La Constitution pour l'Europe n'a pas ignoré ce problème : l'article III-369 dispose que si une question préjudicielle est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, « la Cour statue dans les plus brefs délais ». La mise en œuvre de cet article sera cruciale. Le programme de La Haye montre que le Conseil en est conscient.

Dans les affaires ne touchant pas à la liberté personnelle, un tel délai est évidemment plus supportable. Ainsi, dans l'arrêt *Gözütok-Brügge*, la question préjudicielle est introduite en mai 2001<sup>9</sup> et la décision rendue le 11 février 2003. Dans l'affaire *Berlusconi et autres*, la CJ n'a rendu son arrêt que le 3 mai 2005<sup>10</sup>. Si la Cour avait suivi la Commission européenne comme son avocat général<sup>11</sup>, elle aurait demandé au juge italien d'écarter la loi nationale, ce qui aurait entraîné la reprise des poursuites : difficile dans ces conditions de garantir aux personnes poursuivies un procès dans un délai raisonnable, à moins encore qu'un problème de prescription de l'action pénale n'ait surgi, ce qui ne serait guère plus satisfaisant.

Un problème analogue se pose en matière d'investigations. Imaginons qu'en application de sa loi nationale de transposition de la décision-cadre sur le gel des avoirs ou des éléments de preuves, une autorité judiciaire exige, conformément à sa loi nationale, la production de documents non prévus par la décision-cadre. Si les délais devant la Cour ne sont pas raisonnables, quel est le juge... raisonnable qui ne produira pas les documents exigés plutôt que d'attendre la décision hypothétique de la Cour de justice, à supposer d'ailleurs que le juge de l'Etat membre d'exécution se donne le mal de saisir la Cour sur ce point ?

### 3. Les magistrats pénalistes

#### A. Le magistrat pénaliste victime résignée ?

Le professeur Masset lors du colloque d'Avignon en 1999 comparait les juges émettant des commissions rogatoires internationales à des naufragés lançant les bouteilles à la mer. Les choses ont changé, bien entendu. Entre les magistrats de liaison, le Réseau judiciaire européen et Eurojust, les remèdes sont désormais nombreux. Une demande de coopération judiciaire peut, si tel le veut un juge, être un objet choyé et suivi. Pour autant, le délai de l'exécution et surtout sa qualité restent aujourd'hui très variables, pour des raisons sur lesquelles il n'est pas le lieu de s'étendre. Et c'est là où

---

<sup>9</sup> Même si la Cour prend le soin de préciser, dans sa relation, que le dossier lui est parvenu seulement début octobre.

<sup>10</sup> CJ, aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri*.

<sup>11</sup> Voy. les conclusions de l'avocat général Kokott du 14 octobre 2004 dans les affaires C-387/02, C-391/02 et C-403/02, accessibles sur le site de la Cour.

le bât blesse : les juges restent extraordinairement passifs face à la mauvaise exécution de leurs demandes. Le plus souvent, un juge qui n'obtient pas ce qu'il devrait obtenir subit la chose comme une fatalité. Son mode de protestation, si l'on peut dire, consiste en général à cesser de s'adresser au pays considéré en affirmant, le cas échéant dans une conférence, voire dans la presse, qu'avec « tel pays, cela ne marche pas ».

Peu nombreux sont donc (même si leur nombre augmente) les juges qui prennent le soin de signaler leurs difficultés à leur ministère, au magistrat de liaison, au Réseau judiciaire européen ou à Eurojust. Paradoxalement, cette attitude renforce encore ceux des Etats membres dont la coopération est déficiente : ils ont en effet beau jeu de proclamer qu'aucun problème n'est jamais apparu. Les négociations en matière d'entraide judiciaire pénale pâtissent de fait d'une insuffisante remontée des dysfonctionnements<sup>12</sup>. Il a été possible de le vérifier au moment de la discussion sur la double incrimination suscitée par la proposition française<sup>13</sup> à l'origine du protocole à la convention du 29 mai 2000. Aucune délégation en faveur de la suppression de la double incrimination ne pouvait citer un cas concret de problème lié à la double incrimination. Or, il ne fait aucun doute que ces cas existent<sup>14</sup>, mais les juges ne leur donnent pas l'écho nécessaire.

Tout se passe donc comme si dans l'esprit des magistrats pénalistes, habités par le principe de territorialité de la loi pénale, l'espace judiciaire européen constituait plus une sorte de communauté de bon vouloir qu'une communauté juridique fondée, à travers le respect des normes communes, sur des droits et sur des devoirs. Cela joue d'ailleurs dans les deux sens : souvent aussi des magistrats désireux d'offrir une meilleure coopération sont disposés à faire à peu près n'importe quoi du point de vue du droit international public. Cette avant-garde de bonne volonté pourrait s'exposer un jour à des déboires contentieux, lorsque des avocats, pas seulement suisses (où des cabinets sont spécialisés dans le contentieux à l'encontre des commissions rogatoires internationales provenant de l'étranger), se mettront à investir ce champ du droit.

### ***B. Des magistrats insuffisamment formés***

Le rédacteur de ces lignes appartient à un pays qui n'a pas à rougir du système de formation mis en place en matière d'entraide judiciaire pénale. L'Ecole nationale de la magistrature, appuyée par une production documentaire de qualité élaborée par le ministère de la Justice, dispense une excellente formation en matière de coopération judiciaire.

---

<sup>12</sup> On notera à cet égard que l'une des recommandations du premier cycle de l'exercice d'évaluation mutuelle de la coopération judiciaire instauré en application de l'action commune du 5 décembre 1997 est précisément relative à la carence des statistiques sur la coopération. Il est vrai que la transmission directe de l'article 53 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 complique notablement cette collecte.

<sup>13</sup> *JO*, n° C 243, 24 août 2000, p. 11.

<sup>14</sup> Voir à ce propos BARBE, E., « La double incrimination dans le mandat d'arrêt européen », in *European Arrest Warrant. Evaluation of the present situation and perspectives for the future*, UCLM (Université de Castille-La Mancha), 2005, à paraître,

Pourtant, en dépit de ces efforts, force est de constater que le niveau de connaissance moyen des magistrats en matière de coopération judiciaire internationale reste insuffisant.

Cette faiblesse se constate en premier lieu en matière de droit dérivé. Les conventions sont peu connues et donc peu appliquées. Ainsi, alors même que l'article 53 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 est en vigueur depuis de longues années, on retrouve régulièrement dans les commissions rogatoires internationales des références à la transmission par la voie diplomatique ou par les ministères de la Justice. On pourrait multiplier les exemples en ce sens.

En matière de droit institutionnel, les carences sont encore plus grandes : confusion entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, méconnaissance des dispositions essentielles des traités, etc. Quant aux règles relatives aux recours préjudiciels, il serait utile de faire un sondage pour savoir combien de magistrats pénalistes<sup>15</sup> ont véritablement conscience qu'une telle procédure les concerne également.

Les causes de ces lacunes sont certainement multiples et interdépendantes mais il m'apparaît à la fin que si la plupart des magistrats pénalistes doivent un jour ou l'autre opérer au niveau international, pour la majorité d'entre eux, cette activité reste marginale. Or, ils se trouvent confrontés à un mécanisme institutionnel complexe pour contrôler la mise en œuvre d'un droit dérivé qui ne l'est guère moins<sup>16</sup>.

### *C. Des magistrats indépendants*

Les acteurs publics d'un droit communautaire inventé pour permettre un projet d'intégration économique, sont essentiellement les administrations. Celles-ci obéissent au pouvoir politique de leurs pays respectifs dans un système hiérarchique.

L'une des difficultés qui se posera sans doute avec la matière pénale, et en particulier pour la coopération judiciaire, surgit de ce que les décisions prises en application du droit européen dérivé (en application d'une convention par exemple) ont pour auteur des juridictions, par essence indépendantes, auxquelles il n'est jamais aisé d'imposer une obligation de faire. Si par exemple l'autorité judiciaire d'un

---

<sup>15</sup> A cet égard, tout en applaudissant à l'initiative prise par exemple par le ministère de la Justice français à propos d'un petit guide intitulé « poser une question préjudicielle à la CJ », on constate qu'un pénaliste qui parcourrait d'un œil distrait les premières pages de cet opuscule n'y trouverait que l'expression « droit communautaire », et risquerait de refermer trop vite le manuel avant de se rendre compte qu'il est aussi concerné.

<sup>16</sup> Ainsi, si la négociation du mandat d'arrêt d'obtention des preuves poursuit dans la direction qu'elle a empruntée actuellement, les magistrats devront parfois délivrer, à la place d'une commission rogatoire, non seulement une telle commission rogatoire mais aussi un mandat d'obtention de preuves. En outre, une partie de la convention du 29 mai 2000, qui n'est pas encore entrée en vigueur faute d'un nombre suffisant de ratifications, sera pour partie abrogée ! Quant à cette convention 2000, elle est une partie d'un millefeuille juridique de textes émanant de différentes enceintes. Pas vraiment évident de s'y retrouver pour des usagers occasionnels de la coopération judiciaire.

pays possède le droit de demander un ordre de gel des avoirs, que la législation de transposition de l'Etat membre d'exécution est satisfaisante mais que le juge de l'Etat d'exécution dénie ce droit, il ne sera pas facile d'y trouver un remède. Le problème est sans doute plus pratique que juridique, mais un magistrat de liaison, confronté parfois (rarement) à des refus de coopération difficilement explicables autrement que par la mauvaise volonté, se devait de le souligner, laissant à des personnes plus qualifiées le soin de voir quelle réponse y apporte la Cour.

#### 4. Conclusion

Face à ces particularismes du monde pénal et leur impact globalement défavorable sur la construction du droit pénal européen par le biais de la Cour de justice, il semble certes pertinent que l'Union européenne investisse massivement dans la formation européenne des magistrats. Celle-ci risque néanmoins de se heurter à la déperdition de savoir liée à un usage en général ponctuel des mécanismes de l'entraide par les magistrats pénalistes. C'est pourquoi il paraît plus encore essentiel de renforcer durablement et puissamment la construction en réseau <sup>17</sup> commencée avec le réseau judiciaire européen puis poursuivie avec le réseau des Cours suprêmes, le réseau des Conseils supérieurs de la magistrature et surtout avec Eurojust <sup>18</sup>. Il nous semble en effet que la création de structures pouvant jouer, d'une part, un rôle de conseil sur le droit dérivé mais surtout, en l'occurrence, sur le droit primaire (par exemple en rédigeant les recours préjudiciels) et, d'autre part, un rôle d'intermédiaires (de médiateurs pour utiliser un terme à la mode) entre les juges soit la seule façon de rapidement permettre à la Cour de jouer effectivement le rôle qui devrait être le sien. A défaut, la construction d'un espace judiciaire européen pourrait tout simplement consister, pour reprendre une expression de saint Jean Chrysostome, à « tisser des toiles d'araignée dans le vide ».

---

<sup>17</sup> Voy. CANIVET, G., « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne, raisons, nécessités et réalisations », *Petites affiches*, 199, 5 octobre 2004, p. 49.

<sup>18</sup> Pour ne pas parler des magistrats de liaison qui restent à ce jour des créations nationales, même si leur rôle est au fond très similaire.

# Réflexions sur le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'instauration de la confiance mutuelle entre magistrats : le triangle nécessaire

Lorenzo SALAZAR

Les conclusions du Conseil européen de Tampere ont posé le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires comme « pierre angulaire » de la coopération judiciaire entre les Etats membres.

La reconnaissance mutuelle exige, à son tour, pour être effective et pouvoir fonctionner dans la pratique, une pleine confiance mutuelle entre les différents partenaires appelés à la mettre en pratique dans ses diverses déclinaisons, qu'il s'agisse, en premier lieu, des autorités judiciaires des différents pays mais également de l'opinion publique et des autorités politiques. La construction de la confiance mutuelle entre autorités judiciaires semble poser des problèmes spécifiques, distincts de ceux rencontrés en matière de coopération policière.

Même si elle reste parfois difficile, la coopération entre autorités de police a déjà pu être en large partie réalisée grâce à une pratique de contacts directs entre policiers des différents pays ; depuis longtemps (et bien avant la construction européenne ou la réalisation d'Europol), les policiers ont appris à se connaître et à travailler ensemble au niveau tant bilatéral que multilatéral – à cet égard, il suffit de songer à l'organisation d'Interpol. Les contacts directs, la fréquentation quotidienne, les tâches et les opérations effectuées en équipes conjointes – dès avant l'adoption des instruments européens en la matière – ont contribué à la formation d'une solidarité et de l'esprit qui l'accompagne entre policiers. Cette solidarité dépasse les textes juridiques et a largement œuvré à la naissance d'une confiance mutuelle *sui generis*.

On pourrait dire que les magistrats n'ont pas la même chance que les policiers.

Enfermés dans leur cabinet d'instruction ou dans leurs salles d'audiences la plupart du temps, les juges et les procureurs n'ont que très rarement l'occasion de rencontrer leurs collègues avec lesquels ils sont néanmoins de plus en plus souvent appelés à dialoguer et à travailler. Quand cela arrive, ils le font avec les moyens

propres aux juridictions, notamment les instruments de la coopération judiciaire : commissions rogatoires, demandes d'extradition, etc.

Il est des exceptions à cette réalité, qui ont été tout à fait remarquables. On pourrait se limiter à citer les expériences du juge Falcone, qui avait bâti d'excellentes relations en particulier avec ses collègues d'Outre-Atlantique, les enquêtes internationales menées par le juge Garçon, ou encore les enquêtes « *mani pulite* », caractérisées par les excellentes relations directes instaurées entre magistrats italiens et helvétiques. Toutefois, l'excellence des résultats atteints dans ces quelques cas semble confirmer leur caractère exceptionnel. La plupart du temps, les magistrats se limitent à envoyer des « *messages in a bottle* » ; ils attendent ensuite de voir leurs commissions exécutées ou refusées ou alors – et peut-être plus fréquemment encore – n'obtiennent aucune réponse à leur demande.

Depuis la convention de Schengen, qui a trouvé son prolongement dans la convention d'entraide judiciaire en matière pénale de mai 2000, les autorités judiciaires entretiennent des relations directes n'ayant plus à passer par l'intermédiaire des autorités centrales et/ou les ministères de la Justice. Une telle pratique ne fait que renforcer la nécessité d'instaurer entre les autorités judiciaires une pleine confiance mutuelle.

Au cas où ce rapport de confiance indispensable entre les différentes juridictions n'est pas instauré ou est mis en cause par divers éléments, les distances (géographiques, linguistiques, culturelles...) qui séparent les magistrats ne permettent pas de remédier facilement au déficit de confiance initial ou apparu en cours de route.

Un magistrat ayant reçu une réponse négative ou n'ayant reçu aucune réponse à sa demande d'entraide sera souvent tenté de confier sa déception lors d'un colloque ou à l'occasion de la rédaction d'un article de doctrine, plutôt que de se lancer sur le chemin incertain de la reprise des contacts avec son collègue étranger pour tenter de comprendre et ensuite de surmonter les problèmes rencontrés.

La « confiance » réciproque demande, tout d'abord, une « connaissance » réciproque effective : telle ne semble pas encore être la règle dans les rapports entre les différentes juridictions nationales. Des exceptions existent bien évidemment et nous en avons déjà cité. Mais, encore une fois, c'est justement le caractère exceptionnel des cas évoqués qui rend plus manifestes encore les difficultés que les magistrats rencontrent au quotidien.

L'instauration de la confiance réciproque ou la restauration d'un rapport de confiance rompu semble le plus souvent requérir l'intervention d'un sujet tiers ou, mieux encore, l'instauration d'un rapport trilatéral capable de combler la distance géographique entre les juridictions concernées et surtout la distance entre des mentalités issues de cultures différentes.

A cette fin, plusieurs voies sont déjà ouvertes dans les Etats membres aux magistrats les plus avertis : il suffit de penser aux magistrats de liaison éventuellement en place, au Réseau judiciaire européen, à Eurojust, ou encore – et pourquoi pas ? – aux contacts directs entre les ministres de la Justice et leurs représentants à l'occasion de rencontres toujours plus fréquentes au sein des enceintes européennes.

Les magistrats de liaison et le Réseau judiciaire européen, en particulier, semblent avoir été conçus tout particulièrement pour permettre de surmonter les difficultés de

la coopération au quotidien ; si les magistrats de liaison ne peuvent être implantés partout, essentiellement en raison du coût et du nombre de postes que cela supposerait de créer, le Réseau judiciaire européen reste encore en partie méconnu, et ce nonobstant les bons résultats obtenus depuis un certain temps déjà.

Dans le cadre actuel découlant du traité de Nice, Eurojust, de son côté, aurait vocation à traiter pour l'essentiel des affaires de criminalité grave à caractère transfrontalier et, en particulier, touchant à la criminalité organisée.

L'entrée en vigueur de la Constitution européenne (et l'adoption de la loi européenne prévue à l'article III-273) pourrait permettre d'élargir les pouvoirs d'Eurojust d'une manière considérable, assurant ainsi à cette unité une véritable incidence sur les enquêtes intéressant plusieurs Etats membres (notamment par le biais du pouvoir de coordination des enquêtes et la résolution des conflits de juridiction) et, en même temps, de multiplier les contacts directs avec les juridictions. De cette manière, les différends entre autorités judiciaires des Etats membres pourront être évités ou trouveront plus facilement une solution autour de la table d'Eurojust.

On peut encore noter que le nouveau programme pluriannuel en matière de justice et d'affaires intérieures, connu sous le nom de programme de La Haye, adopté par le Conseil européen des 4-5 novembre 2004<sup>1</sup>, met l'accent, en matière de reconnaissance mutuelle, sur le développement d'une « culture judiciaire européenne ». A cette fin, sont mises au centre de l'attention une meilleure compréhension réciproque entre autorités judiciaires ainsi que la possibilité d'évaluer, d'une manière objective et impartiale, la mise en œuvre de la législation européenne tout en respectant l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Les initiatives des différents réseaux déjà en place en matière judiciaire, et notamment le Réseau européen de formation judiciaire (REFJ), pourront certainement contribuer à l'affirmation d'une telle « culture », alors que le Réseau européen des Conseils de la justice (RECJ) aura sans doute vocation à jouer un rôle dans le cadre du futur processus d'évaluation des systèmes judiciaires.

Mais, au-delà de ce rapport « triangulaire » indispensable à la construction ou à la reconstruction de la confiance réciproque, l'intervention d'autres acteurs institutionnels sera nécessaire et, en particulier, celle de la Cour de justice des Communautés européennes.

Celle-ci a, depuis longtemps déjà, fourni la preuve de sa contribution essentielle à la construction du droit communautaire : en revanche, son rôle dans la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice commence seulement à s'affirmer.

Les conclusions du Conseil européen de novembre 2004 reconnaissent, dans la partie du programme de La Haye consacrée au renforcement de l'espace de justice, l'importance du rôle de la Cour dans ce domaine, tout en notant que celui-ci est « relativement nouveau ».

---

<sup>1</sup> JO, n° C 53, 3 mars 2005, p. 1.

Si c'est grâce à la jurisprudence de la Cour que le respect des droits fondamentaux a pu faire partie intégrante du droit communautaire, les arrêts rendus en matière préjudicielle, depuis 2003, sur l'interprétation de la convention de Schengen et l'application du principe *non bis in idem*, dans les affaires *Gözütok et Brügger*<sup>2</sup> et dans l'affaire *Miraglia*<sup>3</sup>, semblent fournir une large preuve, s'il en était besoin, de la capacité de la Cour de Luxembourg de maîtriser parfaitement la matière du troisième pilier et de pouvoir lui prêter son concours pour lui permettre de s'épanouir.

D'autres affaires récentes, telles les affaires *Pupino*<sup>4</sup> ou *Berlusconi*<sup>5</sup>, semblent bien confirmer l'importance primordiale de l'impact potentiel de la jurisprudence de la Cour en matière pénale dans ses différentes facettes. Si dans le premier cas c'est l'effet direct des décisions-cadres qui est en cause, dans le deuxième, la Cour s'est penchée (pour l'exclure) sur la question du possible effet direct des directives en matière pénale dans un cas spécifique d'une loi pénale nationale plus légère. Dans l'arrêt du 3 mai, la Cour a affirmé à ce sujet que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère « fait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » et qu'il en découle que ce principe doit être considéré comme faisant partie des principes généraux du droit communautaire que le juge national doit respecter lorsqu'il applique le droit national adopté pour mettre en œuvre des directives communautaires (en l'occurrence, les directives sur le droit des sociétés). Celles-ci ne peuvent donc pas avoir comme effet de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale des prévenus et ne peuvent pas être invoquées, en tant que telles, à l'encontre de prévenus par les autorités d'un Etat membre dans le cadre de procédures pénales nationales.

Comme ils l'ont déjà fait en matière de droit communautaire, les magistrats nationaux doivent apprendre à avoir le « réflexe » nécessaire pour entrevoir, dans les cas qui leur sont soumis, toute question susceptible d'être portée à l'attention de la Cour, afin de parvenir, non seulement à une interprétation correcte des instruments de l'Union, mais encore pour pouvoir détecter les éventuels cas de transposition nationale incorrecte.

Un test parmi les plus importants à ce sujet sera certainement constitué par la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, le premier (et à ce jour le seul) texte en matière de reconnaissance mutuelle à être entré effectivement en vigueur dans tous les Etats membres.

---

<sup>2</sup> Voy. arrêt du 11 février 2003, aff. jtes C-187/01 et C-385/01, *Procédure pénale c. Hüseyin Gözütok et Klaus Brügger*.

<sup>3</sup> Voy. arrêt du 10 mars 2005, aff. C-469/03, *Procédure pénale c. Filomeno Mario Miraglia*.

<sup>4</sup> Voy. les conclusions de l'avocat général Kokott du 11 novembre 2004, aff. C-105/03, *Procédure pénale c. Maria Pupino* et l'arrêt de la Cour du 16 juin 2005.

<sup>5</sup> Voy. arrêt du 3 mai 2005, aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Procédure pénale c. Silvio Berlusconi e. a.*

Si un juge national a des doutes quant à la conformité de sa législation nationale de mise en œuvre avec une disposition de la décision-cadre, il devra avoir la possibilité <sup>6</sup> et la capacité d'interroger la Cour à cet égard. Il pourrait ainsi par exemple interroger la Cour sur l'interprétation d'une disposition de la décision-cadre afin de déterminer si elle doit être considérée comme incompatible avec une disposition nationale qui prévoirait un contrôle sur le fond de la décision étrangère à reconnaître, contrôle qui n'est ni prévu ni donc autorisé par le texte européen. Au sens de sa jurisprudence constante, dans le cadre d'une procédure préjudicielle, la Cour ne peut certes pas statuer elle-même sur la compatibilité des normes de droit interne avec le droit communautaire ou sur l'interprétation des dispositions nationales ; elle est en revanche autorisée à donner aux juridictions de renvoi toutes les indications nécessaires pour l'interprétation du droit communautaire leur permettant ainsi de statuer dans le cadre des litiges devant elles sur la compatibilité du droit national avec le droit communautaire <sup>7</sup>. Les réponses que la Cour fournira seront non seulement contraignantes pour le juge de renvoi mais mettront également le législateur national devant l'obligation d'intervenir afin de remédier aux cas d'incompatibilité éventuellement constatés.

Dans le contexte de la reconnaissance mutuelle, une saisine opportune de la Cour pourra donc permettre à celle-ci de jouer pleinement son rôle, en s'insérant dans la relation à distance entre l'autorité judiciaire d'émission et celle d'exécution ; cela offrira aux deux juridictions la garantie réciproque d'une pleine conformité de leur action avec le droit de l'Union.

Il en va de même pour les nombreux instruments de l'Union déjà adoptés en matière d'harmonisation pénale, où les juges pourront également vérifier, à la lumière de l'interprétation de la Cour, leur mise en œuvre correcte au niveau national.

Reste, naturellement, le problème des délais nécessaires aujourd'hui pour obtenir une décision, soit deux ans de moyenne à partir de l'introduction de la question. Un tel délai est certainement incompatible avec la nécessaire rapidité de la procédure pénale, d'autant plus s'il s'agit de procédures où les personnes poursuivies sont en détention provisoire.

Le traité constitutionnel essaye d'apporter une réponse à ce problème en prévoyant, à l'article III-369, que, si une question préjudicielle est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne

---

<sup>6</sup> Il faut rappeler que, dans le cadre actuel du traité d'Amsterdam, l'article 35 TUE conditionne la possibilité pour les juges d'un Etat membre de s'adresser à la Cour par voie préjudicielle sur une matière rentrant dans le troisième pilier, à une déclaration de la part de leur Etat membre.

<sup>7</sup> Jurisprudence constante : voir l'arrêt *Tombesi* (aff. C-304/94, C-330/94, C-342/94 et C-224/95, *Procédures pénales c. Tombesi e.a.*) ainsi que les arrêts du 9 septembre 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, du 3 mai 2001, aff. C-28/99, *Verdonck e.a.*, et du 15 décembre 1993, aff. C-292/92, *Hünernmund e.a. c. Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*.

détenue, « la Cour statue dans les plus brefs délais ». Le programme de La Haye cherche à donner de la substance à cette disposition en prévoyant que la Commission européenne présente des propositions concrètes à ces sujets.

La mise en place et le fonctionnement des rapports « triangulaires » ne sont jamais aisés ; néanmoins, pour les rapports entre juridictions nationales, la plus-value que la Cour de justice – et les autres acteurs européens – pourra fournir n'est plus à démontrer.

Si les juges nationaux savent faire usage de leurs pouvoirs en matière préjudicielle et si la Cour, à son tour, est en mesure de répondre d'une manière satisfaisante et rapide à leurs demandes, un pas en avant non négligeable pourra être accompli sur la voie de la construction de la confiance réciproque entre autorités judiciaires des différents Etats membres. Celles-ci pourront compter sur la Cour non seulement pour avoir la garantie d'une application correcte et la plus uniforme possible du droit de l'Union, mais aussi pour pouvoir disposer d'un contrôle, indirect mais efficace, sur la conformité du droit national qui serait d'application dans le cas d'espèce avec le droit de l'Union, et notamment avec les droits fondamentaux, qui font désormais partie intégrante du traité constitutionnel.

# Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel : une liaison nécessaire ?

Anabela MIRANDA RODRIGUES

## 1. Introduction : les limites du contrôle juridictionnel actuel

L'on peut dire que le système juridictionnel, au niveau européen, était, à l'origine, davantage conçu pour garantir les compétences et les fonctions de la Communauté européenne que pour protéger les personnes. Ces tendances étaient encore plus nettes dans le troisième pilier. Le traité d'Amsterdam a amené un certain progrès <sup>1</sup> mais les développements les plus récents en matière pénale, avec les dangers inhérents qu'ils recèlent pour les droits fondamentaux, ont mis en évidence les limites de l'intervention de la Cour de justice à l'égard de la création d'un espace européen de justice pénale.

Parmi ces limites, on notera que le recours en annulation est ouvert aux Etats membres ou à la Commission <sup>2</sup> mais pas au Parlement européen ou aux particuliers <sup>3</sup>. Quant au renvoi préjudiciel – qui constitue la seule voie alternative au recours en annulation –, il est ouvert aux seules juridictions des Etats membres qui ont fait la déclaration prévue à l'article 35, par. 2, TUE. En outre, lorsqu'un Etat membre a accepté le principe de cette compétence de la Cour, il peut décider que toute juridiction interne pourra lui poser, sur cette base, une question préjudicielle ou, au contraire,

---

<sup>1</sup> Voy. l'article 35 TUE.

<sup>2</sup> Voy. l'article 35, par. 6, TUE.

<sup>3</sup> Ce point est mis en relief par LABAYLE, H., « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in DONY, M. et BRIBOSIA, E. (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 73-105. Voy. encore, DE BIOLLEY, S., « Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale ? », *Actualités de droit pénal européen, Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie*, La Chartre, 2003, p. 195 et s.

limiter cette possibilité de saisir la Cour aux juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours <sup>4</sup>. Par ailleurs, la Cour de justice ne peut vérifier « la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre » ni « 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 » <sup>5</sup>.

Dans ce contexte, le contrôle juridictionnel mis en place dans le cadre du traité d'Amsterdam est nettement insuffisant. Cette insuffisance ressort nettement lorsqu'on songe aux implications possibles de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires.

## **2. Les insuffisances du contrôle juridictionnel actuel au vu du principe de la reconnaissance mutuelle**

Lors du Conseil européen de Tampere, le principe de la reconnaissance mutuelle a été érigé en « pierre angulaire » de la coopération judiciaire. Il est donc pour le moins surprenant que les traités en vigueur n'en fassent pas expressément mention <sup>6</sup>. Conjointement avec l'harmonisation et la création d'organes européens, ce principe a consolidé « l'émancipation progressive des mécanismes « classiques » de coopération » <sup>7</sup>. Dans le traité qui établit une Constitution pour l'Europe, il gagne ses lettres de noblesse : il y est dit que « la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires (...) » <sup>8</sup>.

L'on sait que la confiance est un présupposé indispensable de la mise en œuvre de ce principe. Mais la confiance ne se décrète pas ; elle exige plutôt qu'au-delà du degré d'homogénéité assuré par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les garanties de procédures soient similaires dans tous les Etats membres.

---

<sup>4</sup> Voy. l'article 35, par. 3, TUE. Sur le fait que le régime à « géométrie variable » ainsi créé est problématique pour l'uniformité du droit de l'Union européenne, voy. 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. 64.

<sup>5</sup> Voy. l'article 35, par. 5, TUE. Sur cette méfiance à l'égard de la Cour de justice, voy. DE KERCHOVE, G., « La coopération policière et judiciaire pénale : de la coopération intergouvernementale à la méthode communautaire », in DE SCHUTTER, O. et NIHOUL, P. (coord.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, *Journal des Tribunaux. Droit Européen*, Bruxelles, De Boeck et Larcier 2004, p. 225.

<sup>6</sup> Ainsi, il n'est pas étonnant que l'on discute de sa validité (légitimité) en tant que principe relatif à l'organisation de l'espace judiciaire. Voy. WASMEIER, M., *EU Kommentar*, article 31, nm. 38.

<sup>7</sup> Ainsi, VERWILGHEN, M., « Introduction », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 1.

<sup>8</sup> Voy. les articles III-270, par. 1 et III-257, par. 3.

C'est la raison pour laquelle l'on observe le déplacement du secteur prioritaire de l'harmonisation du droit pénal matériel vers la procédure pénale. Après la publication de son livre vert sur les « Garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne »<sup>9</sup>, la Commission a présenté une proposition de décision-cadre relative à certains droits de procédure pénale de l'Union européenne, dont l'adoption a été considérée prioritaire dans le programme de La Haye.

Dans ce contexte<sup>10</sup>, la question se pose de savoir si la « confiance confiante », c'est-à-dire la confiance politiquement fondée, est suffisante. Elle se base sur le respect dû par les Etats membres aux « principes de la liberté, de la démocratie, des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit »<sup>11</sup>, sur l'existence d'une Cour européenne des droits de l'homme et d'un droit de recours individuel devant cette juridiction ainsi que sur l'existence d'une charte de droits fondamentaux de l'Union. Une telle confiance n'est-elle pas plutôt insuffisante, vu la contrainte qui pèse sur les Etats membres de respecter les valeurs communes, telles que consacrées par l'article 6 TUE ? Cette contrainte n'exige-t-elle pas de recourir à des mécanismes qui permettent de garantir l'effectivité du respect des valeurs communes ? Ne faudrait-il pas recourir à une « confiance méfiante », qui n'est plus

---

<sup>9</sup> Voy. le livre vert de la Commission, COM (2003) 75 final, 19 février 2003. La Commission y justifie la tâche d'harmonisation des procédures pénales, qui colmaterait un vide existant, par la nécessité de faire naître la confiance et le respect mutuels qu'exige un véritable espace de liberté, de sécurité et de justice ». Voy. à ce propos, WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004. Voy. aussi du même auteur, « 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. (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 25 et s. et DE KERCHOVE, G., « La reconnaissance mutuelle des décisions pré-sentencielles en général », in *Ibid.*, p. 113 et s.

<sup>10</sup> Sur ce qui suit, et en particulier la distinction entre « confiance confiante » et « confiance méfiante », voy. FLORE, D., « Réflexions sur l'idée de la « confiance mutuelle » », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 133 et s. Sur cette problématique, voy. aussi, DE BIOLLEY, S., « Liberté et sécurité dans la constitution de l'espace européen de justice pénale : cristallisation de la tension sous présidence belge », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *L'espace pénal européen...*, op. cit., p. 169 et s. ; TULKENS, F., « La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *La reconnaissance mutuelle...*, op. cit., p. 165 et s. ; MIRANDA RODRIGUES, A., « O mandado de detenção europeu – na via da construção de um sistema penal europeu : um passo ou um salto ? », *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 13, 2003, p. 46 et s.

<sup>11</sup> Voy. l'article 6 TUE.

seulement politiquement mais « juridiquement fondée », par le biais de l'existence d'un contrôle juridictionnel effectif ?

Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que le cœur du concept de la reconnaissance mutuelle réside dans le fait que « dès lors qu'une décision est prise par une autorité judiciaire qui est compétente, en vertu du droit de l'Etat membre dont elle relève, en conformité avec le droit de cet Etat, cette décision doit avoir un effet plein et direct sur l'ensemble du territoire de l'Union », ce qui « signifie que les autorités compétentes de l'Etat membre sur le territoire duquel la décision peut être exécutée doivent prêter leur concours à l'exécution de cette décision comme s'il s'agissait d'une décision prise par une autorité compétente de cet Etat » <sup>12</sup>.

Le principe de reconnaissance mutuelle n'est pas nouveau. Le Conseil de l'Europe a déjà tenté de le mettre en œuvre depuis le début des années soixante, à l'occasion des travaux qui ont abouti à l'adoption de la convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs, du 28 mai 1970. Conférer une valeur internationale aux jugements pénaux revenait à entreprendre le processus de reconnaissance mutuelle entre les Etats concernés. La nouveauté de ce principe consiste à en finir avec la procédure traditionnelle de validation ou « *exequatur* », en vue d'assurer l'exécution « la plus automatique et la plus directe possible » des décisions étrangères <sup>13</sup>. La relation entre la confiance, d'une part, et la reconnaissance d'un « effet plein et direct » aux décisions étrangères, d'autre part, est très simple : plus grande sera la confiance, moins il y aura de « contrôle » ou de barrières de protection des ordres juridiques nationaux face à des « produits judiciaires étrangers » <sup>14</sup>.

Cette notion de « confiance », qui est un concept plus descriptif que normatif, requiert une plus grande attention. Il convient de souligner que l'idée selon laquelle, abstraitement parlant, tous les Etats membres sont dignes de crédit en matière de principes fondamentaux dans le domaine pénal, peut assez aisément se briser. A cet égard, il suffit d'examiner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour constater que, dans le cas des anciens comme des nouveaux Etats membres, tous ou presque sont condamnés chaque année pour violation d'un des préceptes de la convention qui consacrent les garanties pénales de base. Il convient ensuite de remarquer que le principe de reconnaissance mutuelle, basé sur un brevet de bonne conduite des Etats membres en matière de garanties procédurales, peut servir de prétexte pour se contenter d'un droit de « garanties minimales », c'est-à-dire

---

<sup>12</sup> Voy. FLORE, D., « La reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *La reconnaissance mutuelle...*, op. cit., p. 75.

<sup>13</sup> Dans le sens où le principe de reconnaissance mutuelle vise à assurer l'exécution la plus automatique et la plus directe possible des décisions judiciaires étrangères, ce qui signifie en finir avec la procédure traditionnelle de validation ou l'*exequatur*, voy. WEYEMBERGH, A., « L'impact du 11 septembre sur l'équilibre sécurité/liberté dans l'espace pénal européen », in BRIBOSIA, E. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 173 et 174.

<sup>14</sup> Voy. NIETO MARTIN, A., « Fundamentos Constitucionales del sistema europeo de derecho penal », sous presse, gracieusement communiqué par l'auteur.

du plus petit dénominateur commun en la matière <sup>15</sup>. Le principe de la reconnaissance mutuelle emporte en effet la possibilité d'« exporter » la procédure pénale qui offre le moins de garanties. Associé à l'abolition de l'exception à l'extradition des nationaux, ceci diminue considérablement le patrimoine de droits dont disposent les citoyens.

Il faut que la confiance se construise : ce n'est ni une évidence ni une donnée incontestable. Si l'on ne peut pas compter sur l'harmonisation des garanties de procédures de base, un contrôle juridictionnel doit promouvoir leur uniformisation.

### **3. Le traité constitutionnel : un contrôle juridictionnel amélioré mais toujours insuffisant**

A cette étape de nos considérations, il convient d'analyser la contribution du nouveau traité qui établit une Constitution pour l'Europe, qui poursuit et approfondit la réorganisation de l'architecture juridictionnelle et des procédures déjà entreprise en partie à Nice.

Le traité constitutionnel renforce considérablement la promotion et la protection des droits fondamentaux avec la constitutionnalisation de la charte des droits fondamentaux et l'insertion d'une disposition déclarant que « l'Union adhère à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » <sup>16</sup>. Le caractère juridiquement contraignant que prend la charte est, du reste, indispensable, lorsque l'on prend en compte le fort élan qui est donné à la construction de l'Europe pénale <sup>17</sup>.

Dans ce contexte <sup>18</sup>, l'on comprend que le nouveau traité ait cherché à répondre – du moins en partie – au défi lancé par la Cour de justice, à l'occasion de son arrêt rendu dans l'affaire *Union de Pequeños Agricultores*, en assouplissant les conditions d'accès des personnes physiques et morales au recours en annulation des actes à portée générale <sup>19</sup>. En effet, l'intégration de la charte des droits fondamentaux dans le traité ne serait que simple rhétorique si elle n'était pas accompagnée, dans la foulée, d'un accès plus ample à la Cour pour la sauvegarde des droits fondamentaux.

<sup>15</sup> Depuis toujours dans cette ligne, WEYEMBERGH, A., « L'impact du 11 septembre... », *op. cit.*, p. 179 et s. Voy. aussi, SCHUNEMANN, B., « Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU », *Goldammers' Archiv*, 2004, p. 204.

<sup>16</sup> Voy. l'article I-9, par. 1 et 2.

<sup>17</sup> Voy. LABAYLE, H., « Les nouveaux domaines... », *op. cit.*, p. 73 et s. ; voy. aussi, DE SCHUTTER, O., « Les droits fondamentaux dans le projet européen. Des limites à l'action des institutions à une politique des droits fondamentaux », in DE SCHUTTER, O. et NIHOUL, P. (coord.), *Une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 81 et s.

<sup>18</sup> Sur ce qui suit, voy. WAELBROECK, D., « Vers un accès plus ouvert à la justice communautaire ? Quelques réflexions sur les propositions de la convention sur le droit de recours des particuliers devant les juridictions communautaires », in MAGNETTE, P. (éd.), *La Grande Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 223 et s. ; BRIBOSIA, E., « La future constitution : point culminant de la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans l'Union européenne », in *Ibid.*, p. 201 et s. ; LOUIS, J.-V., « La fonction juridictionnelle. De Nice à Rome... et au-delà », in DE SCHUTTER, O. et NIHOUL, P. (coord.), *Une Constitution pour l'Europe*, *op. cit.*, p. 119 et s.

<sup>19</sup> Voy. l'article III-365, 2<sup>e</sup> partie.

Certes, par rapport à la situation actuelle, le traité constitutionnel élargit les conditions d'accès des personnes au recours en annulation : il permet en effet à toute personne physique ou morale de former un tel recours contre les actes dont elle est le destinataire ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution, et ce sans avoir à établir au préalable un quelconque intérêt « individuel ». Cet élargissement ne concerne cependant que les « actes réglementaires » et non les actes « législatifs » ; de plus, il ne vaut que lorsque l'acte ne requiert pas de mesures d'exécution.

Ainsi, excepté le cas spécial visé dans la première partie de l'article III-365, par. 4, qui ne fait que codifier l'interprétation jurisprudentielle actuelle en matière d'actes susceptibles de recours – la Cour ayant depuis longtemps accepté qu'un individu puisse attaquer non seulement les décisions « déguisées » en règlement mais également tout acte même purement normatif, qu'il s'agisse même de directives ou de « véritables » règlements –, il semble que le législateur européen échappera à tout contrôle juridictionnel de ses actes sur demande d'un particulier.

En conséquence, le « recours clé » du citoyen continuera d'être la mise en cause indirecte de la légalité d'un acte législatif par le biais d'une question préjudicielle <sup>20</sup>. Son importance en matière pénale n'aura pas été ignorée par nos « *constitutional fathers* ». Ceux-ci ont d'ailleurs expressément souligné, dans le dernier paragraphe de l'article III-369, que « si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

L'incorporation du catalogue des droits fondamentaux dans l'espace européen est de nature à faire augmenter le nombre de questions préjudicielles posées à la Cour de justice portant sur la compatibilité avec la charte des droits fondamentaux de l'Union des mesures nationales de mise en œuvre des instruments de reconnaissance mutuelle, telles celles relatives au mandat d'arrêt européen.

Par ailleurs, l'on notera que le renforcement, au niveau européen, des droits fondamentaux devrait faciliter la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle.

Afin de prévenir la tendance consistant à se contenter du plus petit commun dénominateur en matière de garanties procédurales, peut-être faut-il soutenir la position qui est celle de certaines législations nationales transposant la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, qui incluent des clauses de sauvegarde des droits fondamentaux visant à ce que le juge de l'Etat d'exécution en vérifie le respect <sup>21</sup>. Tous les Etats membres n'ont pas introduit une telle clause dans leur législation nationale selon qu'ils font une confiance « aveugle » au système juridique ou judiciaire des autres Etats membres pour protéger les droits fondamentaux ou qu'ils adoptent une logique de « contrôle » du respect de ces droits. On retrouve ici les

<sup>20</sup> Voy. l'article III-369.

<sup>21</sup> Tel est notamment le cas des législations de transposition au Royaume-Uni, en Irlande et en Suède. A ce sujet, voy. VOGEL, J., « Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung », *ZStW*, 116, 2004, p. 400 et s.

concepts, auxquels nous avons déjà fait référence, de « confiance confiante » et de « confiance méfiante ».

Il est indéniable, comme l'affirme Gilles de Kerchove, que « pareille divergence porte atteinte à l'unité d'application du droit de l'Union, crée une inégalité des prévenus et des condamnés devant la loi pénale européenne et met en cause la notion d'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que la dynamique du principe de reconnaissance mutuelle que la Constitution qualifie de fondement de la coopération judiciaire pénale »<sup>22</sup>.

L'impasse qui résulte de l'analyse qui précède est évidente<sup>23</sup>. Aucune des deux approches possibles n'est satisfaisante. L'absence de contrôle exercé par l'Etat d'exécution soulève des problèmes pour la protection des droits fondamentaux tandis que l'existence d'un tel contrôle est susceptible de déboucher sur une appréciation « négative » de l'Etat d'émission, ce qui est contradictoire avec la conception d'espace judiciaire européen.

Dans ce contexte, la Cour de justice peut être appelée à intervenir, soit sur la base d'une question préjudicielle soulevée par les tribunaux de l'Etat d'exécution, soit sur la base d'une demande de régulation de différend entre l'Etat d'émission et l'Etat dans lequel l'exécution est refusée<sup>24</sup>.

Dans la perspective de l'intégration européenne renforcée que représente le traité constitutionnel et qui met notamment en exergue la reconnaissance mutuelle, une nouvelle étape du contrôle juridictionnel s'impose. A cet égard, le système fédéral nord-américain, qui a en partie inspiré le processus de la reconnaissance mutuelle en matière pénale au sein de l'Union, est intéressant : aux Etats-Unis, la Cour suprême uniformise les garanties de base de la procédure pénale.

Le traité constitutionnel n'en est pas là. Le nouveau schéma judiciaire européen ouvre seulement une porte pour l'avenir, ce qui signifie un espoir pour la justice européenne, quand il prévoit la possibilité de créer des tribunaux spécialisés, chargés de connaître en première instance certaines catégories de recours dans des matières spécifiques<sup>25</sup>.

#### 4. Conclusions et pistes de réflexion pour l'avenir

Une considération s'impose : le système en vigueur, s'il n'a pas encore révélé ses limites dans des affaires concrètes, n'est pas défendable si l'on tient compte de l'évolution récente du droit pénal européen. Il ne répond pas aux attentes créées par le troisième pilier du traité actuel.

Quant aux changements apportés par le traité constitutionnel, ils en sont surtout restés à la (tentative d'une) simple abolition des limites actuelles de la compétence d'annulation de la Cour de justice. Le régime mis en place en matière de questions

<sup>22</sup> DE KERCHOVE, G., « La coopération policière et judiciaire... », *op. cit.*, p. 231.

<sup>23</sup> A cet égard, voy. DE BIOLLEY, S., « Un pouvoir juridictionnel... », *op. cit.*, p. 208.

<sup>24</sup> Voy. l'article 35, par. 7, TUE.

<sup>25</sup> Voy. l'article III-359, par. 1.

préjudicielles ne satisfait pas aux nécessités de protection des droits fondamentaux au niveau européen lorsque le droit en cause est le droit pénal. N'oublions pas que ce régime a été pensé pour une Europe qui avait pour but, à l'origine, l'uniformisation et la cohérence d'un droit communautaire avant tout économique.

Une voie possible de solution <sup>26</sup> est celle qui vise la création d'une juridiction pénale européenne supérieure de contrôle qui garantirait, par l'octroi de recours appropriés à la personne concernée, la conformité de la procédure pénale avec les droits de l'homme. Ce contrôle porterait directement sur les actes des autorités nationales et ferait partie intégrante de la procédure pénale.

Certes, cette solution impliquerait une altération profonde et radicale du partage de compétence entre la Cour de justice et les tribunaux nationaux : une juridiction européenne pourrait contrôler le respect des droits fondamentaux au niveau des actes normatifs nationaux. Tout indique la nécessité de cette réforme : l'espace judiciaire pénal européen, désormais bâti sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, repose sur une confiance mutuelle qui doit être fondée sur un contrôle commun pour toutes les affaires exigeant une coopération judiciaire. La plus-value de cette juridiction reposerait dans l'uniformité de jurisprudence en matière de droits fondamentaux, uniformité qu'on ne peut atteindre par la voie des juridictions nationales.

La mise en œuvre d'un espace judiciaire commun exige ce contrôle juridictionnel supérieur commun. L'importance de l'espace pénal européen est aujourd'hui évidente. La priorité octroyée au pénal est l'aboutissement d'une évolution, amorcée avec le traité de Maastricht, poursuivie avec le traité d'Amsterdam et consolidée lors du Sommet de Tampere et dans le programme de La Haye. L'Union européenne, après avoir mis en œuvre la coopération policière et judiciaire comme mesure compensatoire à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, a désormais dépassé cette coopération entre les Etats au bénéfice de la construction progressive d'un espace pénal homogène. Nous n'avons pas une architecture pénale européenne et nous n'en trouvons pas trace aujourd'hui dans le traité sur l'Union : il n'y a pas – encore ? – de police européenne, de ministère public européen, de juridiction pénale européenne. Quant au traité constitutionnel, il « entrouvre » des chemins, plus qu'il n'en « trace » réellement. Rien de cela n'implique que les Etats membres aient dépassé la « vision étroite » de la souveraineté nationale <sup>27</sup>, qui a perduré dans le domaine pénal. Il faut donc éloigner les craintes d'un « Etat policier européen » et donner tort au discours du « crépuscule des libertés » <sup>28</sup> mais aussi penser le droit pénal européen comme ordre de « liberté » et non comme un simple ordre sécuritaire, comme un droit de protection

---

<sup>26</sup> A cet égard, voy. DE BIOLLEY, S., « Un pouvoir juridictionnel... », *op. cit.*, p. 209 ; du même auteur, « Liberté et sécurité... », *op. cit.*, p. 195 et 196.

<sup>27</sup> VERWILGHEN, M., « Introduction », *op. cit.*, p. 2.

<sup>28</sup> Selon l'expression de DE BIOLLEY, S., « Liberté et sécurité... », *op. cit.* p. 169.

des personnes et non comme un droit utilisé contre les personnes. On ne peut retarder encore longtemps la réforme de l'ordre juridictionnel européen. Le processus de « constitutionnalisation » en cours en est, à la fois, la garantie et la condition <sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> On ne peut pas oublier que l'hypothèse d'un recours spécifique pour la protection des droits fondamentaux – du type *Verfassungsbeschwerde* allemand ou *amparo* espagnol – a été prise en considération mais pas consacrée dans le nouveau traité. Une autre hypothèse – jusqu'à présent non prise en considération –, c'est de ne pas attendre la décision préjudicielle pour décider de l'affaire (pénale) au niveau du tribunal national : la décision sur la question préjudicielle vaudrait seulement pour le futur.



## TITRE II

# Les autres mesures accompagnatrices



# Panorama des mesures accompagnatrices de la confiance mutuelle dans l'espace européen de justice pénale

Serge DE BIOLLEY

La présente contribution a pour objectif de dresser un panorama des différentes mesures susceptibles de renforcer la confiance mutuelle dans les systèmes pénaux nationaux afin de donner sens à l'espace européen de justice pénale. Elle commence par quelques remarques introductives sur le cadre de la réflexion (1). La première partie du panorama lui-même concerne l'approche législative, c'est-à-dire le rapprochement des législations dans le secteur pénal (2). On abordera ensuite les domaines plus pratiques de la formation judiciaire (3) et des évaluations (4). On terminera enfin par la dépolitisation de l'entraide (5) et les contacts directs entre autorités judiciaires (6) qui sont d'abord des conséquences de la confiance mutuelle mais qui par effet d'entraînement vont renforcer cette dernière.

## 1. Introduction

On voudrait attirer ici l'attention du lecteur sur quatre aspects distincts afin, sans entrer dans le détail de l'objet de la confiance mutuelle, de déjà indiquer dans quelle perspective vont se développer les mesures de renforcement de la confiance.

Il s'agit tout d'abord d'insister sur le fait que ces mesures doivent être envisagées comme complémentaires par rapport au contrôle juridictionnel européen. Ces mesures sont ainsi nécessaires pour pallier autant que possible les carences actuelles de ce contrôle <sup>1</sup>. Mais, en outre, même si un contrôle juridictionnel parfait donnait un fondement juridique à la confiance, il n'assurerait pas pour autant l'existence réelle de celle-ci dans le chef des différents acteurs concernés.

---

<sup>1</sup> Voy. les contributions de DE SCHUTTER, O. et de LABAYLE, H. au présent ouvrage.

Il faut ensuite attirer l'attention sur le fait que la confiance a deux volets qu'il faut garder à l'esprit. Il s'agit en effet d'avoir confiance dans la capacité du système national avec lequel on coopère de respecter les droits fondamentaux (confiance dans la « qualité » du système), d'une part, et de permettre la poursuite, le jugement et la mise en œuvre de la sanction à l'égard des actes criminels (confiance dans l'« efficacité » du système), d'autre part. Cette division correspond à celle entre la fonction bouclier du droit pénal (il faut protéger l'individu contre les tendances répressives par une qualité du système pénal) et la fonction épée (il faut protéger la société par un appareil pénal efficace)<sup>2</sup>. Dans les débats académiques, le deuxième volet est souvent perdu de vue. C'est pourtant ce volet de confiance qui est en jeu dans des questions comme le *non bis in idem* (lorsqu'une juridiction d'un Etat A veut se saisir d'une affaire déjà tranchée dans un Etat B, c'est généralement parce que la solution adoptée dans l'Etat B a paru trop laxiste) ou dans les conflits de juridiction. Ces deux volets ne sont par ailleurs pas hétérogènes l'un par rapport à l'autre. Le domaine de la lutte contre la corruption peut ainsi se rattacher à chacun d'eux.

La troisième remarque concerne la co-existence, dans l'espace pénal européen, de deux familles de systèmes judiciaires : la famille de tradition latine ou continentale et la famille de tradition anglo-saxonne. Cette coexistence est un défi pour la confiance mutuelle aux différents stades de l'élaboration des normes et de leur mise en œuvre. S'agissant des négociations d'un nouveau texte normatif européen, ce défi est illustré par les difficultés rencontrées durant la négociation de la décision-cadre sur la simplification de l'échange d'information<sup>3</sup>. Le fait que ce projet ait été proposé par la Suède, un pays où les pouvoirs des services de police sont fort larges, a d'emblée créé un climat de suspicion négative au sein du Conseil dans le chef des Etats de tradition latine où le contrôle judiciaire sur le travail de police est plus étendu. Si le dialogue entre les deux familles de système est difficile à créer dans l'enceinte du Conseil de l'Union européenne, on ne s'étonnera pas qu'il soit plus complexe encore dans la pratique lorsque des acteurs enracinés dans des systèmes profondément différents doivent coopérer.

Quant à la prétendue supériorité de l'une ou l'autre des familles, une réflexion utile serait de considérer que si l'un ou l'autre système peut être jugé comme plus efficace ou plus protecteur sur un aspect spécifique, il le sera moins sur d'autres. Evalués dans leur ensemble, chacun des systèmes aboutirait à des niveaux comparables de qualité et d'efficacité. Il s'agit toutefois d'un argument à manipuler avec prudence. Il

---

<sup>2</sup> Cette division entre fonction « épée » et fonction « bouclier » est reprise de 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 », *Déviante et société*, 21, juin 1997, p. 123-124. Elle constitue, malgré un vocabulaire martial, une division utile pour évaluer les priorités de l'Union dans le secteur pénal.

<sup>3</sup> Initiative du Royaume de Suède en vue de l'adoption d'une décision-cadre relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des Etats membres de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne les infractions graves, y compris les actes terroristes, *JO*, n° C 281, 18 novembre 2004, p. 5.

est difficile d'en assurer la pertinence à défaut de système de mesures de qualité ou d'efficacité de l'ensemble d'un système pénal. Cet argument pourrait surtout inciter à éviter une influence réciproque des deux familles de systèmes pénaux afin d'amener chacun vers des standards plus élevés.

Dans l'état actuel de différences culturelles profondes entre ces deux familles, l'enjeu pour la confiance mutuelle sera surtout de faire connaître les spécificités et les fondements de chacun des systèmes. La méfiance naît en effet d'abord et avant tout de l'incompréhension face à un univers perçu comme étrange. L'idée que pour se faire confiance, il faut se connaître sera d'ailleurs un des fils rouges de cette contribution. C'est un enjeu communément admis puisque le Conseil européen a récemment affirmé qu'« accroître la confiance mutuelle exige que l'on s'efforce expressément d'améliorer la compréhension mutuelle entre les autorités judiciaires et les différents systèmes juridiques »<sup>4</sup>.

La quatrième remarque vise à illustrer les différents enjeux de la confiance mutuelle en partant d'une possible application future du principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Dans les instruments adoptés ou négociés jusqu'ici en matière de reconnaissance mutuelle, la confiance s'envisage surtout dans le chef de l'autorité d'exécution. Ainsi, pour le mandat d'arrêt européen, c'est l'autorité d'exécution qui doit « faire confiance », notamment pour ce qui concerne la qualité de la procédure suivie, dans l'Etat d'émission, pour mener à la décision d'arrestation<sup>5</sup>. Des travaux sont toutefois en cours qui élargissent considérablement les perspectives en matière de confiance réciproque. Il s'agit des travaux sur l'application de la reconnaissance mutuelle aux décisions prises dans l'Etat d'émission pour prendre des mesures de surveillance à l'égard de l'inculpé comme alternative à la détention préventive<sup>6</sup>. Ce qui est intéressant dans ce secteur, c'est que c'est ici l'autorité d'émission qui doit avoir confiance. Pour que le système à mettre en place puisse fonctionner, il faudra que l'autorité qui prend la mesure alternative à la détention préventive ait confiance dans la capacité de l'Etat d'exécution (par exemple, l'Etat de la résidence de l'inculpé) d'appliquer les mesures de contrôle. C'est alors la crédibilité d'une partie très spécifique de l'appareil judiciaire et policier de l'Etat d'exécution qui

---

<sup>4</sup> Programme de La Haye adopté par le Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, doc. 14292/1/04, point 3.2.

<sup>5</sup> Il en va de même pour les autres types de décision à exécuter : gel des avoirs (décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JO*, n° L 196, 2 août 2003, p. 45), sanction financière (décision-cadre concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, *JO*, n° L 76, 22 mars 2005, p. 16), confiscation (projet de décision-cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, finalisé mais pas encore adopté, doc. 10027/04), obtention des preuves (proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuves, COM (2003) 688 final).

<sup>6</sup> Livre vert sur la reconnaissance mutuelle des mesures de contrôle pré-sentencielles non privatives de liberté, 17 août 2004, COM (2004) 562 final.

est en jeu. On voit donc que l'extension progressive du champ d'action de l'Union européenne, notamment en matière de reconnaissance mutuelle, amène à poser la question de la confiance mutuelle dans des termes larges, qui dépassent la répartition traditionnelle des rôles entre les autorités requérantes et requises.

## 2. Le rapprochement des législations pénales

L'utilité d'un rapprochement des législations pénales pour la confiance mutuelle est évidente : la confiance s'installera d'autant plus facilement que les législations qui régissent le fonctionnement des systèmes pénaux se ressemblent. Le rapprochement des législations en matière de droit pénal matériel mérite d'être abordé (A) mais c'est surtout le droit pénal procédural qui retiendra notre attention (B). On se limitera dans cette contribution à un état des lieux et à quelques considérations sur les perspectives futures <sup>7</sup>.

### A. Le rapprochement du droit pénal matériel

Le droit de l'Union a connu une vague de développement significative dans le secteur du droit pénal matériel entre 1997 et 2004 <sup>8</sup>. L'impulsion a été donnée alors que le traité d'Amsterdam, qui prévoit spécifiquement cette compétence, n'était pas encore finalisé ou entré en vigueur. Le Conseil européen de Tampere a encore prolongé cet élan en élargissant implicitement cette compétence que le traité semblait limiter au trafic de drogue, au terrorisme, à la traite des êtres humains et à la criminalité organisée <sup>9</sup>.

Pas moins de cinq actions communes et onze décisions-cadres ont été adoptées durant cette période, touchant à près de onze formes de criminalité différentes : trafic de drogue <sup>10</sup>, terrorisme <sup>11</sup>, traite des êtres humains <sup>12</sup>, exploitation sexuelle

---

<sup>7</sup> Pour une analyse détaillée du secteur de l'harmonisation des législations pénales, voy. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004.

<sup>8</sup> Le droit pénal matériel comprend les règles de fond qui déterminent le recours au pénal, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui servent au juge, comme grille de lecture en quelque sorte, pour déterminer, à propos d'un comportement particulier, si celui-ci est constitutif d'une infraction pénale et, si oui, quelle est la sanction applicable.

<sup>9</sup> Conclusion du Conseil européen des 15 et 16 octobre 1999 (Tampere), par. 48.

<sup>10</sup> Action commune du 17 décembre 1996 relative au rapprochement des législations et des pratiques entre les Etats membres de l'Union européenne en vue de lutter contre la toxicomanie et de prévenir et de lutter contre le trafic illicite de drogue (*JO*, n° L 342, 31 décembre 1996, p. 6) et décision-cadre du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue (*JO*, n° L 335, 11 novembre 2004, p. 8).

<sup>11</sup> Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (*JO*, n° L 164, 22 juin 2002, p. 3).

<sup>12</sup> Action commune du 24 février 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K 3 du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, *JO*, n° L 63, 4 mars 1997, p. 2 et décision-cadre du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, *JO*, n° L 203, 1<sup>er</sup> août 2002, p. 1.

des enfants <sup>13</sup>, aide à l'immigration clandestine <sup>14</sup>, criminalité organisée <sup>15</sup>, contrefaçon <sup>16</sup>, corruption <sup>17</sup>, fraude <sup>18</sup>, cybercriminalité <sup>19</sup>, blanchiment <sup>20</sup>, racisme <sup>21</sup> et pollution <sup>22</sup>.

<sup>13</sup> Action commune du 24 février 1997 précitée, décision-cadre du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (*JO*, n° L 13, 20 janvier 2004, p. 44) et décision du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet (*JO*, n° L 138, 9 juin 2000, p. 1).

<sup>14</sup> Décision-cadre du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, *JO*, n° L 328, 5 décembre 2002, p. 1.

<sup>15</sup> 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, *JO*, n° L 351, 29 décembre 1998, p. 1. Un projet de décision-cadre dans le même secteur est actuellement à l'examen (projet de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la criminalité organisée, COM (2005) 6 final du 19 janvier 2005).

<sup>16</sup> 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 (*JO*, n° L 140, 14 juin 2000, p. 1), décision-cadre du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces (*JO*, n° L 149, 2 juin 2001, p. 1).

<sup>17</sup> 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 (*JO*, n° C 195, 25 juin 1997, p. 2), action commune du 22 décembre 1998 relative à la corruption dans le secteur privé (*JO*, n° L 358, 31 décembre 1998, p. 2) et décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé (*JO*, n° L 192, 31 juillet 2003, p. 54).

<sup>18</sup> Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*JO*, n° C 316, 27 novembre 1995, p. 49), protocole du 27 septembre 1996 à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*JO*, n° C 313, 23 octobre 1996, p. 2) et deuxième protocole du 19 juin 1997 à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (*JO*, n° C 221, 19 juillet 1997, p. 12).

<sup>19</sup> Décision-cadre du Conseil relative aux attaques visant les systèmes d'information : le texte a fait l'objet d'un accord politique lors du Conseil Justice et affaires intérieures du 28 février 2003. Il figure dans le doc. 8687/1/03, 20 juin 2003.

<sup>20</sup> Action commune du 3 décembre 1998 concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (*JO*, n° L 333, 9 décembre 1998, p. 1) et décision-cadre du 26 juin 2001 concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (*JO*, n° L 182, 5 juillet 2001, p. 1).

<sup>21</sup> Action commune du 15 juillet 1996 concernant l'action contre le racisme et la xénophobie (*JO*, n° L 185, 24 juillet 1996, p. 5) ; une décision-cadre a été négociée mais la négociation n'a pas permis de dégager un accord (la proposition initiale est reprise dans le doc. COM (2001) 664 final du 6 décembre 2001, il n'y a pas de document public récent sur l'état des négociations).

<sup>22</sup> Décision-cadre du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (*JO*, n° L 29, 5 février 2003, p. 55) et projet de décision-cadre du Conseil visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de la pollution causée par les navires (projet finalisé mais pas encore adopté (pour le dernier document public, voy. doc. 16085/04)).

L'étendue du rapprochement est certes limitée, au point qu'on a pu parler de rapprochement « en trompe-l'œil »<sup>23</sup>. La portée des définitions des infractions est en effet fréquemment amoindrie par divers artifices légaux (exceptions, dérogations, ...) et ces définitions ne définissent en outre qu'un standard répressif minimal, rien n'empêchant les Etats membres d'adopter des définitions plus larges. En outre, le niveau d'harmonisation des taux de sanction est le plus souvent dérisoire. Ces carences s'expliquent notamment par le pilier institutionnel auquel ces travaux appartiennent et par l'exigence de l'unanimité au Conseil qui en est la marque principale. Dans ce domaine (le troisième pilier de l'UE), les Etats membres semblent souvent avoir pour unique souci celui de préserver leur droit national. Ainsi, les instruments législatifs adoptés indiquent plutôt le plus petit commun dénominateur entre les droits nationaux qu'une volonté d'aller de l'avant.

Mais, aussi limités qu'ils soient dans leur portée, ces travaux ont pu laisser croire à un mouvement de fond capable de faire émerger petit à petit une certaine politique pénale commune, en partant de la première étape du raisonnement pénal, c'est-à-dire la définition de ce qui constitue une infraction. Deux éléments viennent brusquement freiner ce mouvement.

Le premier élément est l'abandon partiel de la double incrimination dans la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen. La solution est désormais connue : si le comportement poursuivi par l'autorité d'émission fait partie d'un des trente-deux secteurs de criminalité énumérés dans une liste limitative, l'autorité d'exécution ne peut plus exercer de contrôle de la double incrimination<sup>24</sup>. La relation entre cette solution et le rapprochement des législations est doublement problématique. Tout d'abord, la liste est plus étendue que celle des infractions dont la définition a été harmonisée au niveau UE. Ensuite, même les secteurs de la liste contenue dans la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen correspondant à des secteurs qui ont fait l'objet d'un rapprochement sont décrits de manière générique, sans référence à une quelconque définition. En d'autres termes, il n'est même pas requis que l'autorité d'émission estime que le comportement poursuivi constitue une infraction au sens de la décision-cadre qui aborde la thématique en question. On supprime donc le lien entre le rapprochement des législations et le dépassement de l'obstacle de la double incrimination. L'utilité du rapprochement en devient beaucoup moins nette, le Conseil semblant n'accorder guère d'importance aux autres fonctions du rapprochement<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Voy. FLORE, D., « Droit pénal matériel et Union européenne », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 69-76 et WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations...*, *op. cit.*

<sup>24</sup> Article 2 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, *JO*, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

<sup>25</sup> Voy. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations...*, *op. cit.*

Le deuxième élément est la frilosité qui se dégage du traité constitutionnel dans ce secteur. Cet élément découle en partie du premier (l'utilité se fait moins nette) mais aussi du fait que, après avoir rapidement travaillé sur onze formes de criminalité, le Conseil semble avoir brusquement atteint les limites des secteurs dans lesquels l'harmonisation était politiquement nécessaire et juridiquement réaliste. Le traité constitutionnel énonce ainsi dix secteurs dans lesquels un rapprochement est possible selon les nouvelles règles institutionnelles, qui incluent notamment le vote à la majorité qualifiée <sup>26</sup>. Mais ces secteurs ont pour ainsi dire tous été déjà abordés <sup>27</sup>. Pour les autres secteurs, le traité constitutionnel prévoit que le début des travaux nécessitera une décision à l'unanimité des Etats membres avant de soumettre la négociation elle-même au processus normal et donc à la majorité qualifiée. On peut donc craindre que les Etats, craignant de se trouver parmi les opinions minoritaires au terme des négociations, fassent usage d'un droit de veto avant de commencer les travaux. Ce système pesant est encore alourdi par une procédure de « sonnette d'alarme » qui peut être déclenchée durant les négociations par tout Etat membre qui estime que le texte discuté « porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale ».

Le programme de La Haye, adopté par le Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004, reste d'ailleurs encore en deça des ambitions réduites contenues dans le traité constitutionnel <sup>28</sup>. Si des travaux ponctuels surgiront certainement suite à des événements médiatiques malheureux mettant l'accent sur une nouvelle forme de criminalité, l'entreprise générale de rapprochement progressif du droit pénal matériel semble bien mise pour un temps au placard.

### ***B. Le rapprochement du droit pénal procédural***

La relation entre le rapprochement des législations et le renforcement de la confiance mutuelle est plus directe encore pour ce qui concerne le droit pénal procédural, lequel mérite une analyse plus détaillée <sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Article III-270 du traité constitutionnel. Les formes de criminalité visées sont le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

<sup>27</sup> La seule exception est le trafic d'armes.

<sup>28</sup> Programme de La Haye, doc. 1429/1/04, point 3.3.2 : « Le Conseil européen rappelle que la définition de règles minimales concernant des aspects du droit procédural est envisagée par les traités en vue de faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et des décisions judiciaires ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les affaires pénales ayant une dimension transfrontière. Le rapprochement du droit pénal matériel poursuit les mêmes objectifs et concerne les domaines relevant de la criminalité particulièrement grave ayant une dimension transfrontière. Il y a lieu d'accorder la priorité aux domaines de criminalité qui sont spécifiquement évoqués dans les traités ».

<sup>29</sup> On entend par droit pénal procédural, ou droit pénal formel, les règles qui organisent le déroulement de l'enquête et du procès pénal. Le droit pénal procédural inclut les compétences des

Il faut d'emblée mentionner que ce rapprochement n'aura pas pour objectif premier de faire évoluer les deux grandes familles de systèmes pénaux évoquées ci-dessus vers un cadre unique. En effet, la décision de recourir au principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales avait précisément parmi ses objectifs de trouver une solution pour faire coexister ces deux ensembles de systèmes différents en évitant autant que possible de les adapter l'un à l'autre. Si cette coexistence de systèmes aux traits perçus comme étranges par l'autre partie est un défi pour la confiance mutuelle, l'établissement de cette dernière ne passera pas d'abord par le rapprochement des législations. D'autres mesures, telles que la formation ou les contacts directs entre autorités compétentes, seront donc particulièrement nécessaires dans ce cadre.

Mais cette décision de préserver les cultures différentes dans les systèmes judiciaires, qui a motivé en partie la reconnaissance mutuelle, n'implique pas nécessairement le renoncement à tout rapprochement des législations procédurales. Par-delà les divisions entre systèmes anglo-saxons et systèmes de tradition latine, certaines différences majeures entre les procédures pénales nationales peuvent aboutir à des résultats tellement éloignés qu'ils empêchent le développement de la confiance mutuelle. Quelques travaux visant un rapprochement en termes de qualité (1) comme en termes d'efficacité (2), sont progressivement développés. On verra néanmoins que les perspectives offertes par les récentes impulsions du traité constitutionnel et du programme de La Haye n'incitent guère à l'enthousiasme (3).

### *1. Un rapprochement vers une plus grande qualité des procédures*

Il est frappant de constater que le premier instrument adopté dans le secteur du rapprochement des procédures pénales n'a pas directement d'impact sur la confiance entre autorités judiciaires mais plus sur la confiance du citoyen dans l'espace européen. Ce premier instrument est en effet la décision-cadre sur la place des victimes dans les procédures pénales du 15 mars 2001<sup>30</sup>. Elle contient un ensemble de règles visant à prendre en compte les intérêts de la victime tout au long de la procédure<sup>31</sup>. La décision-cadre est rédigée en termes vagues mais cette imprécision doit être relativisée en prenant en compte l'interprétation que la Cour de justice pourra donner des différentes obligations que le texte contient<sup>32</sup>.

---

autorités impliquées (parquet, juge, police, ...) et leurs relations réciproques, et fournit un corps de règles censées assurer l'équilibre entre la protection des droits des personnes concernées par l'affaire en question et l'efficacité de l'enquête et du procès. Il contient également les règles relatives à l'exécution de la peine, mais pas les taux de peine définis pour chaque type d'infraction qui relèvent du droit pénal matériel.

<sup>30</sup> Décision-cadre du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, *JO*, n° L 82, 22 mars 2001, p. 1.

<sup>31</sup> Voy. DE BIOLLEY, S. et WEYEMBERGH, A., « L'espace pénal européen et les droits des victimes », à paraître dans la *Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles*.

<sup>32</sup> Demande de décision préjudicielle présentée par ordonnance du Tribunale di Firenze – Sezione GIP –, dans la procédure pénale pendante contre Maria Pupino (affaire C-105/03), *JO*, n° C 146, 21 juin 2003, p. 16 et conclusions de l'avocat général, J. Kokott présentées le 11 novembre 2004, aff. C-105/03, *Procédure pénale c. Maria Pupino*, par. 36 (disponibles sur le site de la CJ à l'adresse suivante : <http://curia.eu.int>).

Outre ses mérites intrinsèques, la décision-cadre sur les victimes aura eu pour effet, sans peut-être que les Etats membres en aient pris conscience à l'époque, d'ouvrir la voie du rapprochement des procédures pénales en créant un précédent en termes de base juridique pour une compétence de l'Union dans ce secteur.

L'Union s'est depuis engagée prudemment dans un autre champ de garanties procédurales, abordant cette fois celles qui profitent à l'inculpé. Ces travaux ont certes également pour objectif la confiance du citoyen puisqu'il s'agit notamment d'assurer à ce dernier certains droits lorsqu'il fait l'objet de poursuites pénales en dehors de son pays d'origine. Si les travaux s'appliquent à toutes les procédures pénales, ils sont en effet surtout motivés par la nécessité de développer des standards communs dans les affaires transnationales. Mais ces travaux devraient également avoir un effet sur le climat de coopération entre les autorités judiciaires elles-mêmes. En fixant des standards élevés de droits de la défense dans tous les Etats membres, ils sont de nature à renforcer la confiance qu'a l'autorité d'exécution dans la qualité de la procédure en place dans l'Etat d'émission.

Ces travaux visant les droits de la défense se sont matérialisés par la proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne <sup>33</sup>. Déposée le 7 mai 2004 par la Commission européenne, cette décision-cadre est en négociation depuis septembre 2004 au sein du Conseil et semble avoir passé avec succès le cap de l'examen de la base juridique <sup>34</sup>. Son champ d'application se limite à certains types de droits procéduraux, couvrant principalement le droit à être assisté d'un avocat, l'assistance juridique, les questions de traduction et d'interprétation aux différentes phases de la procédure, la protection des personnes vulnérables ainsi que l'information de l'inculpé sur les droits dont il jouit, abordée sous l'angle d'une déclaration des droits qui devrait être portée à la connaissance de toute personne inculpée sur le territoire de l'Union. La Commission a ainsi habilement mis l'accent, dans ce premier instrument sur les garanties procédurales, sur des secteurs dans lesquels il y avait lieu de compléter ou de préciser les règles qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

<sup>33</sup> COM (2004) 328 final.

<sup>34</sup> On notera que le projet a reçu le soutien de la Chambre des Lords alors qu'on pouvait craindre une opposition des pays anglo-saxons peu enclins à voir l'Union s'immiscer dans le déroulement des procédures pénales nationales. Ce soutien britannique à la proposition a été facilité par le fait que le Royaume-Uni dispose de règles plus contraignantes que la plupart des autres Etats membres pour ce qui concerne la protection des droits visés dans la décision-cadre. La tactique de la Commission européenne consistant à limiter les types de droits abordés dans la décision-cadre s'avère donc payante. On peut en effet penser que l'approche britannique aurait été moins favorable à un rapprochement des législations dans ce secteur s'il avait porté sur des questions comme le droit au silence, où le Royaume-Uni fait moins figure de bon élève. House of Lords, European Union Committee, 1<sup>st</sup> Report of Session 2004-05, Procedural Rights in Criminal Proceedings ([www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldselect/lddeucom/28/28.pdf](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldselect/lddeucom/28/28.pdf)).

Vu l'impact budgétaire de beaucoup de ces questions, il ne faut guère s'attendre, surtout dans le troisième pilier, à ce que le texte fixe des objectifs précis<sup>35</sup>. On peut d'ores et déjà compter sur l'inventivité du Conseil pour recourir aux nuances habituelles pour les obligations contenues dans l'instrument, avec des formulations de type « si nécessaire », « le cas échéant », ... Il faut néanmoins rappeler que, s'il appartiendra aux Etats membres de mettre en œuvre les obligations ainsi nuancées dans leurs systèmes nationaux, c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui sera compétente pour interpréter la portée de ces nuances par la voie de questions préjudicielles qui pourront être portées par les juridictions nationales. Elle aura ainsi l'occasion de donner une nouvelle vie à la décision-cadre malgré ses imperfections<sup>36</sup>.

Dans sa communication qui accompagnait le projet de décision-cadre, la Commission précisait qu'il s'agissait d'un premier volet d'un ensemble plus vaste, qui devrait notamment concerner les droits dans le cadre de la détention préventive ainsi que l'admissibilité des preuves. Rien ne laisse pourtant présager de développements à court terme dans ces secteurs. S'agissant de la détention préventive, des travaux sont certes en cours mais ils concernent la reconnaissance mutuelle des alternatives à la détention et ne visent pas le rapprochement des législations<sup>37</sup>. Une décision-cadre sur l'obtention des preuves à l'étranger est également en négociation mais n'aborde pas la question de l'admissibilité des preuves<sup>38</sup>.

## 2. *Efficacité*

Des travaux sont également développés dans lesquels le rapprochement vise à créer des standards minima qui ne concernent pas les garanties procédurales mais au contraire l'efficacité de la procédure. Mais il faut d'emblée préciser que ces travaux se déroulent de manière isolée. S'ils attestent d'une compétence de l'Union dans ce secteur, ils ne sauraient témoigner d'une volonté du Conseil de mettre en œuvre cette compétence dans le cadre d'un projet global de rapprochement des législations.

Les deux projets concernent, d'une part, la charge de la preuve en matière de confiscation et, d'autre part, la conservation de certaines données électroniques et leur accès dans le cadre de l'enquête pénale.

---

<sup>35</sup> Sur une discussion similaire en termes d'impact sur le budget de la justice, voy. la négociation de la directive sur l'indemnisation des victimes de la criminalité, qui a également débouché sur un texte purgé de seuils précis. Directive du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, *JO*, n° L 261, 6 août 2004, p. 15. Sur cette question, voy. notamment DE BIOLLEY, S. et WEYEMBERGH, A., *op. cit.*

<sup>36</sup> Voy. l'affaire *Pupino* précitée.

<sup>37</sup> Livre vert sur la reconnaissance mutuelle des mesures de contrôle pré-sentencielles non privatives de liberté, 17 août 2004, COM (2004) 562 final.

<sup>38</sup> Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuves, COM (2003) 688 final.

Le premier instrument est la décision-cadre du 24 février 2005 sur la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime <sup>39</sup>. Cet instrument suit une évolution observée dans certains systèmes nationaux qui tend à un « partage » de la charge de la preuve en matière de confiscation <sup>40</sup>. Un tel partage aboutit à ce que le ministère public ne doit plus apporter la preuve formelle du lien direct entre le patrimoine de l'intéressé et l'infraction commise. Une suspicion raisonnable sur la provenance de certains biens suffit pour que l'inculpé soit placé dans une position où c'est désormais à lui de prouver l'origine légale des biens en question <sup>41</sup>.

Le texte final reflète la politique du compromis dans le troisième pilier et laisse penser que la critique d'une « harmonisation en trompe-l'œil » énoncée pour le droit pénal matériel vaudra également pour le droit pénal procédural. Le texte laisse en effet plusieurs alternatives aux Etats membres, qui ne constituent pas des moyens différents pour aboutir à une même solution mais des niveaux différents de charge de la preuve <sup>42</sup>.

Mais ce qui est surtout intéressant pour le thème qui nous occupe, c'est le lien entre cette décision-cadre et celle qui règle la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation <sup>43</sup>. Cette relation montre en effet toutes les limites de la confiance mutuelle en ce qui concerne les procédures pénales. Confrontée à ces différences dans les législations nationales que la décision-cadre d'harmonisation laisse subsister en matière de partage de la charge de la preuve, la décision-cadre de reconnaissance mutuelle pouvait contenir deux solutions différentes pour le cas suivant : l'autorité d'exécution est invitée à exécuter une décision de confiscation prise en application de règles créant un « renversement » de la charge de la preuve plus étendu que celles en vigueur dans l'Etat d'exécution.

Une première solution aurait été de considérer que les différentes alternatives consacrées dans la décision-cadre de rapprochement maintiennent un niveau certes différent mais néanmoins acceptable de protection des droits de la défense, sans quoi elles n'auraient pas été inscrites explicitement dans un texte adopté par tous les Etats membres. Fidèle au principe de la confiance mutuelle, on aurait alors considéré que ces différences ne doivent pas empêcher l'exécution de la décision étrangère.

Moins en phase avec l'objectif d'intégration européenne mais plus orthodoxe sur le plan juridique, la deuxième solution consistait à considérer que puisque l'Etat

---

<sup>39</sup> Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, *JO*, n° L 68, 15 mars 2005, p. 49.

<sup>40</sup> Voy. notamment la loi belge du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, *MB*, 14 février 2003.

<sup>41</sup> Voy. notamment DE BIOLLEY, S., « L'harmonisation des procédures », in FLORE, D. (dir.), *Actualités de droit pénal européen*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 111 et s.

<sup>42</sup> Article 3, par. 2 de la décision-cadre du 24 février 2005.

<sup>43</sup> Projet de décision-cadre relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation. Ce projet a fait l'objet d'un accord politique au Conseil du 8 juin 2004 mais n'est pas encore formellement adopté, doc. 10027/04.

d'exécution n'a pas été aussi loin que l'Etat d'émission dans le renversement de la charge de la preuve, cela implique que le législateur de l'Etat d'exécution a considéré qu'un tel renversement violerait le droit au procès équitable. Il n'est donc pas possible d'exécuter la décision étrangère prise en application d'une telle norme jugée illégale dans l'Etat d'exécution.

C'est la deuxième solution qui a été choisie, montrant à quel point est précaire le postulat de la confiance mutuelle <sup>44</sup>.

Le deuxième instrument de rapprochement des procédures pénales visant à rendre celles-ci plus « performantes » concerne la conservation de certaines données électroniques par les fournisseurs de services de télécommunications et l'accès à ces données par les autorités répressives aux fins de l'enquête pénale <sup>45</sup>. Il ne paraît pas justifié d'entrer ici dans les détails de l'instrument en question. Sa négociation est en effet encore peu aboutie et tout le dispositif proposé est mis en danger par une querelle entre la Commission et les Etats membres sur le secteur institutionnel approprié (premier ou troisième pilier). Il suffit ici d'insister sur le fait que l'instrument ne contient pas seulement l'obligation pour les fournisseurs de service de conserver certaines données mais également des règles générales encadrant l'accès à celles-ci par les autorités répressives. Si le projet de décision-cadre a pour objectif premier d'amener tous les systèmes nationaux à un même niveau d'efficacité en termes de disponibilité de certaines données pour l'enquête pénale, il comporte aussi subsidiairement des règles sur les droits de la défense <sup>46</sup>. Celles-ci ne constituent rien d'autre que l'expression de principes communément admis et découlant de la convention 108 du Conseil de l'Europe sur la protection des données ou de l'article 8 de la CEDH qui concerne la protection de la vie privée. Mais il faut ici aussi rappeler que ces règles générales suffisent à créer une compétence de la Cour de justice des Communautés européennes qui pourra désormais intervenir sur ces aspects via le mécanisme des questions préjudicielles.

### 3. *Perspectives pour le rapprochement des procédures pénales*

Hormis les secteurs de la charge de la preuve en matière de confiscation et de l'accès à certaines données électroniques, il n'existe aucun signe de développement futur tendant à dégager des principes communs d'efficacité des procédures pénales. Comme on l'a vu précédemment, les perspectives sont presque aussi ténues du côté des droits de la défense.

---

<sup>44</sup> Combinaison des articles 2 d) iii) et 7, par. 2*bis* du projet de décision-cadre (doc. 10027/04).

<sup>45</sup> Projet de décision-cadre sur la rétention de données traitées et stockées en rapport avec la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de données transmises via des réseaux de communications publics, aux fins de la prévention, la recherche, la détection, la poursuite de délits et d'infractions pénales, y compris du terrorisme, doc. 8958/04.

<sup>46</sup> Voy. les articles 6 et 7 du projet.

Le traité constitutionnel n'est guère plus encourageant. On peut ainsi se réjouir de voir l'article III-270, par. 2 évoquer plus explicitement que le traité d'Amsterdam le rapprochement du droit procédural. Mais le nouveau traité semble fermer plus de portes qu'il n'en ouvre. Le texte mentionne ainsi seulement trois secteurs dans lesquels le rapprochement est prévu : l'admissibilité des preuves, les droits de la défense et les droits de la victime. Comme pour le droit pénal matériel, le traité se borne donc principalement à confirmer une compétence qui avait déjà été mise en œuvre sous le régime précédent. Parmi les deux autres champs d'action annoncés par la Commission européenne, seule l'admissibilité des preuves est incluse, ce qui semble condamner une immixtion dans le thème de la détention préventive (voy. *supra*). Cette liste des trois domaines n'est certes pas tout à fait exhaustive puisque le traité prévoit que le Conseil pourra prendre la décision d'y ajouter d'autres thèmes. Mais cette décision devra être prise à l'unanimité. On ne peut que répéter ce qui a été dit à propos du droit pénal matériel : afin d'éviter tout risque de voir une loi-cadre adoptée à la majorité qualifiée qui ne correspondrait pas totalement à leur législation interne, les Etats membres seront tentés de bloquer la décision de commencer les travaux. La procédure de la sonnette d'alarme déjà évoquée pour le rapprochement dans le domaine du droit pénal matériel est en outre également d'application pour ce secteur du droit procédural.

Si le traité constitutionnel n'est pas encourageant, le programme de La Haye adopté par le Conseil européen le 5 novembre 2004 ne semblait laisser aucun espoir sur les ambitions à court terme en matière de rapprochement. Non seulement le programme de La Haye aborde à peine la question de manière explicite, mais cette maigre référence se borne à une énonciation des limites dans lesquelles ce rapprochement doit s'inscrire. Mais ce silence du programme de La Haye doit être doublement relativisé.

Tout d'abord, le programme de La Haye a été adopté peu de temps après le traité constitutionnel et donc avant l'ouverture des référendums sur ce dernier. Il a pu sembler nécessaire de ne pas apporter de l'eau au moulin des euro-sceptiques et d'éviter toute référence à des travaux pouvant laisser penser que l'Union européenne risquait de s'immiscer indûment dans des secteurs réservés aux Etats membres. Rien n'empêchera le Conseil d'étendre ultérieurement ses travaux de manière plus large que ce que le programme prévoit. Certes les Etats les moins enthousiastes concernant le rapprochement des législations auront beau jeu de s'appuyer sur le programme de La Haye pour rappeler que celui-ci contient les priorités principales et qu'il faut éviter les travaux qui n'en font pas partie.

Un deuxième élément doit surtout être pris en considération pour relativiser le silence du programme de La Haye en matière de rapprochement. Il s'agit du plan d'action adopté par le Conseil le 2 juin 2005 sur la base d'une proposition de la Commission <sup>47</sup>. Ce plan d'action vient détailler le programme de La Haye en identifiant plus précisément les objectifs à atteindre et en listant notamment

---

<sup>47</sup> Doc. 9778/05.

les instruments législatifs à adopter ou à proposer. Or, et le mérite en revient à la Commission qui a rédigé la première version du plan d'action, celui-ci contraste nettement avec le programme de La Haye en ce qu'il contient une partie explicitement consacrée au « rapprochement » et qui porte sur les procédures pénales. Certes, cette partie ne fait référence qu'aux futures initiatives de la Commission européenne et ne préjuge pas de la position des Etats membres. Toutefois, le fait que ceux-ci ne se sont pas opposés à ce que le rapprochement des procédures pénales soit inscrit noir sur blanc dans le plan d'action montre que l'opposition ferme à cette entreprise apparaît de plus en plus intenable.

Les pistes pour un renforcement de la confiance mutuelle par le rapprochement des législations procédurales sont nombreuses et certaines sont reprises dans le plan d'action.

On a déjà mentionné les secteurs de l'admissibilité des preuves et de la détention préventive <sup>48</sup>. Il faut éviter par ailleurs les secteurs plus sensibles en termes de différences entre les familles de systèmes procéduraux tels que : légalité ou opportunité des poursuites, plaider-coupable (ou *plea-bargaining*), ... Mais des standards communs d'efficacité et de qualité sont envisageables et nécessaires dans d'autres domaines comme par exemple le droit au silence (droit de ne pas contribuer à sa propre mise en cause) <sup>49</sup>, les méthodes particulières d'enquête <sup>50</sup> ou la procédure de jugement *in absentia* <sup>51</sup>. Plus fondamentale encore est la question du régime pénitentiaire. La prison restant malheureusement la base, fût-ce comme menace ultime, de tout le système pénal, des problèmes comme la surpopulation dans les prisons ou les mauvais traitements envers les détenus ne peuvent qu'avoir un effet désastreux sur le développement de la confiance mutuelle. Une manière d'aborder le problème dans ces différents secteurs serait tout simplement d'envisager de reformater en instruments juridiques contraignants de l'Union européenne certaines règles indicatives développées principalement au sein du Conseil de l'Europe <sup>52</sup>. Mais le plan d'action de mise en œuvre du programme de La Haye reste silencieux dans

---

<sup>48</sup> S'agissant de l'obtention des preuves, un livre vert puis une initiative législative sont annoncés par le plan d'action de mise en œuvre du programme de La Haye.

<sup>49</sup> Le plan d'action précité évoque un livre vert mais ne vise pas explicitement de travail législatif.

<sup>50</sup> Les méthodes d'enquête ne sont pas visées dans la partie « rapprochement » du plan d'action mais elles pourraient être visées par l'objectif « élaboration de normes minimales pour le recours transfrontière à des techniques d'enquête » repris dans la partie « amélioration de la coopération opérationnelle » (point 3.4).

<sup>51</sup> Un livre vert et une initiative législative sont prévus dans le plan d'action précité.

<sup>52</sup> On attire notamment l'attention sur la recommandation R (87) 3 sur les règles pénitentiaires européennes, adoptée le 12 février 1987 et dont une mise à jour est actuellement en cours ainsi que sur les travaux en cours en vue d'une recommandation sur les techniques spéciales d'enquête (voy. les travaux du PC-TI (c'est-à-dire le Groupe de travail du Conseil de l'Europe, dépendant du CDPC et consacré aux techniques d'enquêtes) dans la partie « coopération juridique – lutte contre le terrorisme dossiers thématiques » du site du Conseil de l'Europe, [www.coe.int](http://www.coe.int)).

ce secteur. La Commission semble réticente à aborder ce large chantier. On imagine aisément les raisons possibles: l'immensité de la tâche, la crainte d'effrayer les Etats membres sur l'élargissement du champ d'action de l'Union dans le secteur pénal voire même une réticence à empiéter sur l'une des rares compétences « exclusives » du Conseil de l'Europe dans ce secteur. Mais le développement d'un espace européen de justice pénale nécessite qu'un jour ou l'autre l'Union européenne aborde de front le problème de la prison.

Ces perspectives et ces limites doivent être gardées à l'esprit. Mais il paraît en tous les cas certain que l'entreprise de rapprochement se fera à un rythme très lent. Il est donc d'autant plus important de mettre l'accent sur les mesures plus pratiques de renforcement de la confiance mutuelle.

### **3. La formation des acteurs**

S'agissant de la formation, il faut d'emblée noter qu'il ne s'agit pas ici d'aborder la formation développée au plan strictement national pour l'application de la législation interne. Une telle formation est certes de nature à améliorer les systèmes judiciaires et donc à renforcer la confiance mutuelle mais elle ne relève pas du niveau de l'Union. Envisagée au niveau européen, la formation a principalement deux objectifs : faire intégrer l'esprit de la confiance mutuelle, d'une part, et former aux différences entre les systèmes, d'autre part.

Le premier objectif n'est pas réellement une mesure de renforcement de la confiance. Il s'agit plutôt de faire en sorte que les acteurs eux-mêmes soient conscients des nouvelles règles qui constituent la conséquence de cette confiance mutuelle décrétée par le Conseil et adhèrent au cadre général dans lequel ces règles s'inscrivent. Il faut en d'autres termes faire entrer la confiance mutuelle dans l'horizon culturel des autorités judiciaires et dans leur état d'esprit. Cela implique de faire comprendre aux acteurs que la position de méfiance originelle qui pouvait être celle de la coopération judiciaire classique ne correspond pas à l'espace judiciaire européen. Cela passe notamment par des efforts de formation accrus qui ne mettent pas seulement l'accent sur les normes nouvelles mais aussi sur l'esprit général que ces normes expriment.

Mais il ne suffit pas d'avoir des magistrats enclins à se faire confiance. Cette prédisposition favorable ne résistera pas à une confrontation brute avec les différences fondamentales qui continuent d'exister entre les systèmes nationaux. Cette confrontation peut en effet se transformer en véritable choc culturel judiciaire provoquant un repli sur soi. S'il n'est souvent pas possible, comme on l'a vu précédemment, de supprimer ces différences, il est possible en revanche d'expliquer les motifs qui sous-tendent celles-ci. Une telle remise en contexte suffira le plus souvent pour empêcher ce choc culturel et un réflexe de méfiance face à la différence.

Le cadre dans lequel ces efforts de formation doivent se dérouler est insuffisamment développé et repose principalement sur les autorités nationales, ce qui risque d'engendrer des différences dans les niveaux de formation. Des perspectives nouvelles mais limitées sont annoncées par le développement du Réseau européen de formation judiciaire et les nouveaux programmes de financement communautaire.

Le Réseau européen de formation judiciaire s'est constitué sur une base informelle dès 2000<sup>53</sup>. Il couvre à la fois la justice civile et la justice pénale. Evoqué dans les conclusions du sommet européen de Laeken (décembre 2001), le Réseau de formation a acquis la personnalité juridique sous la forme d'une association de droit belge. Même après son « institutionnalisation » comme association de droit, le Réseau souffre de difficultés de fonctionnement dues à des financements limités. Une solution a pu être trouvée en 2005 pour que le Réseau soit financé sur la base du programme communautaire AGIS. Son secrétariat permanent est depuis peu situé à Bruxelles. Créé à l'initiative des autorités nationales de formation, le réseau témoigne de la prise de conscience au niveau national de l'importance d'un échange plus poussé entre les Etats de l'Union. Il constitue un forum utile pour dégager des priorités communes et créer des partenariats entre ses membres.

Mais ces fonctions correspondent à une phase de l'intégration européenne dans le secteur judiciaire qui est aujourd'hui dépassée pour ce qui concerne la coopération entre les autorités judiciaires elles-mêmes. Il paraît urgent de voir la formation judiciaire accéder au même stade de développement que celui amorcé par la création d'Eurojust ou le processus de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Pour poursuivre l'analogie entre la coopération judiciaire et la formation judiciaire, on notera que le RJE (Réseau judiciaire européen) ne se limite plus à un groupe de spécialistes de la coopération judiciaire mais a développé des outils techniques à disposition de tous les magistrats pour faciliter cette coopération<sup>54</sup>. De la même manière, le Réseau européen de formation ne devrait pas se limiter à une fonction de « forum » et de répartition des formations entre ses membres. Trois domaines d'action pourraient ainsi être investis.

Le premier est l'élaboration de formations types sur les règles européennes régissant la coopération judiciaire. Il ne s'agit pas de dispenser les formations mais de créer un outil pédagogique qui pourra être utilisé par les autorités nationales de formation afin de remplir un double objectif : assurer que les formations données au niveau national le sont sur des bases communes, d'une part, et donner des outils « pré-fabriqués » aux autorités nationales de formation qui disposent de peu de ressources propres, d'autre part. De premiers travaux sont en cours de ce côté<sup>55</sup>.

Le deuxième objectif est classique dans le secteur de la formation mais son utilité sera d'autant plus évidente dans la perspective de développement de formations types. Il s'agit de « former les formateurs ». Cette exigence découle notamment de considérations linguistiques et financières. Dans les pays dans lesquels l'expertise en

---

<sup>53</sup> Site web du Réseau européen de formation judiciaire : [www.ejtn.net](http://www.ejtn.net).

<sup>54</sup> Le RJE a notamment développé un « Atlas » permettant à toute autorité judiciaire d'identifier l'autorité localement compétente dans un autre Etat membre pour recevoir sa demande d'entraide.

<sup>55</sup> Voy. notamment le projet de l'Institut d'études européennes de l'Université libre de Bruxelles visant l'élaboration d'un module standard de formation sur la coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne.

matière de coopération judiciaire UE fait encore défaut, il est préférable de former des formateurs nationaux qui vont pouvoir ensuite à moindre frais dispenser la formation dans la langue des participants plutôt que d'envoyer ponctuellement des experts d'autres Etats membres qui n'atteindront leur audience que via un double filtre de traduction et moyennant des coûts de déplacement importants <sup>56</sup>.

Enfin, il paraît essentiel que le Réseau européen de formation judiciaire soit impliqué de manière plus structurelle dans les efforts de formation déployés pour les pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne. Cela s'imposera tout particulièrement si le Réseau obtient des résultats dans les deux objectifs précédents mais une intensification de cette participation s'impose dès maintenant. La coopération en matière pénale et la confiance mutuelle dans ce secteur sont en effet devenues un élément clé du processus d'adhésion <sup>57</sup>. Or, si des efforts considérables sont déployés par la Commission européenne à travers divers programmes dans ces secteurs, notre expérience personnelle dans la participation à des séminaires de formation organisés pour les futurs Etats membres laisse penser que, si l'expertise des formateurs envoyés par la Commission européenne n'est sans doute pas à remettre en cause, l'approche strictement pédagogique ne semble pas être réellement développée et évaluée. Une association systématique du Réseau européen de formation judiciaire pour superviser ces programmes paraît ainsi s'imposer.

Certes, rien dans les règles de fonctionnement du Réseau n'interdit à ce dernier de déjà investir ces champs d'action. Mais son mode de fonctionnement actuel, même s'il a connu une amélioration significative ces derniers mois sur le plan financier, empêche des développements aussi ambitieux. Notons que la structure en réseau n'est pas à remettre en cause au sens où elle implique un pouvoir de décision situé dans le chef des autorités nationales membres du Réseau. Le développement du Collège européen de police (CEPOL) montre que cette caractéristique peut être maintenue tout en renforçant considérablement l'organe <sup>58</sup>. Le budget du CEPOL est de cinq millions d'euros pour l'année 2005, ce qui couvre notamment les rémunérations pour une équipe permanente de dix-sept personnes, alors que ce budget reste à charge des Etats membres <sup>59</sup>. En outre, la décision a été prise récemment de faire évoluer le CEPOL vers une véritable agence européenne financée sur fonds communautaires <sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> Les experts sont généralement invités à donner une formation en anglais qui n'est le plus souvent pas leur langue maternelle.

<sup>57</sup> Voy. la contribution de PITTO, E., au présent ouvrage.

<sup>58</sup> Créé en 2000 (décision du Conseil du 22 décembre 2000 portant création du Collège européen de Police (CEPOL), *JO*, n° L 336, 30 décembre 2000, p. 1). Le CEPOL a reçu en juin 2004 la personnalité juridique et son siège a été fixé à Bramshill (Royaume-Uni) : voy. les deux décisions du Conseil du 26 juillet 2004 modifiant la décision 2000/820/JAI portant création du Collège européen de police (CEPOL), *JO*, n° L 251 du 27 juillet 2004, p. 19 et p. 20.

<sup>59</sup> Doc. 10059/04.

<sup>60</sup> Proposition de décision du Conseil instituant le Collège européen de police (CEPOL) en tant qu'organe de l'Union européenne, COM (2004) 623 final. Le Conseil JAI du 24 février 2005 ne s'est pas encore prononcé sur la redéfinition de la structure et des tâches du CEPOL proposées par la Commission mais a d'ores et déjà accepté le principe d'une transformation en agence européenne (doc. 6228/05, p. 11).

A l'évidence, cela ne peut qu'inciter à donner un nouvel élan au Réseau européen de formation judiciaire.

Ce nouvel élan semble d'ailleurs annoncé par le programme de La Haye adopté les 4 et 5 novembre 2004. Le Conseil européen y invite en effet la Commission européenne à « élaborer dans les meilleurs délais une proposition visant à créer, pour les autorités judiciaires, à partir des structures existantes, un réseau européen efficace de formation »<sup>61</sup>. Dans la mesure où le réseau en question existe déjà, la mention dans le programme de La Haye pourrait annoncer un renforcement institutionnel de ce dernier. Le plan d'action de mise en œuvre du programme de La Haye adopté le 2 juin 2005 annonce d'ailleurs une initiative législative dans ce sens<sup>62</sup>.

Outre le développement du Réseau européen de formation judiciaire, il faut mentionner l'ouverture récente par la Commission européenne d'un programme spécifique sur la formation judiciaire. Celle-ci pouvait déjà être couverte par le programme de financement général pour le secteur pénal (programme AGIS). Le fait que la Commission décide, sur impulsion du Parlement européen, d'y consacrer un programme spécifique atteste de l'importance grandissante reconnue à ce secteur.

Le nouveau programme est qualifié de « programme d'échange » entre autorités judiciaires. L'échange des magistrats ne constitue en réalité qu'une partie des objectifs du programme. Cet échange, qualifié parfois d'« Erasmus des juges » par référence au célèbre programme d'échange étudiant entre universités européennes, semble renvoyer directement au renforcement de la confiance mutuelle. Le fait pour un magistrat de passer quelque temps en immersion dans le système judiciaire d'un autre Etat membre constitue en effet une solution intéressante pour favoriser une compréhension réciproque des différents systèmes et désamorcer les réflexes de méfiance que suscite le contact avec la différence.

Ce nouveau programme prévoit également des financements pour la conception d'outils pédagogiques et de processus d'étude en ligne. Cela renvoie à la nécessité déjà évoquée plus haut à propos du réseau européen de formation judiciaire de développer des outils de soutien à la formation. L'étude en ligne, ou *e-learning*, constitue également une piste intéressante même si la priorité de ce côté devrait d'abord être de donner aux autorités judiciaires l'équipement informatique adéquat. Enfin, le nouveau programme de financement prévoit accessoirement des budgets pour les rencontres entre écoles de formation qui auraient notamment pour but le développement des deux objectifs précédents. La relation entre cette partie du nouveau programme et le Réseau européen de formation est incertaine.

La première édition de ce programme a eu lieu en 2004, couvrant donc les projets qui ont débuté avant le 31 décembre 2004. Le premier appel à projets n'ayant pas suscité suffisamment de dépôts de candidatures, un nouvel appel a dû être émis. Si le démarrage de ce programme s'est ainsi avéré difficile, il faut espérer que sa deuxième édition en 2005 permettra de dynamiser le secteur de la formation judiciaire dans le secteur pénal.

---

<sup>61</sup> Point 3.2. du programme de La Haye (doc. 1429/1/04).

<sup>62</sup> Doc. 9778/05, point 4.1.

Cette dynamisation pourra en outre s'appuyer sur la référence à la formation judiciaire qui apparaît pour la première fois dans le traité <sup>63</sup>, même si la manière dont sera mise en œuvre cette compétence de l'Union est à ce jour imprécise au-delà du renforcement du réseau européen de formation judiciaire et du soutien financier aux formations.

#### 4. L'évaluation

Les mécanismes d'évaluation ne constituent pas, à la différence du contrôle juridictionnel, une garantie de la qualité et de l'efficacité des systèmes nationaux mais ils contribuent au développement de la confiance mutuelle. Parfois, comme on le verra pour le mécanisme d'évaluation mutuelle, c'est la procédure d'évaluation et les interactions qu'elle emporte qui vont favoriser la confiance. Mais le plus souvent, cette contribution se fait de manière négative. L'évaluation met en évidence des lacunes et ce constat met en danger la confiance mutuelle. Mais la prise de conscience de ces lacunes va permettre d'y remédier et ainsi aboutir à une amélioration des standards minima.

Aucun mécanisme d'évaluation n'est susceptible actuellement de provoquer un contrôle juridictionnel au niveau européen mais les évaluations qu'on décrira ci-dessous peuvent être prises en compte par le juge national dans le cadre de l'application des instruments fondés sur la confiance mutuelle. En outre, les différentes évaluations pourraient contribuer à amorcer la procédure visée à l'article 7 du traité UE menant à la constatation de violation grave et persistante dans le chef d'un Etat des principes énoncés à l'article 6 du traité UE (démocratie, Etat de droit, droits de l'homme et libertés fondamentales) et pouvant déboucher sur la suspension de certains droits de l'Etat en question. Cette procédure pourrait notamment comporter la suspension de l'application du processus de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales rendues par les autorités de l'Etat en question.

Seuls les mécanismes spécifiques à l'Union européenne sont ici abordés. Il existe en réalité un faisceau de contrôles divers fonctionnant sous le mode de l'évaluation et organisés au niveau international. Beaucoup concernent la qualité des systèmes pénaux : Comité pour la prévention de la torture (CPT, Conseil de l'Europe <sup>64</sup>), Comité des droits de l'homme (ONU <sup>65</sup>), ... Quelques-uns concernent plutôt l'efficacité de l'appareil préventif et répressif, comme le contrôle réalisé par le GAFI (Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux <sup>66</sup>). D'autres enfin portent sur ces deux aspects comme le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO, Conseil de l'Europe <sup>67</sup>). La relation entre certains de ces mécanismes de contrôle internationaux et ce qui existe dans l'Union européenne est d'ailleurs en question à trois niveaux.

---

<sup>63</sup> Article III-270 du traité constitutionnel.

<sup>64</sup> [www.cpt.coe.int](http://www.cpt.coe.int)

<sup>65</sup> [www.unhchr.ch](http://www.unhchr.ch)

<sup>66</sup> [www.fatf-gafi.org](http://www.fatf-gafi.org)

<sup>67</sup> [www.greco.coe.int](http://www.greco.coe.int)

Premièrement, parce qu'il y a de plus en plus de secteurs, abordés au niveau international avec un mécanisme d'évaluation spécifique, dans lesquels l'Union développe ses propres règles, plus élaborées et plus contraignantes. La mise en œuvre de ces règles de l'Union étant évaluée par la Commission, cette évaluation et celle mise en œuvre au niveau international vont donc coexister. Deuxièmement, l'adhésion de la Communauté à des instruments internationaux crée également une charge pour la Commission européenne de veiller à ce que la Communauté, y compris donc les Etats membres, mette en œuvre l'instrument international en question. On ne sait dès lors pas bien si le mécanisme d'évaluation créé par l'instrument international sera mis en œuvre à l'égard de la Communauté seulement ou également à l'égard des Etats membres. Si cette difficulté ne se pose pas directement tant que la Communauté ne dispose pas de compétences en matière pénale, un problème se pose indirectement lorsque l'instrument international relève pour certains aspects d'une compétence de l'Union européenne et pour d'autres d'une compétence de la Communauté. Enfin, la création d'organes de contrôle spécifiques au niveau de l'Union, par exemple une Agence européenne pour les droits fondamentaux, soulève des problèmes d'interaction avec certains mécanismes internationaux d'évaluation.

S'agissant des évaluations développées à l'intérieur de l'Union, plusieurs mécanismes différents doivent être distingués qui peuvent être présentés suivant différents critères : l'organe en charge de l'évaluation, l'objet, la méthode ou encore les effets de l'évaluation. C'est le premier critère qui est ici retenu. On distinguera les évaluations menées par les institutions de la Commission et du Conseil (A), « par les pairs » (c'est-à-dire par les Etats membres entre eux) (B), par la société civile (C) ou encore par une agence spécifique à créer sur les droits fondamentaux (D).

#### ***A. L'évaluation par la Commission européenne et par le Conseil***

La Commission européenne est en charge de deux types d'évaluation. Celle qui s'adresse aux Etats membres et celle qui s'adresse aux pays candidats à l'adhésion à l'Union européenne. Le deuxième type de compétence d'évaluation pour la Commission ne sera pas abordé ici <sup>68</sup>.

On se concentrera dans la présente contribution sur l'évaluation par la Commission européenne portant sur les Etats membres. Il faut d'emblée noter que cette évaluation porte sur la mise en œuvre d'instruments de l'Union. Son champ d'action est donc

---

<sup>68</sup> La question est en effet abordée plus spécifiquement dans la contribution de PITTO, E., au présent ouvrage. Celle-ci met clairement en évidence le lien entre le suivi de l'adhésion dans le secteur pénal et la dimension de confiance mutuelle. Il faut néanmoins relever ce paradoxe bien connu du processus d'élargissement, qui voit les Etats candidats soumis à des évaluations portant sur des standards minima sans que l'existence de ces standards dans les Etats membres eux-mêmes soit analysée. C'est vrai pour l'acquis de l'Union dans le secteur pénal car celui-ci est trop peu mis en œuvre par les Etats membres en l'absence de contrôle contraignant. Mais c'est encore plus vrai pour des principes comme l'Etat de droit ou la capacité des systèmes judiciaires, secteurs dans lesquels l'Union n'a pour ainsi dire pas édicté de normes propres, comme on l'a vu précédemment, alors qu'ils touchent au plus près à la confiance mutuelle.

limité par les aspects qui relèvent d'une compétence de l'Union et pour lesquels cette compétence a été exercée. La Commission européenne n'a en outre de compétence spécifique d'évaluation dans le secteur pénal que si l'instrument à mettre en œuvre le prévoit. C'est le cas de toutes les décisions-cadres, qui prévoient que la Commission doit rendre un rapport au Conseil dans un certain délai. Mais d'autres instruments importants nécessitant des mesures spécifiques de mise en œuvre ne contiennent pas une telle disposition. C'est le cas des conventions mais aussi de certaines décisions<sup>69</sup>. Rien toutefois ne semble empêcher la Commission de s'atteler à un tel rapport même si cette tâche ne lui a pas été explicitement confiée dans l'instrument concerné et on voit mal les Etats refuser toute coopération pour l'élaboration du rapport en question<sup>70</sup>.

Les rapports de la Commission européenne relatifs à la mise en œuvre d'un instrument de l'Union par les Etats membres souffrent de plusieurs limitations.

Premièrement, ces rapports dépendent trop des contributions des Etats membres sur les mesures nationales de transposition. Ces contributions sont parfois tardives et souvent peu détaillées. Cette lacune est liée au statut de cette intervention de la Commission. Dans le secteur communautaire, les Etats sont incités à respecter l'obligation de notification des mesures de transposition par le fait que l'absence de notification équivaut à un défaut de transposition et autorise donc la Commission à lancer une procédure en manquement.

Par ailleurs, ces rapports n'abordent pas ou très peu la manière dont l'instrument concerné et les mesures de transposition sont utilisés. Si un Etat estime qu'une obligation contenue dans l'instrument ne nécessite pas de texte législatif national pour être mise en œuvre, la Commission se trouvera fort démunie pour voir si, à défaut de texte législatif, l'obligation est bien respectée. La mise en œuvre de la décision-cadre sur les garanties procédurales, lorsqu'elle sera adoptée, constituera une expérience intéressante à cet égard puisque ce projet aura des implications très pratiques, par exemple sur les budgets dévolus aux frais de traduction ou d'interprétation. Il sera utile de voir jusqu'où ira la Commission européenne dans son rapport d'évaluation. Cet aspect de l'évaluation de l'application dans la pratique est évidemment essentiel pour la confiance mutuelle qui ne se satisfait pas des législations en place.

L'efficacité des rapports de la Commission souffre également du manque de possibilités de suivi de l'évaluation. La mise en évidence par la Commission de lacunes dans la transposition de la décision-cadre n'est pas dépourvue de tout effet, mais l'impact est uniquement politique ; il n'y a pas actuellement de possibilité pour la Commission européenne de tirer les conséquences des carences mises en évidence

---

<sup>69</sup> Voy. notamment la convention du 29 mai 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, la décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust ou encore le projet de décision relatif à l'échange d'information et à la coopération concernant des infractions terroristes (finalisé mais pas encore adopté, doc. 15599/04).

<sup>70</sup> Voy. notamment le rapport de la Commission sur la transposition juridique de la décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust (COM (2004) 457 final).

et de poursuivre l'Etat récalcitrant devant la Cour de justice des Communautés européennes <sup>71</sup>.

Il faut enfin noter que, d'après les instruments qui contiennent une disposition dans ce secteur, le rôle de la Commission se limite à un rapport à transmettre. L'évaluation elle-même est confiée au Conseil. Celui-ci adopte en effet des conclusions suite au rapport de la Commission européenne, mais ces conclusions sont le plus souvent peu ambitieuses. Le Conseil y évite ainsi soigneusement de pointer du doigt le(s) Etat(s) membre(s) désigné(s) dans le rapport comme ayant manqué à leurs obligations, ce qui s'explique naturellement par le fait que les conclusions doivent être adoptées à l'unanimité <sup>72</sup>.

Cette pauvreté du mécanisme de contrôle de la mise en œuvre des instruments existants est de plus en plus critiquée par les institutions elles-mêmes. Avec l'entrée en vigueur du traité constitutionnel et l'alignement du secteur pénal sur les secteurs communautaires, ce contrôle sera modifié de manière substantielle par la possibilité pour un Etat d'être poursuivi par la Commission et condamné par la Cour de justice pour défaut de transposition, le cas échéant avec astreintes à l'appui. En attendant cette « révolution », des changements peuvent déjà être observés.

Une première prise de conscience résulte de l'évaluation de la lutte contre le terrorisme. Le constat désastreux quant à la mise en œuvre des instruments utiles dans ce secteur a amené le Conseil à durcir le ton vis-à-vis de ses propres membres <sup>73</sup>.

Le programme de La Haye adopté les 5 et 6 novembre 2004 précise en outre qu'« afin de faciliter la pleine mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, il faut mettre en place un système d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des politiques de l'UE dans le domaine de la justice qui, dans le même temps, respecte pleinement l'indépendance du pouvoir judiciaire et soit compatible avec tous les mécanismes européens existants ». Le Conseil y a donné suite par une réflexion sur une meilleure méthode de travail concernant les rapports d'évaluation de la mise en œuvre des décisions-cadres. La faiblesse du mécanisme actuel est mise en évidence, notamment l'absence de désignation des Etats qui ne remplissent pas leurs obligations. Un renforcement de la portée des évaluations semble en vue, sans toutefois de réforme radicale de la méthode tant que le traité constitutionnel n'est pas entré en vigueur <sup>74</sup>.

Un signe d'évolution est enfin à trouver dans le traitement de la mise en œuvre de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. La décision-cadre elle-même prévoyait ainsi un suivi avant l'échéance pour la mise en œuvre <sup>75</sup> et un groupe

---

<sup>71</sup> Voy. les contributions de DE SCHUTTER, O. et LABAYLE, H. au présent ouvrage.

<sup>72</sup> Voy. notamment le rapport du Conseil sur la mise en œuvre de la décision-cadre du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, doc. 14 830/2/04.

<sup>73</sup> Voy. notamment le tableau repris à la fin du rapport au Conseil européen concernant la mise en œuvre de la déclaration sur la lutte contre le terrorisme, doc. 10585/04.

<sup>74</sup> Doc. 6047/2/05.

<sup>75</sup> Article 34, par. 4 de la décision-cadre du 13 juin 2002 précitée.

d'experts a été constitué à cet effet. Ayant pour objectif premier de résoudre à l'avance les difficultés pratiques posées par l'instrument, ce groupe a aussi eu pour effet d'augmenter la pression sur les Etats pour une mise en œuvre dans les délais impartis <sup>76</sup>. Malheureusement, aucune procédure similaire n'est en place pour la décision-cadre appliquant le principe de reconnaissance mutuelle au gel des avoirs alors que le nouveau mécanisme qu'elle crée devrait être appliqué à partir du 2 août 2005.

S'agissant du rapport de la Commission européenne sur la mise en œuvre de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, c'est moins le ton adopté (la Commission n'hésite pas à pointer du doigt les Etats membres mais elle le fait dans tous les rapports) que l'attention que le rapport a reçue qui marque une évolution. Il faut néanmoins remarquer que ce rapport reste limité aux mesures de transposition, sans analyse de la mise en application et en pratique, notamment à travers la jurisprudence.

### ***B. L'évaluation par les pairs***

L'évaluation par les pairs – ou évaluation mutuelle – n'est pas une innovation de l'Union européenne. Elle existait déjà notamment au Conseil de l'Europe avec le GRECO précité. Un mécanisme d'évaluation dans le cadre de la coopération Schengen existe également. Il a beaucoup influencé le mécanisme mis en place par l'Union, plus souple toutefois que son modèle jugé fort coûteux.

L'évaluation par les pairs dans le secteur pénal trouve sa source dans une action commune du 5 décembre 1997. Elle est en principe limitée à la lutte contre la criminalité organisée. Si les thèmes d'évaluation choisis jusqu'à présent l'étaient toujours en raison de leur pertinence pour ce secteur, l'évaluation elle-même n'est pas limitée à la criminalité organisée.

Cette évaluation se déroule sous forme de cycles, chaque cycle portant sur une thématique. Durant un cycle d'évaluation, tous les Etats membres sont évalués séparément. Chaque Etat est évalué par une équipe composée de trois experts choisis par les Etats membres (de nationalité différente de l'Etat évalué), d'un représentant de la Commission européenne et d'un représentant du Secrétariat général du Conseil <sup>77</sup>. Cette évaluation se déroule en plusieurs phases : un rapport de l'Etat évalué sur la base d'un questionnaire type, une visite dans l'Etat évalué et un rapport établi par l'équipe d'évaluation puis discuté au sein du groupe de travail compétent de l'Union. Les rapports contiennent notamment des recommandations adressées à l'Etat évalué. Sur la base des différents rapports, un rapport général est transmis par le groupe de travail au Conseil qui l'adopte. Les Etats sont ensuite invités à communiquer les mesures prises pour faire suite aux différentes recommandations. Depuis le

---

<sup>76</sup> On sait que même avec ce suivi spécifique seuls huit Etats ont pu respecter l'échéance du 1<sup>er</sup> janvier 2004. Mais un an après, seule l'Italie restait en défaut, ce qui constitue un record pour ce type d'instrument.

<sup>77</sup> Ainsi qu'un membre d'Europol pour les derniers cycles.

troisième cycle, ce mécanisme d'évaluation porte sur les vingt-cinq Etats membres. Cet élargissement allonge considérablement la durée du cycle. Afin de réduire les problèmes qui en découlent, des rapports intermédiaires par groupe de cinq Etats évalués sont progressivement élaborés.

Deux cycles ont déjà eu lieu : le premier portait sur le fonctionnement de l'entraide judiciaire pénale et le deuxième sur l'action des autorités répressives dans la lutte contre le trafic de drogues <sup>78</sup>. Un troisième cycle est en cours ; il concerne l'échange d'informations entre Etats membres et entre ceux-ci et Europol. On notera donc que ces évaluations portent avant tout sur l'efficacité des systèmes répressifs. Il faut également noter la particularité du troisième cycle qui porte notamment sur la relation entre Europol et les Etats membres.

Le mécanisme d'évaluation par les pairs a ses limites. Elles sont principalement à trouver dans le fait que les rapports doivent être adoptés à l'unanimité par le groupe de travail compétent, c'est-à-dire avec l'accord de l'Etat évalué. Il y a donc un risque de voir les rapports adoucis sur exigence de l'Etat qui estimerait le rapport trop critique à son égard. Mais cette limite est aussi la force du mécanisme puisqu'elle permet que les Etats adhèrent à l'évaluation. Cette adhésion provient également du concept même d'évaluation mutuelle qui se concrétise par le statut de la majorité des membres de l'équipe d'évaluation qui sont des fonctionnaires, des magistrats ou des officiers de police nationaux. Les autorités de l'Etat évalué sont donc face à des homologues et non pas face à un contrôle supranational.

Alors que le contrôle réalisé par la Commission européenne se limite au cadre législatif, l'évaluation par les pairs porte surtout sur le fonctionnement concret et notamment sur la qualité de l'interaction entre les différentes composantes de l'appareil répressif. Cette implication en profondeur constitue sans aucun doute la valeur ajoutée première de ce mécanisme.

Sur le plan du renforcement de la confiance mutuelle, on notera tout particulièrement l'interaction qui prendra place, au sein de l'équipe d'évaluation et dans son rapport avec les autorités évaluées, entre des personnes originaires de systèmes différents. Cette interaction se produira également durant la discussion au sein du groupe de travail, même s'il ne faut pas se faire d'illusion sur l'implication de chacune des vingt-cinq délégations pour chacun des rapports discutés.

Perçu comme globalement positif, ce mécanisme d'évaluation mutuelle a été étendu au domaine de la lutte contre le terrorisme. Un cycle d'évaluation spécifique a en effet eu lieu dans le cadre de la réaction de l'Union aux attentats du 11 septembre 2001.

On notera que le Parlement européen semblait promouvoir en 2001 un mécanisme similaire dans le secteur de la protection des droits de l'homme mais cette possibilité semble avoir été abandonnée au profit du réseau d'experts et de l'Agence européenne évoqués ci-dessous <sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Voy. doc. 8648/01 pour le rapport final sur le premier cycle d'évaluation. Il n'existe pas de document public pour le second cycle.

<sup>79</sup> Résolution du Parlement européen du 5 juillet 2001, 2000/2231 (INI), par. 14.

### **C. L'évaluation par la société civile**

A l'évidence, l'évaluation des systèmes répressifs et son impact sur la confiance mutuelle découlent également de l'action de la société civile, principalement dans le domaine de la qualité des systèmes judiciaires et de la protection des droits fondamentaux. Il ne fait pas de doute qu'un rapport d'une ONG concluant à des traitements inhumains dans les prisons d'un Etat membre ou à une magistrature particulièrement sujette à la corruption aura un effet négatif sur la confiance mutuelle.

Il faut également mentionner l'émanation particulière de la société civile que constitue le réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux. Bien que créé par la Commission européenne, ce réseau est entièrement indépendant. Il élabore des rapports annuels sur le respect des droits fondamentaux par les Etats membres et par les institutions de l'Union, ainsi que des rapports thématiques<sup>80</sup>. Les rapports annuels consacrent une part importante aux questions pénales et un rapport thématique a porté spécifiquement sur l'impact de la lutte contre le terrorisme sur les droits fondamentaux. On notera enfin que les rapports ne mettent pas seulement en évidence les carences en matière de protection des droits fondamentaux mais également les « bonnes pratiques », c'est-à-dire les initiatives prises dans certains Etats membres et dont les autres devraient s'inspirer.

### **D. L'évaluation par une agence européenne spécialisée**

Le Conseil européen des 12 et 13 décembre 2003 a pris la décision d'étendre les activités de l'Observatoire européen du racisme et de la xénophobie et de le transformer en une Agence européenne pour les droits de l'homme. Il n'a toutefois pas précisé le mandat de cette agence. Celle-ci est à nouveau mentionnée dans le programme de La Haye, adopté par le Conseil européen près d'un an plus tard (4 et 5 novembre 2004), mais sans plus de précision puisque la consultation publique lancée par la Commission européenne sur cette agence venait à peine d'être lancée<sup>81</sup>. L'orientation de la proposition législative que la Commission européenne fera sur la base du résultat de cette consultation est encore incertaine.

S'il paraît évident que l'Agence aura une fonction de contrôle interne à l'Union, on ne sait pas en revanche si une compétence lui sera octroyée concernant la situation dans les pays tiers qui entretiennent des relations avec l'Union. S'agissant du contrôle interne, on ne sait pas non plus si ce contrôle portera uniquement sur la manière dont l'Union elle-même respecte les droits fondamentaux ou sera étendu au respect de ces droits par les Etats membres. La structure et la composition de cette agence sont également des questions qui restent posées, de même que son interaction avec le réseau européen d'experts mentionné ci-dessus<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Voy. [www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/cfr\\_cdf/index\\_fr.htm](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/cfr_cdf/index_fr.htm)

<sup>81</sup> COM (2004) 693 final, 25 octobre 2004.

<sup>82</sup> Voy. à cet égard la position du réseau d'experts indépendants du 16 décembre 2004, site du réseau précité.

Il n'est donc pas possible de déterminer ici quel rôle cette nouvelle Agence pourra jouer en lien avec la confiance mutuelle au sein de l'espace judiciaire européen, et encore moins comment elle pourra jouer ce rôle. Mais on peut déjà considérer que ce rôle existera. Même si les compétences de l'Agence sont limitées au contrôle des activités de l'Union, elle devrait pouvoir se pencher sur la légitimité du processus de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales et donc sur la confiance mutuelle qui fonde ce processus <sup>83</sup>.

## 5. La dépolitisation de la coopération judiciaire

Comme on l'a dit dans l'introduction, la dépolitisation de l'entraide pénale ne constitue pas d'abord une mesure de renforcement de la confiance mutuelle mais plutôt une conséquence de celle-ci. Toutefois, ce trait récent de la coopération en matière pénale dans l'Union européenne est lui-même de nature à créer un climat tout à fait nouveau dans cette coopération et, par un effet d'entraînement, à favoriser la confiance mutuelle.

La dépolitisation renvoie à deux évolutions distinctes qu'on qualifiera de « judiciarisation » pour la première et de « juridicisation » pour la seconde.

Par judiciarisation, on entend la disparition de l'implication de l'exécutif dans l'entraide judiciaire. Avant le principe de reconnaissance mutuelle, et même si les contacts directs entre autorités judiciaires étaient promus, les Etats membres pouvaient maintenir le filtre du gouvernement et donc reconnaître à l'exécutif un droit de veto. Les décisions-cadres de reconnaissance mutuelle ne permettent plus cette possibilité.

La juridicisation parachève la dépolitisation en ne permettant plus de refuser l'exécution d'une décision étrangère sur la base de motifs politiques. Jusque-là, et même si la cause de refus pour infraction politique est abandonnée dès 2001 dans un protocole qui n'est pas encore en vigueur <sup>84</sup>, des causes de refus comme « les intérêts essentiels de l'Etat », « la souveraineté » ou « l'ordre public » favorisaient la dimension politique de l'examen de la demande étrangère. Ces causes de refus disparaissent dans les décisions-cadres de reconnaissance mutuelle. D'autres causes de refus sont prévues, mais elles sont formulées en termes juridiques, comme le *non bis in idem* par exemple <sup>85</sup>. Plusieurs législations nationales de mise en œuvre créent certes une cause de refus explicite basée sur le risque d'atteinte aux droits fondamentaux, mais une telle clause permet une approche strictement juridique de l'entraide.

Avec cette dépolitisation, ce ne sont plus des Etats qui collaborent dans un contexte géo-stratégique et diplomatique évolutif mais des autorités judiciaires qui

---

<sup>83</sup> On peut s'interroger sur la compétence de cette Agence en matière de contrôle d'Eurojust et d'Europol, en prenant notamment en compte le fait que des organes spécifiques de protection des données ont été créés pour chacun de ces organes.

<sup>84</sup> Protocole du 16 octobre 2001 à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, *JO*, n° C 326, 21 novembre 2001, p. 2.

<sup>85</sup> Voy. les articles 3 et 4 de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen précitée.

exécutent les décisions rendues par leurs homologues dans un espace européen commun. Ce changement de paradigme, justifié par la confiance mutuelle, devrait dynamiser celle-ci.

Encore faut-il que cette dépolitisation soit réelle. Cela suppose que les gouvernements s'abstiennent d'exercer des pressions sur les autorités judiciaires ; ce ne sera pas forcément chose facile et il s'agira sans doute pendant un temps de réprimer des pulsions naturelles de contrôle dans le chef de gouvernements. Cela implique aussi que les législations nationales de transposition ne recréent pas un contrôle par l'exécutif et des causes de refus politiques que les décisions-cadres à mettre en œuvre ont supprimés. Si la majorité des Etats membres semble jouer le jeu, le rapport de la Commission européenne laisse toutefois entendre que certains ont, en violant clairement la décision-cadre du 13 juin 2002, réintroduit de tels mécanismes dans leur loi nationale <sup>86</sup>.

## 6. Les contacts directs

La promotion des contacts directs entre autorités judiciaires a précédé la dépolitisation de la coopération judiciaire. La convention d'application des accords de Schengen de 1990 prévoit déjà que les demandes d'entraide peuvent être transmises directement à l'autorité judiciaire localement compétente <sup>87</sup>. La convention du 29 mai 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale confirme cette évolution, avec une exception pour le Royaume-Uni et l'Irlande qui peuvent maintenir un transit obligé des demandes d'entraide par une autorité centrale <sup>88</sup>. Les décisions-cadres de reconnaissance mutuelle s'inscrivent également dans ce cadre mais permettent une dérogation qui n'est plus limitée au Royaume-Uni et à l'Irlande <sup>89</sup>. La tendance est néanmoins celle des contacts directs entre autorités judiciaires localement compétentes.

Comme la dépolitisation, les contacts directs découlent de la confiance mutuelle mais vont contribuer à développer un climat de coopération qui va à son tour favoriser la confiance. Celle-ci nécessite en effet, comme on l'a dit plus haut, une connaissance réciproque. Cette connaissance ne se limite pas aux particularités des systèmes judiciaires mais concerne également les personnes qui incarnent ceux-ci.

---

<sup>86</sup> Pour la judiciarisation, voy. le point 2.1.2 (Danemark et Grèce) et, pour la juridicisation, le point 2.2.1, dernier paragraphe (Danemark, Malte, Pays-Bas, Portugal et Royaume-Uni).

<sup>87</sup> Article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 (...) relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JO*, n° L 239, 22 septembre 2000, p. 19.

<sup>88</sup> Article 6, par. 1<sup>er</sup> de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, *JO*, n° C 197, 12 juillet 2000, p. 3.

<sup>89</sup> Cinq Etats (Grèce, Irlande, Hongrie, Malte et Royaume-Uni) ont fait usage de cette possibilité (rapport de la Commission européenne sur l'application du mandat d'arrêt européen, *op. cit.*, point 2.1.2).

Les résultats positifs atteints au sein du Réseau judiciaire européen illustrent à quel point sont importants les liens interpersonnels dans le cadre de la coopération. L'efficacité de ce réseau provient en effet principalement des relations que ses membres ont développées au travers des réunions du réseau, et qui se renforcent ensuite lorsqu'elles sont mises à profit dans le cadre de dossiers concrets. Pour caricaturer cette évolution, on peut dire que la coopération sera généralement plus efficace lorsqu'on peut appeler son homologue judiciaire par son prénom.

Les contacts directs seront d'autant plus efficaces s'ils se concrétisent par une discussion dans un lieu commun. Les points de contact ont d'ailleurs pris l'habitude de participer aux réunions du Réseau judiciaire européen en emportant avec eux des dossiers d'entraide pour en discuter avec l'autre point de contact concerné en marge de la réunion. Dans le même sens, on notera qu'Eurojust a développé une méthode de travail qui met l'accent, pour la coordination de dossiers d'entraide, sur l'organisation de réunions « opérationnelles » à La Haye regroupant tous les acteurs concernés <sup>90</sup>.

Ces mécanismes pratiques ne sont pas seulement utiles parce qu'ils permettent de discuter plus rapidement des dossiers. Ils ont également pour effet de développer un rapport de confiance entre les différents acteurs, qui affectera profondément les contacts ultérieurs.

Il reste à favoriser ces contacts directs non pas seulement dans le chef de magistrats spécialisés dans l'entraide judiciaire pénale mais également chez les magistrats « ordinaires » qui ne pratiquent l'entraide qu'occasionnellement. Un outil spécifique a été développé par le Réseau judiciaire européen pour permettre aux magistrats d'identifier l'autorité à laquelle la demande d'entraide devra être envoyée, à partir de plusieurs paramètres comme la localité, le type de mesures à effectuer et le secteur de criminalité concerné <sup>91</sup>. Cet outil permet donc de savoir qui contacter. La suite dépendra des personnes en présence, et notamment de l'aspect très pratique des langues communes.

La question des langues constitue en effet un problème de taille pour l'entraide judiciaire pénale en général et le développement de la confiance mutuelle en particulier. Comment en effet faire naître un rapport de confiance si les deux magistrats amenés à coopérer ne peuvent pas correspondre autrement que via des interprètes et des traducteurs ? Cette difficulté se pose déjà au sein du Réseau judiciaire européen, censé pourtant regrouper des autorités jouant un rôle clé dans la coopération judiciaire. On imagine sans peine le pauvre degré de connaissances linguistiques dans les parquets ou les juridictions locales aux quatre coins de l'Europe. Un effort particulier dans le domaine linguistique s'impose donc, et cela passera inmanquablement, mais certes pas exclusivement, par un apprentissage de l'anglais dans la magistrature. Cela ne peut pas être abordé par le Conseil de l'Union européenne, institutionnellement dans l'incapacité de promouvoir une des langues de l'Union. L'effort devra donc émaner du niveau national, particulièrement des instituts de formation.

---

<sup>90</sup> Voy. la contribution de LOPES DA MOTA, J. L. au présent ouvrage.

<sup>91</sup> Voy. l'Atlas sur le site web du Réseau judiciaire européen : [www.atlas.mj.pt/](http://www.atlas.mj.pt/)

## 7. Conclusion

La confiance mutuelle au sein de l'espace pénal européen n'est pas un élément statique. Elle n'existe pas pleinement actuellement et ne sera en réalité jamais tout à fait acquise. Plus les normes de coopération, et particulièrement de reconnaissance mutuelle, se développeront, plus le degré de confiance mutuelle nécessaire augmentera. D'un autre côté, ce développement de la coopération va petit à petit créer un climat nouveau dans les relations entre les autorités judiciaires et stimulera ainsi la confiance. Ce qui importe dans le renforcement de celle-ci, c'est donc avant tout la combinaison des différentes mesures évoquées dans cette contribution. Cette combinaison peut créer un effet d'entraînement salutaire.

Si la confiance mutuelle entre les autorités judiciaires nationales ne doit pas être fragmentée, elle ne doit pas non plus être dissociée de deux autres dimensions qui n'ont pas été abordées ici. La première concerne le renforcement de la confiance mutuelle envers les acteurs européens que sont Europol et Eurojust. Il est indispensable de restaurer la confiance dans le premier et d'empêcher le développement de la méfiance pour le second, et même de veiller au développement de la confiance entre ces deux acteurs. La deuxième dimension porte sur la confiance dans le cadre de la coopération policière, qui n'a été que superficiellement abordée dans la présente contribution<sup>92</sup>. Si la coopération policière s'est traditionnellement basée sur un fonctionnement très souple, il apparaît maintenant que des règles plus précises doivent être développées pour notamment améliorer l'échange d'information et permettre aux autorités policières d'un Etat d'avoir accès à l'information disponible dans un autre Etat membre aux mêmes conditions que les autorités de ce dernier. C'est le principe de disponibilité prévu dans le programme de La Haye (point 2.1) et c'est également l'objet de la décision-cadre sur la simplification de l'échange d'information évoquée plus haut. Or, les travaux se révèlent difficiles, les Etats membres se montrant réticents à passer à un régime contraignant d'échange d'information. C'est notamment la question de la protection des informateurs qui est en jeu, ce qui témoigne de la dimension de confiance/méfiance réciproque.

Cette réflexion en termes de confiance mutuelle permet de développer une approche globale de l'espace pénal européen. Elle devrait amener à faire évoluer en parallèle des domaines législatifs distincts (la reconnaissance mutuelle et le rapprochement des législations), mais aussi l'action législative d'un côté et les mesures pratiques (notamment la formation et l'évaluation) de l'autre, le tout dans l'analyse d'un environnement évolutif (sous l'effet notamment de la dépolitisation et des contacts directs). Cette approche appelle également à joindre les dimensions policière et judiciaire, puisqu'elles sont traversées par la même tension confiance/méfiance.

Mais surtout, la notion de renforcement de la confiance mutuelle nous invite à un double élargissement. Il faut d'une part dépasser le cadre des acteurs de la coopération et des fonctionnaires des administrations concernées pour s'interroger sur la part de

---

<sup>92</sup> Pour plus de développements, voy. la contribution de GENSON, R. au présent ouvrage.

confiance existante au sein d'autres professions comme les avocats et le secteur académique <sup>93</sup>. Il faut d'autre part que ce questionnement ne concerne pas seulement l'interaction entre différents systèmes nationaux mais plus fondamentalement la confiance qu'ont les différentes professions concernées, et de manière plus générale le « citoyen » européen, dans la construction de l'espace européen de justice pénale.

---

<sup>93</sup> Voy. notamment la création récente du réseau ECLAN (pour European Criminal Law Academic Network) : [www.eclan-eu.org](http://www.eclan-eu.org).

# La confiance mutuelle, un processus dynamique, un apprentissage et un facteur de progrès

Gisèle VERNIMMEN

La confiance mutuelle est, par définition, un mouvement réciproque. Elle suppose que, dans une relation de coopération fondée sur la reconnaissance d'une décision judiciaire, d'une part l'autorité d'exécution fasse confiance à celle qui a émis la décision et, de l'autre, l'autorité émettrice accepte la façon dont son homologue mettra sa décision à exécution. C'est vrai dans le cas du mandat d'arrêt européen, ce l'est encore plus quand la mesure à exécuter s'inscrit dans la durée, comme c'est le cas de l'initiative de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède pour une décision-cadre concernant l'ordonnance d'exécution européenne et le transfèrement des personnes condamnées entre les Etats membres de l'Union européenne <sup>1</sup>, sur lesquels les travaux vont bientôt commencer.

Une deuxième remarque s'impose : la confiance mutuelle implique une démarche active des deux côtés. D'une part, il faut mériter la confiance, de l'autre, il faut l'accorder, et cela comprend toujours une part délibérée de risque.

C'est un défi que les Etats membres ont accepté de relever ensemble. La construction même de l'Union européenne en tant que partenariat est toute affaire de confiance. Le respect de valeurs partagées, la volonté de les promouvoir, qui sont le fondement de la confiance mutuelle, sont aussi des conditions incontournables d'appartenance à l'Union. Relèvent incontestablement de ces valeurs, l'existence et le maintien d'une justice de qualité, au sens de l'article 6 de la CEDH, c'est-à-dire celle qui permet de voir sa cause entendue équitablement, publiquement, dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. Cette exigence fait partie des critères de Copenhague et justifie un examen attentif préalable

---

<sup>1</sup> COPEN 13/2005 du 24 janvier 2005.

à l'adhésion. Encore convient-il de maintenir ces conditions et l'article 7 TUE est là pour sanctionner, politiquement, si besoin était, leur non-respect.

Par ailleurs, la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice est un objectif à part entière de l'Union. Pour citer la communication de la Commission de juillet 1998, dans un tel espace, les citoyens devraient éprouver « un sentiment commun de justice », c'est-à-dire une justice à la fois efficace et respectueuse des droits individuels, tant il est vrai qu'il n'y a pas de justice sans liberté ni de liberté sans sécurité. Dans sa contribution au suivi de Tampere, qui a conduit au programme de La Haye, le Luxembourg avait eu cette heureuse formule : « Dans un souci d'équilibre entre « liberté », « sécurité » et « justice » ne peut être considéré comme réel progrès dans un de ces domaines que celui qui ne s'appuie pas sur une régression dans les deux autres domaines ». Toute occasion est bonne pour le réaffirmer. On n'a que trop tendance à opposer répression de la délinquance et protection des personnes. Comme si la justice pouvait être juste sans équilibrer les intérêts des individus entre eux, ceux des individus et ceux de la société dans laquelle ils vivent.

La confiance mutuelle est-elle un postulat, pire, un devoir, dont il faut s'accommoder ? Ou, au contraire, un objectif à atteindre, subordonné à la réalisation de conditions préalables ?

Ni l'un ni l'autre, me semble-t-il. Au-delà d'un principe, c'est une attitude, une volonté, qui demande à se renforcer et à se construire sans cesse à travers l'ouverture et la solidarité non seulement entre Etats membres, mais directement entre praticiens, et finalement entre personnes.

Que l'harmonisation contribue à la création d'un climat de confiance, nul aujourd'hui n'en doute plus. Force est toutefois de reconnaître que tous les efforts d'harmonisation accomplis jusqu'ici ne conduisent qu'à un rapprochement très partiel.

En ce qui concerne le droit pénal substantiel, nous avons une série de décisions-cadres sectorielles qui n'harmonisent que les comportements à incriminer et les sanctions applicables. Et encore, ces instruments ne contiennent par nature que des minima et prévoient bien souvent des possibilités de dérogations quant aux définitions des délits. S'agissant des sanctions, on n'y trouve que la fixation d'un minimum de peine maximale applicable, établi dans la quasi-totalité des cas en termes de peines privatives de liberté.

Et si l'on regarde le rapprochement du droit procédural, hormis la décision-cadre du 24 février 2005 sur les pouvoirs étendus de confiscation <sup>2</sup>, on n'en est qu'à l'examen d'une première proposition, somme toute élémentaire, couvrant certains droits comme l'interprétation en justice ou l'assistance d'un conseil juridique.

D'autres l'ont fait observer déjà, la tendance, avec le futur traité constitutionnel, ne va d'ailleurs pas vers plus d'harmonisation. Il n'est besoin que de lire les paragraphes 2 et 3 de l'article III-270 pour réaliser à quel point les Etats membres de l'Union européenne tiennent à leurs différences.

---

<sup>2</sup> JO, n° L 68, 15 mars 2005, p. 49.

Faut-il le déplorer ? Je ne crois pas. Si la confiance se bâtit sur des valeurs partagées, cela ne signifie pas qu'on partage toutes ses valeurs et surtout pas qu'on ne puisse pas accepter que celles qu'on a en commun se traduisent sous des formes différentes d'un Etat membre à l'autre. Bien sûr, l'étendue des valeurs communes peut augmenter, tout comme le désir de les protéger de la même façon, et donc le besoin d'harmonisation peut lui-même évoluer dans le temps.

Les critères de proportionnalité et de subsidiarité permettent tout à fait de rencontrer cette dynamique.

Au moins devrait-on tirer toutes les conséquences d'une harmonisation délibérément limitée. De ce point de vue, la relation entre la décision-cadre sur les pouvoirs étendus de confiscation, adoptée le 24 février 2005, et la décision-cadre sur la reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation <sup>3</sup>, qui fait l'objet d'un accord politique depuis le 8 juin 2004 me paraît, en revanche, assez révélatrice d'une démarche non aboutie. Comment expliquer en effet que les Etats membres soient tenus de se doter d'un pouvoir de confiscation selon l'une des trois formules de l'article 3, par. 2 de la décision-cadre du 24 février 2005 mais que lorsqu'ils l'utilisent, leur décision puisse ne pas être mise à exécution là où se trouvent les biens à confisquer ?

La voie de l'harmonisation n'est cependant pas révolue. Nous avons devant nous d'autres chantiers où un minimum d'harmonisation est aujourd'hui souhaité et même bien souvent réclamé par les professionnels. Je n'en citerai que deux.

Depuis quelques années déjà, une réflexion s'est engagée sur la prévention et la résolution des conflits positifs de juridiction. Eurojust, dont l'une des missions est de faciliter la centralisation des poursuites, a proposé des lignes d'orientation <sup>4</sup>. Un projet de décision-cadre lancé par la Grèce sur l'application du principe *non bis in idem* <sup>5</sup> n'a pas pu aboutir, et sur ce point, la Cour de justice poursuit de son côté le développement de sa jurisprudence. Diverses études ont été conduites sur ce thème des conflits de juridiction. La Commission, enfin, a exploré ce vaste champ lors de plusieurs réunions d'experts et sortira cet été un livre vert, c'est-à-dire un document de discussion couvrant l'ensemble de la problématique : critères de juridiction, mécanismes d'arbitrage, suspension des procédures et, en dernier recours, application cohérente du principe *non bis in idem*.

L'autre domaine auquel je songe, qui lui est lié par certains aspects, est celui de l'obtention et de l'admissibilité des preuves. Ici aussi, une étude a été réalisée en 2004 sur les législations actuelles dans les vingt-cinq Etats membres, qui devrait déboucher, dans un premier temps, sur un livre vert relatif à la présomption d'innocence, prévu pour la fin de l'année 2005, et un livre vert sur l'obtention et l'admissibilité des preuves, prévu pour 2006. Si ces deux exercices de consultation par livres verts en confirment l'opportunité, la Commission pourrait adopter une proposition de décision-cadre en 2007, en vue d'établir des normes minimales communes en matière de garantie relative à l'administration de la preuve.

---

<sup>3</sup> COPEN 135 du 17 décembre 2004.

<sup>4</sup> Annexe au rapport annuel 2003 d'Eurojust.

<sup>5</sup> COPEN 22 du 28 juillet 2003.

Mais la confiance mutuelle n'est pas seulement affaire de principe et ne peut être acquise par la simple existence d'instruments législatifs. En fin de compte, ce sont des personnes, des juges, des avocats, des justiciables, qui doivent accepter leurs traditions et leurs cultures respectives et reconnaître, au-delà de leurs différences, les valeurs fondamentales qui les rassemblent.

On l'a dit : pour se faire confiance, il faut se comprendre. Pour mieux se connaître, il faut se rencontrer. C'est ainsi que le Parlement européen a voulu que se mette en place un programme d'échanges entre magistrats, projet pilote qui vivra sa deuxième année en 2005. Cette dimension de formation réciproque, d'ailleurs particulièrement souhaitée par le programme de La Haye, devrait recevoir une réponse renforcée dans le cadre des perspectives financières 2007-2013. Il s'agit de se familiariser avec les systèmes judiciaires des autres Etats membres et, en même temps, de faire l'apprentissage de la reconnaissance mutuelle en donnant vie concrète à la génération nouvelle d'instruments adoptés au sein de l'Union. Il s'agit, autrement dit, de faire l'expérience de la dimension européenne, d'ouvrir des perspectives et de comprendre que dans l'Union européenne, rendre la justice est une affaire de souveraineté partagée.

Une autre façon d'illustrer la confiance mutuelle, c'est de se prêter à un mécanisme d'évaluation. Nous connaissons déjà un tel mécanisme, institué par une action commune de 1997, sur l'application et la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée <sup>6</sup> et étendu, sous forme simplifiée, à la lutte contre le terrorisme, par décision du Conseil de novembre 2002 <sup>7</sup>.

Anticipant l'article III-260 du futur traité constitutionnel, le programme de La Haye demande que se mette en place « un système d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des politiques de l'UE dans le domaine de la justice qui, dans le même temps, respecte pleinement l'indépendance du pouvoir judiciaire et soit compatible avec tous les mécanismes européens existants ». Si l'on y évoque le respect de l'indépendance du judiciaire, c'est bien que l'on va au-delà d'un examen de transposition des textes ou d'efficacité des mécanismes mis en œuvre. C'est en vérité la qualité de la justice dans son ensemble qui est en jeu. Vaste entreprise à laquelle la Commission se propose de consacrer, l'an prochain, une communication, dans laquelle elle s'attachera, comme vient d'ailleurs de l'y inviter le Parlement européen <sup>8</sup>, tant à dessiner la méthode et les critères qu'à préciser le rôle des acteurs, qu'il s'agisse des pairs ou d'experts indépendants.

Que ces approches puissent, comme on l'a souligné à juste titre, révéler des lacunes ou des défaillances de nature à saper la confiance plutôt qu'à la renforcer ne doit pas nous faire peur. N'est-ce pas justement la vraie sagesse, le gage d'une émulation et d'un progrès permanent dans l'approfondissement d'un espace de justice, que de s'ouvrir avec franchise et de se donner les moyens de remédier ensemble aux faiblesses éventuelles des uns ou des autres ?

---

<sup>6</sup> JO, n° L 344, 15 décembre 1997, p. 7-9.

<sup>7</sup> JO, n° L 349, 24 décembre 2002 p. 1.

<sup>8</sup> Recommandation du 22 février 2005 (PE 354.213/21).

# Renforcer la confiance mutuelle : principe parlementaire et sécurité juridique

Fernando IRURZUN MONTORO <sup>1</sup>

« Je ne connais d'autre règle que d'être convaincu  
et de convaincre »

Jean MONNET, *Mémoires*

## 1. Introduction

Malgré la méfiance des uns et la résistance des autres, le principe de reconnaissance mutuelle a déjà été concrétisé à travers divers instruments légaux de l'Union européenne. Aujourd'hui, l'exécution dans un Etat membre des décisions judiciaires d'arrestation d'une personne rendues dans un autre Etat membre est soumise audit principe. Et, dans un avenir très proche, le recouvrement des amendes, le gel des avoirs et des preuves pertinentes pour une poursuite de même que la confiscation des avoirs des criminels seront également régis par ce principe.

Il est vrai que les quatre instruments précités ne sont pas les seules démarches possibles et qu'il y a encore un large champ pour élargir les effets du principe de reconnaissance mutuelle, surtout en ce qui concerne les motifs du refus de l'exécution des décisions concernées. Mais on peut d'ores et déjà dire que les fondations de l'espace judiciaire européen sont là.

Sans faire preuve d'un optimisme excessif, il est permis d'affirmer qu'une certaine confiance mutuelle existe déjà entre les gouvernements des pays membres. Toutefois, la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle demande encore plus de confiance.

Comme il a été souligné par la délégation de l'Assemblée nationale française pour l'Union européenne <sup>2</sup> : « Au cours des discussions portant sur plusieurs instruments

---

<sup>1</sup> Le présent article n'engage que son auteur.

<sup>2</sup> Rapport d'information sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution de sanctions pénales dans l'Union européenne, 13 juillet 2004, p. 44.

de reconnaissance mutuelle, ce principe a fait l'objet d'une remise en cause, discrète mais certaine », et l'inscription des références aux droits fondamentaux dans les décisions-cadres revient, « en pratique, à réintroduire un contrôle du juge de l'Etat d'exécution sur la décision rendue dans l'Etat membre d'émission, ce qui est contraire au principe de reconnaissance mutuelle. Ces précautions découlent d'une absence de confiance mutuelle dans les systèmes judiciaires des autres Etats membres (qui sont pourtant tous partie à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) ».

Je voudrais attirer l'attention sur différentes questions qui, d'après moi, pourraient améliorer l'environnement dans lequel les Etats membres sont appelés à mettre en place la reconnaissance mutuelle. Cette augmentation de la confiance doit entre autres être édifiée à partir de deux éléments essentiels de l'Etat de droit : le principe d'intervention parlementaire, d'une part, et le principe de sécurité juridique, d'autre part. En ce qui concerne le principe d'intervention parlementaire, il sera tout d'abord question du manque de confiance des Parlements nationaux, qui sont appelés à transposer la loi de l'Union européenne, et de la nécessité de renforcer l'intervention parlementaire ou de réduire le déficit démocratique afin d'établir leur confiance dans le droit de l'Union (2). Au plan de la sécurité juridique ensuite, l'on abordera la problématique de la protection des données personnelles de même que la nécessité d'assurer une meilleure connaissance de l'application du droit de l'Union par les autorités compétentes, pour éviter tant la méfiance que l'abus de confiance. A cette occasion, l'on se penchera sur la création de mécanismes efficaces d'évaluation et sur l'attribution d'un rôle d'arbitre à Eurojust (3).

La présente contribution n'entend pas réaliser un examen approfondi de ces questions. Elle a surtout un esprit un peu provocateur pour attirer l'attention du lecteur sur les diverses pistes et lignes à suivre.

## **2. A propos de la nécessité de renforcer la confiance des Parlements nationaux dans l'espace pénal européen**

Jusqu'à présent, le programme de mesures pour l'application du principe de la reconnaissance mutuelle a été développé grâce à une impulsion politique forte des gouvernements.

Selon moi, un des aspects qui n'a jusqu'ici pas fait l'objet de suffisamment d'attention est le manque de confiance des Parlements nationaux vis-à-vis des activités du troisième pilier de l'Union <sup>3</sup>. Les Parlements nationaux sont réticents lorsqu'ils doivent exercer le contrôle parlementaire des positions de leurs gouvernements au Conseil de l'Union, ou quand ils doivent transposer, dans leur législation nationale, les obligations imposées par le droit de l'Union.

---

<sup>3</sup> NILSSON, H. G., *Decision-Making in EU Justice and Home Affairs : Current Shortcomings and Reform Possibilities*, SEI Working Papers n° 57.

A quoi doit-on ce manque de confiance ? Une des raisons serait le déficit démocratique traditionnel de l'Union <sup>4</sup> qui est particulièrement évident en ce qui concerne la coopération judiciaire en matière criminelle :

« Le rôle limité joué par le Parlement européen, qui n'est que consulté, et par les parlements nationaux, progressivement dessaisis, porte atteinte à la légitimité démocratique des actes adoptés, dans un domaine où l'institution parlementaire devrait jouer un rôle essentiel en application du principe de légalité des délits et des peines » <sup>5</sup>.

Actuellement, l'intervention du Parlement européen dans ces affaires se limite à l'émission d'une opinion non obligatoire. Quant aux Parlements nationaux, quand ils adoptent les mesures nationales de transposition des décisions-cadres de l'Union européenne, ils doivent assumer les décisions politiques adoptées par les gouvernements qui limitent leur autonomie législative. Ainsi, lorsque les Parlements nationaux définissent les infractions, ils doivent le faire à partir des descriptions plus générales précédemment consenties par le Conseil des ministres de l'Union. Il n'est donc pas étonnant de voir les Parlements nationaux réagir « contre » les décisions prises dans un forum intergouvernemental.

Une partie de ces déficiences sera corrigée si le nouveau traité établissant une Constitution pour l'Europe entre en vigueur. Ce traité donne en effet de nouveaux pouvoirs de décision au Parlement européen en élargissant la procédure de codécision et en impliquant les parlementaires européens dans le contrôle d'Europol et Eurojust. Il rend également possible le contrôle de l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité par les Parlements nationaux en ce qui concerne la législation européenne relative à l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice.

L'avenir nous dira si les déficits précités seront surmontés grâce à la reconnaissance d'un rôle plus important du Parlement européen ou si, au contraire, les assemblées législatives nationales persisteront dans leur méfiance. Mais le fait que le Conseil des ministres ne puisse être véritablement comparé à une deuxième chambre législative, du type chambre haute, comme il en existe dans les Etats fédéraux tels l'Allemagne par exemple, est de nature à faire persévérer les sceptiques dans leur méfiance.

Quoi qu'il en soit, il reste à accroître l'implication des Parlements nationaux au niveau politique dans le travail législatif du Conseil des ministres de l'Union. Les gouvernements nationaux sont appelés à faire un effort majeur d'information, ainsi que de responsabilité, face à leurs Parlements respectifs. Sans étendre à tous les Etats membres le système de réserve parlementaire, ce qui produit d'autres types de problèmes, la liaison entre les Parlements et la prise de décision par les gouvernements au sein du Conseil doit être approfondie. En outre, les membres des Parlements nationaux devront résister à la tentation de mêler les questions politiques nationales avec le contrôle des activités européennes. Ces quelques considérations peuvent paraître utopiques, mais elles sont incontournables pour l'avenir.

---

<sup>4</sup> MATIA PORTILLA, F. J., *Parlamentos nacionales y Derecho comunitario derivado*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.

<sup>5</sup> Rapport d'information..., précité, p. 17.

Il y a, par ailleurs, un autre élément qui nourrit la méfiance dans le chef des Parlements nationaux ; il ne concerne pas le processus de la prise de décision en tant que tel. Très souvent, la reconnaissance mutuelle et le rapprochement des lois pénales supposent l'incorporation de concepts légaux qui proviennent d'autres traditions juridiques. Les Parlements nationaux ont tendance à voir ces « importations » comme une attaque portée aux principes fondamentaux de leurs systèmes juridiques nationaux. On oublie souvent que, historiquement, cet échange de concepts et d'institutions légales a été très commun dans nos ordres juridiques. Les membres des Parlements nationaux ne disposent cependant pas des éléments nécessaires pour une approche plus rationnelle et plus positive. Pour résoudre ce problème, il serait utile d'étendre les expériences de quelques Parlements nationaux. Le recours aux comités spéciaux de la House of Lords au sein du Parlement britannique ou les études réalisées par la délégation pour l'Union européenne au sein de l'Assemblée nationale française (et notamment ses études des livres verts de la Commission européenne) sont de bonnes méthodes pour informer et approfondir les connaissances des membres des Parlements nationaux à propos des concepts légaux étrangers, avant la transposition des instruments européens.

### 3. A propos du principe de la sécurité juridique

#### A. *De la nécessité de renforcer la confiance par le biais d'un échange d'information respectueux du droit à la vie privée*

En ce qui concerne la sécurité juridique, il a été souligné que « le citoyen européen est en droit d'attendre d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, une sécurité juridique supérieure à celle qui est engendrée par quinze législations nationales autonomes, avec leurs multiples nuances et spécificités »<sup>6</sup>. Parmi les nuances très sensibles, une des plus évidentes est celle qui intéresse la protection des données personnelles dans le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale. Il faut reconnaître qu'il n'existe pas encore aujourd'hui une base légale commune pour les échanges d'information entre les autorités nationales de l'Union européenne en ce qui concerne la protection du droit à la vie privée.

Il s'agit là d'une différence fondamentale par rapport à ce qui a été fait dans le cadre communautaire du marché intérieur. Dans ce secteur en effet, l'idée d'un espace ou d'un marché commun a conduit à l'élimination des obstacles à la liberté de transmission des données d'un Etat membre à l'autre. A cet égard, il est intéressant de rappeler les considérants de la directive 95/46/CEE, du 24 octobre 1995 :

« (7) considérant que les différences entre Etats membres quant au niveau de protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée, à l'égard des traitements de données à caractère personnel peuvent empêcher la

---

<sup>6</sup> GENSON, R., « Observations personnelles à propos des initiatives récentes relatives aux sanctions pécuniaires », in de KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 145.

transmission de ces données du territoire d'un Etat membre à celui d'un autre Etat membre (...) (8) considérant que, pour éliminer les obstacles à la circulation des données à caractère personnel, le niveau de protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de ces données doit être équivalent dans tous les Etats membres ; que cet objectif, fondamental pour le marché intérieur, ne peut pas être atteint par la seule action des Etats membres, compte tenu en particulier de l'ampleur des divergences qui existent actuellement entre les législations nationales applicables en la matière et de la nécessité de coordonner les législations des Etats membres pour que le flux transfrontalier de données à caractère personnel soit réglementé d'une manière cohérente et conforme à l'objectif du marché intérieur (...) (9) considérant que, du fait de la protection équivalente résultant du rapprochement des législations nationales, les Etats membres ne pourront plus faire obstacle à la libre circulation entre eux de données à caractère personnel pour des raisons relatives à la protection des droits et libertés des personnes, notamment du droit à la vie privée (...) »<sup>7</sup>.

Si l'objectif du marché intérieur a requis des règles équivalentes dans tous les Etats membres quant au niveau de protection du droit à la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel, on voit mal comment éviter l'adoption de règles équivalentes dans tous les Etats membres pour assurer l'objectif d'un espace judiciaire européen.

Vu que la directive précitée ne s'applique qu'aux domaines couverts par le premier pilier, il reste à atteindre ledit objectif dans le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale. Dans ces domaines, l'absence actuelle de règles équivalentes tient à deux raisons principales : il y a, d'une part, la résistance des Etats membres à toute modification du régime actuel des échanges de données, qu'il s'agisse de faciliter ces échanges ou de les rendre plus difficiles et il y a, d'autre part, comme d'habitude, la résistance naturelle des Etats à toute cession de souveraineté en faveur de l'Union.

A l'heure actuelle, des règles juridiques sont applicables à la protection des données dans le secteur policier et judiciaire pénal mais il ne s'agit pas de dispositions d'application transversale ou générale. Elles concernent le traitement de données par les différents acteurs mis sur pied, comme Europol et Eurojust. Il y en a également qui sont applicables dans le cadre de certains instruments, comme la convention d'application de l'accord de Schengen ou la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne de 2000. Mais, il n'existe aucune norme de l'Union qui fixe un niveau de protection équivalent dans tous les Etats membres.

En l'absence de base juridique commune et générale de l'Union européenne, le seul instrument d'application transversale est la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et la recommandation R (87) 15 du Comité

---

<sup>7</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JO*, n° L 281, 23 novembre 1995 p. 31 et s.

des ministres aux Etats membres visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police <sup>8</sup>. Lesdits instruments n'ont toutefois qu'une efficacité limitée. La convention prévoit, dans son article 9, la possibilité de déroger à ses dispositions dans la mesure où cette dérogation, « prévue par la loi de la Partie, constitue une mesure nécessaire dans une société démocratique à la protection de la sécurité de l'Etat, à la sûreté publique, aux intérêts monétaires de l'Etat ou à la répression des infractions pénales ». Cette disposition ouvre la porte à une réglementation spécifique de la protection des données dans les domaines de la sûreté publique et de la répression des infractions pénales pour laquelle il n'existe pas d'harmonisation législative internationale. Quant à la recommandation du Comité des ministres, elle ne concerne que le secteur de la police et non les données traitées par les autorités judiciaires. Comme il a été souligné par le rapport de 2002 sur la troisième évaluation de la recommandation, la distinction entre données judiciaires et données policières est certes malaisée <sup>9</sup>. Or, selon moi, les mesures de contrôle doivent être différentes selon que le maître du fichier des données est une autorité de police ou une autorité judiciaire et selon le rôle attribué à ce dernier comme garant des droits du suspect. Dans le passé, le Conseil de l'Union européenne a fait des efforts pour adopter des principes généraux pour la protection de données dans le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale. Ces efforts n'ont cependant débouché sur l'adoption d'aucun instrument. En 1998, le Conseil de l'Union avait entamé, à la demande de l'Italie, un débat sur l'opportunité d'avoir une réglementation de protection des données personnelles qui soit commune aux instruments du troisième pilier. A la lumière de cette réflexion, la Présidence portugaise du Conseil des ministres avait mis sur la table un projet de résolution du Conseil sur les principes de protection des données à caractère personnel dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale ainsi que de la coopération policière et douanière <sup>10</sup>. Ces principes avaient une valeur non obligatoire, étaient adressés au législateur de l'Union comme des « *guidelines* ». Après discussion au sein des divers groupes et comités du Conseil et vu les divergences entre les Etats membres, le projet fut abandonné en 2001, sans qu'un débat approfondi ait lieu entre les ministres compétents.

Sans préjudice des travaux de la Commission et des autres instances, le sujet est devenu de pleine actualité suite à la consécration du principe de disponibilité par le programme de La Haye, qui fut adopté par le Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004. Selon ce principe de disponibilité,

« dans l'ensemble de l'Union, tout agent des services répressifs d'un Etat membre qui a besoin de certaines informations dans l'exercice de ses fonctions peut les obtenir d'un autre Etat membre, l'administration répressive de l'autre Etat membre

---

<sup>8</sup> Cette recommandation a été adoptée par le Comité des ministres le 17 septembre 1987, lors de la 410<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres.

<sup>9</sup> Voy. Report on the Impact of Data Protection Principles on Judicial Data in Criminal Matters including in the framework of Judicial Co-operation in Criminal Matters (2002) sur le site [www.coe.int/T/E/Legal\\_affairs/Legal\\_co-operation/Data\\_protection/Documents/Reports](http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Data_protection/Documents/Reports)

<sup>10</sup> Doc. 14302/99 JAI 121 et 5552/00 JAI 10.

qui détient ces informations les mettant à sa disposition aux fins indiquées et en tenant compte des exigences des enquêtes en cours dans cet autre Etat » <sup>11</sup>.

Dans ce contexte, et dans la perspective de l'éventuelle adoption future de mesures législatives, je me permets de faire les quelques observations qui suivent.

1° Le concept d'espace, en tant que « territoire partagé », joue un rôle équivalent qu'il s'agisse du Marché intérieur ou de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice. Si le bon fonctionnement du Marché intérieur exigeait de supprimer les obstacles à la libre circulation des données personnelles entre les Etats membres, la préservation des valeurs de liberté, de sécurité et de justice de même que la protection des citoyens à l'intérieur de l'espace judiciaire européen exige également aujourd'hui des mesures pour faire tomber les barrières frontalières à l'échange d'informations entre les autorités compétentes.

2° On ne peut se contenter d'une simple transposition des règles du premier pilier aux domaines policier et judiciaire pénal. Bien que les principes généraux de la protection des données soient les mêmes, les limitations possibles ou les modalités d'exercice ne peuvent pas être les mêmes. Comme tous les droits fondamentaux, la protection de la vie privée est soumise à des limitations nécessaires pour sauvegarder d'autres droits et intérêts légitimes. A cet effet, le droit à la vie, la protection de la liberté individuelle ou la protection de la sécurité publique sont des valeurs supérieures au regard des légitimes intérêts commerciaux qui sont à la base de nombreuses règles qui ont inspiré la directive 95/46. Une différenciation respectueuse par rapport au principe de proportionnalité est nécessaire.

3° La réglementation des conditions de traitement des données dans la coopération policière et judiciaire pénale ne doit pas nécessairement être réalisée par un instrument juridique unique. Un rapprochement sectoriel, selon le type des données à échanger et selon le type d'autorité maître du fichier, est également possible et peut-être même plus recommandé.

4° En ce qui concerne le traitement des données par les autorités judiciaires, il serait nécessaire d'assurer un juste équilibre entre le principe d'indépendance des autorités judiciaires, d'une part, et les pouvoirs de supervision des autorités indépendantes de contrôle, d'autre part.

5° Je voudrais mettre en garde contre les tentations réductrices suggérant que le principe de proportionnalité demande de limiter les échanges d'information aux poursuites pour délits graves. Une telle perspective ne tient en effet pas compte de l'impossibilité de qualifier la gravité du délit au premier stade des investigations et prend encore moins en considération la réalité des phénomènes criminels modernes, notamment de la criminalité organisée.

6° Un problème à résoudre à l'avenir est la désignation de l'autorité de contrôle. Le système actuel est double : les autorités nationales et les autorités européennes

---

<sup>11</sup> Doc. 14292/04, 5 novembre 2004, voy. le paragraphe 2.1.

fonctionnent en parallèle. Et, au sein des autorités européennes, il existe non seulement une autorité de contrôle pour les affaires du premier pilier (le contrôleur européen de protection des données) mais encore diverses autorités communes de contrôle pour les aspects relevant du troisième pilier (autorité commune de contrôle Schengen, Europol et Eurojust). L'intégration de toutes ces autorités européennes a été présentée comme une piste à suivre à l'occasion de l'adoption de la décision du Conseil relative au statut du contrôleur européen de protection des données <sup>12</sup>. Cependant, l'article I-51 du traité établissant une Constitution pour l'Europe ne parle pas d'une seule autorité de contrôle mais bien d'« autorités indépendantes ».

### ***B. Le renforcement de la confiance par le biais d'un meilleur contrôle de l'application des instruments européens***

Générer la confiance implique aussi de renforcer la sécurité juridique en améliorant les connaissances quant à la façon dont les différentes normes de l'Union sont appliquées par les Etats membres et par leurs autorités judiciaires.

Dans l'état actuel des traités, le système de contrôle de l'exécution des normes de coopération judiciaire pénale est différent du système classique de droit communautaire, y compris la coopération judiciaire civile.

Pour rappel, en droit communautaire, la procédure en constatation de manquement confère à la Commission européenne un rôle majeur pour vérifier que les Etats membres ont exécuté les obligations qui leur incombent. La procédure applicable comprend une phase préalable dans laquelle la Commission et l'Etat membre concerné ont l'opportunité d'échanger leurs points de vue, et en plus, le cas échéant, d'avoir un débat contradictoire entre les Etats membres sur les raisons qui fondent les différentes interprétations du droit européen, mais aussi de la loi nationale. Aux termes de cette procédure, la Commission ou l'Etat membre a la possibilité de saisir la Cour de Justice, ce conformément aux articles 226 à 228 TCE.

Un tel mécanisme n'existe pas encore dans le cadre de la coopération policière et judiciaire pénale. En effet, le TUE <sup>13</sup> ne prévoit pas qu'un Etat puisse saisir la Cour de justice afin de constater qu'un autre Etat membre a manqué à ses obligations. Selon l'article 35, par. 7 TUE, « la Cour de Justice est compétente pour statuer sur tout différend entre Etats membres concernant l'interprétation ou l'application des

---

<sup>12</sup> Décision 1247/2002/CE du Parlement européen, du Conseil et de la Commission du 1<sup>er</sup> juillet 2002 relative au statut et aux conditions générales d'exercice des fonctions de contrôleur européen de la protection des données. Voy. le considérant 11 aux termes duquel : « Il conviendra d'examiner dans quelle mesure la coopération avec les organes de contrôle de la protection des données institués en vertu du titre VI du traité sur l'Union européenne prévue à l'article 46, point f), du règlement (CE) 45/2001 permet de réaliser l'objectif consistant à assurer la cohérence dans l'application des règles et des procédures de contrôle visant la protection des données ».

<sup>13</sup> LABAYLE, H., « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in DONY, M. et BRIBOSIA, E. (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'université de Bruxelles, 2002, p. 73 et s.

actes adoptés au titre de l'article 34, par. 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 ». Cette procédure inclut une phase préalable mais celle-ci correspond surtout à une période de consultation politique au sein du Conseil. Il s'agit d'une procédure qui n'a pas encore trouvé de concrétisation. Il n'en a en effet pas encore été fait usage, ce qui peut s'expliquer par sa nouveauté ou son introduction récente dans le traité. Les arguments de prudence politique ne doivent cependant pas non plus être écartés. En effet, un débat politique au sein du Conseil pendant six mois quant au non-respect de ses obligations par un Etat membre ne serait certainement pas une situation confortable.

L'insuffisance du système de contrôle mis en place par le droit primaire a été suppléée à travers le droit dérivé.

D'une part, les différentes décisions-cadres consacrent à charge des Etats membres une obligation d'information de la Commission européenne quant aux mesures de transposition adoptées. A partir de ces informations, la Commission présente un rapport, basé sur la comparaison entre le droit de l'Union et la législation nationale. Malgré les bonnes intentions du législateur, la procédure conduit cependant d'habitude à des conclusions du Conseil qui se contentent d'identifier les Etats « débiteurs », d'inviter ceux-ci à compléter la législation nationale concernée et de fixer une date pour un deuxième rapport.

D'autre part, des mécanismes d'évaluation ont également été mis en place dans certains secteurs. C'est le cas des mécanismes d'évaluation Schengen, de l'évaluation conjointe des pays candidats, mais aussi du système d'évaluation par les pairs établi par l'action commune 97/827/JAI du Conseil du 5 décembre 1997 et de l'évaluation de l'application et de la mise en œuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre le terrorisme prévue par la décision 2002/96/JAI du Conseil du 28 novembre 2002. Tous ces instruments sont basés sur la création d'équipes *ad hoc* d'évaluateurs.

A propos de ce qui précède, l'entrée en vigueur du traité établissant une Constitution pour l'Europe devrait apporter deux changements importants.

Tout d'abord, le champ d'application de la procédure classique en constatation de manquement devrait s'élargir et couvrir les dispositions du droit de l'Union concernant la coopération judiciaire pénale. La Cour de justice de Luxembourg se verrait ainsi reconnaître des pouvoirs ordinaires de protection du respect du droit de l'Union vis-à-vis des Etats membres.

Par ailleurs, l'article III-260 du traité dispose que

« Sans préjudice des articles III-360 à III-362, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter des règlements ou décisions européens établissant des modalités par lesquelles les Etats membres, en collaboration avec la Commission, procèdent à une évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre, par les autorités des Etats membres, des politiques de l'Union visées au présent chapitre, en particulier afin de favoriser la pleine application du principe de reconnaissance mutuelle. Le Parlement européen et les parlements nationaux sont informés de la teneur et des résultats de cette évaluation ».

Bien que la disposition précitée fasse une référence spéciale aux instruments de reconnaissance mutuelle, ces évaluations, qui sont connues sous l'appellation d'« évaluations par les pairs » (ou « *peer evaluation* »), devraient s'étendre à tous les éléments de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Pour une période intermédiaire, le programme de La Haye adopté par le Conseil européen de novembre 2004 a donné un message clair :

« De l'avis du Conseil européen, l'évaluation de la mise en œuvre et des effets de chaque mesure est indispensable pour que l'action de l'Union soit efficace. Les évaluations qui seront réalisées à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2005 devront être systématiques, objectives, impartiales et efficaces, tout en évitant de faire peser une charge administrative trop lourde sur les autorités nationales et sur la Commission. Elles devront avoir pour objectif d'examiner le fonctionnement de la mesure concernée et de proposer des solutions aux problèmes rencontrés dans sa mise en œuvre ou son application. La Commission devrait élaborer un rapport annuel d'évaluation des mesures, qui sera soumis au Conseil et transmis pour information au Parlement européen et aux Parlements nationaux »<sup>14</sup>.

Pendant les deux ou trois années prochaines, nous devons vivre avec les pouvoirs limités de la Cour de justice et sans une base constitutionnelle pour les évaluations de la Commission et pour les évaluations par les pairs. Selon moi, cette situation intermédiaire appelle une approche plus intégrée. A cet égard, je souhaite proposer les quelques pistes qui suivent.

Concernant les acteurs de l'évaluation, il est recommandé de créer au sein du Conseil une structure flexible et pas trop bureaucratique autour des mécanismes d'évaluation existants. Cette structure devrait être caractérisée par une participation majeure de la Commission et devrait pouvoir compter sur l'expertise d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen. Ceux-ci apporteront une double expérience, celle de la pratique nationale et celle de la pratique de la coopération. Les deux organismes précités échangent d'ailleurs déjà des informations sur l'application de certaines normes de l'Union. Enfin, il s'agit d'intégrer ces acteurs et d'unir les groupes d'évaluation du Conseil afin de renforcer les moyens d'évaluation, de la manière la plus simple possible.

Ce mécanisme devrait être développé au moyen de règles décisionnelles spéciales et en le dotant d'une procédure d'organisation et d'opération spécifique. L'évaluation devrait en tout cas être fondée sur une procédure garantissant son caractère contradictoire et dans laquelle les Etats membres pourraient exprimer leurs points de vue.

A cet égard, on rappellera que les objectifs politiques de l'espace judiciaire européen consistent à faciliter l'efficacité des décisions judiciaires, à garantir l'accès du citoyen à la Justice, à éviter que des espaces d'impunité existent pour les criminels, mais ces objectifs visent également à protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales.

---

<sup>14</sup> Voy. Orientations générales, par. 3.

L'objet de l'évaluation devrait être le plus concret possible : il devrait permettre de d'abord vérifier si les décisions judiciaires qui bénéficient du principe de reconnaissance mutuelle sont reconnues et exécutées ; ensuite, en cas de refus, il faudrait en analyser les raisons et voir s'il respecte le droit de l'Union ; enfin, il conviendrait d'examiner dans quelle mesure la coopération devrait être améliorée tant au niveau national qu'au niveau de l'Union.

Bien sûr, l'ensemble de ces éléments apporte une vision sur la qualité des systèmes judiciaires des Etats membres. Cependant, il ne faut pas se disperser et il importe de garder à l'esprit que les conclusions du Conseil européen parlent d'« examiner le fonctionnement de la mesure concernée et de proposer des solutions aux problèmes rencontrés dans sa mise en œuvre ou son application ». A cette fin, trois facteurs différents devraient être évalués : la mise en œuvre sans délais de la norme adoptée dans l'Union ; la qualité de la norme nationale de transposition ou son adaptation complète aux obligations imposées par la norme de l'Union ; et la qualité de l'application des normes de l'Union sur le terrain.

Le travail du Comité d'évaluation devrait se faire à partir de différentes sources : les rapports de la Commission sur la mise en œuvre des décisions-cadres, l'information transmise par les Etats membres sur les problèmes rencontrés dans l'application des instruments légaux et les évaluations directes et impartiales des experts sur le terrain.

Le partage de ces informations et le débat contradictoire entre les Etats membres, la Commission et les praticiens évaluateurs devraient conduire à un résultat qui permettrait d'éviter la tendance à édulcorer les conclusions des évaluations pour des raisons politiques. De ce point de vue, des distinctions ou séparations assez nettes devraient être faites : d'un côté, les conclusions de la Commission ou des experts, de l'autre, les arguments de l'Etat membre intéressé par l'évaluation.

Les buts et objectifs de ces rapports et contre-rapports d'évaluation peuvent être divers. Le Conseil peut les prendre en considération, dans des cas spécifiques, afin de tirer des conclusions par rapport à l'accomplissement de ses obligations par un Etat membre déterminé. Il s'agirait d'une admonestation politique.

On pourrait également utiliser ces rapports et contre-rapports comme une sorte de procédure préliminaire à la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes. A cet égard, il faut rappeler que le traité de l'Union, article 35, par. 7, oblige l'Etat membre « plaignant » à tenter une conciliation avec l'Etat membre qui manque aux obligations qui lui incombent en vertu du droit de l'Union européenne.

Par ailleurs, d'autres modalités d'évaluation sont évoquées. C'est par exemple le cas de l'évaluation par le Réseau d'experts indépendants sur les droits fondamentaux et par les ONG. Bien que, selon la position majoritaire, il conviendrait d'établir une liaison entre le Réseau d'experts indépendants et la future Agence européenne sur les droits fondamentaux, je doute du bien-fondé d'un mécanisme d'« évaluation par la société civile ». Je pense qu'il doit jouer le rôle de l'esprit académique et de la société civile (l'esprit critique) plus que celui de s'impliquer dans le mécanisme officiel ou bureaucratique d'évaluation. En ce qui concerne la future Agence européenne sur les droits fondamentaux, il me paraît préférable que cet organisme ait une compétence analytique générale. Les examens généraux de la qualité de la justice au sein des Etats membres et ses carences seraient un sujet plus adapté pour l'Agence.

### C. *Le rôle d'Eurojust dans le renforcement de la confiance mutuelle*

Eurojust se voit déjà reconnaître un rôle d'observatoire privilégié sur le fonctionnement de la coopération judiciaire pénale contre la criminalité organisée. Son rapport annuel et les rapports soumis à la demande du Conseil des ministres de l'Union sont une preuve de cette fonction. Cette position de simple spectateur n'est cependant pas suffisante.

« Est-il normal qu'un pays ne réponde pas lorsqu'il n'exécute pas une commission rogatoire ? (...) Obligeons les Etats à motiver leur refus, et si ce refus n'est pas fondé, ou s'ils ne le motivent pas, pourquoi ne pas les traduire devant une juridiction ? ». Ces questions posées par Jean-Pierre Zanoto<sup>15</sup>, au début de la construction de l'espace judiciaire européen sont en plein dans l'actualité aujourd'hui, au moment où les concrétisations du principe de reconnaissance mutuelle sont mises en place.

Une contribution d'Eurojust à la confiance mutuelle exigerait de conférer à cet organe de l'Union certaines tâches en tant qu'arbitre entre les autorités judiciaires des Etats membres à l'occasion de l'application du principe de la reconnaissance mutuelle. On trouve quelques précédents de sa participation à la mise en œuvre de l'entraide judiciaire. C'est le cas de l'article 10 du protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, du 16 octobre 2001<sup>16</sup>. En ce qui concerne la participation d'Eurojust à la mise en œuvre de coopération, il convient également de mentionner les articles 16, par. 2 et 17, par. 7 de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. La première de ces dispositions permet de consulter Eurojust avant la prise de décision de remise si plusieurs Etats membres ont émis un mandat d'arrêt européen à l'encontre de la même personne. Quant à la seconde disposition, à savoir l'article 17, par. 7, elle oblige à informer Eurojust si les délais des procédures d'exécution du mandat et de la raison du retard ne sont pas respectés.

L'idée de donner à Eurojust un rôle d'arbitrage a été proposée par Joachim Vogel dans sa contribution aux travaux du Comité d'affaires européennes de la House of Lords britannique. Selon le professeur Vogel, les tâches d'Eurojust devraient être concentrées sur les cas où la coopération dans les matières criminelles ne marche pas, en particulier quand il n'y a aucune réaction opportune à une demande d'extradition ou d'assistance mutuelle, quand des demandes sont rejetées pour des raisons douteuses, ou quand des demandes douteuses et abusives sont faites... Dans de tels cas, Eurojust

---

<sup>15</sup> ZANOTO, J. P., « Les nouvelles démarches tendant à améliorer la coopération : aspects pratiques », in *L'espace judiciaire européen, actes du colloque d'Avignon*, Paris, La Documentation française, 1999, p. 138.

<sup>16</sup> Selon l'article 10, « Transmission au Conseil des décisions de rejet et saisine d'Eurojust », les autorités compétentes de l'Etat membre requérant peuvent signaler à Eurojust toute difficulté liée à l'exécution d'une demande d'assistance rejetée sur la base du principe de double incrimination, en vue d'une éventuelle solution pratique, conformément aux dispositions prévues par l'instrument portant création d'Eurojust.

devrait avoir de « vrais » pouvoirs, en particulier, le pouvoir pour requérir que la demande soit accomplie ou pas <sup>17</sup>.

Ne fût-ce que pour certains motifs de refus, nous pourrions réfléchir quant à la possibilité de demander l'intervention d'Eurojust avant que la décision définitive de non-exécution d'une décision judiciaire étrangère soit prise. L'attribution de ce rôle d'arbitre à Eurojust peut bien sûr nécessiter la modification des règles actuelles, mais elle serait peut-être intéressante en tant qu'un élément additionnel venant fonder la confiance mutuelle entre les autorités des Etats membres.

#### 4. Conclusion

Certes, la « confiance décrétée est plus aveugle qu'éclairée » <sup>18</sup> et « il s'agit de changer les mentalités, non d'imposer une norme technique » <sup>19</sup>. Mais l'Union européenne ne peut pas attendre passivement ce changement des mentalités. Une action positive s'impose, et ce soit dans le domaine de l'harmonisation des législations, soit dans le suivi de la mise en œuvre de la législation européenne ou dans la création d'une vraie culture judiciaire commune entre les Etats membres, une culture fondée sur le respect de la diversité mais aussi sur le plein respect des droits fondamentaux du citoyen, respect des droits fondamentaux qui doit jouer un rôle central dans la création européenne.

---

<sup>17</sup> HOUSE OF LORDS EUROPEAN UNION COMMITTEE, 23<sup>rd</sup> Report of Session 2003-04, Judicial Cooperation in the EU : the role of Eurojust, Report with Evidence, p. 105-108.

<sup>18</sup> WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 148.

<sup>19</sup> MADELIN, A., *La coopération judiciaire en matière pénale : problématiques, options pour le futur et perspectives*, mémoire présenté pour le Diplôme d'études européennes approfondies au Collège d'Europe à Bruges, année académique 1998-1999.



# Eurojust as a link to mutual trust within the European Union

José Luís LOPES DA MOTA

## 1. Introduction

Mutual trust has acquired particular relevance in connection with the principle of mutual recognition of judicial decisions. The European Council of Tampere (October 1999) endorsed the principle of mutual recognition as a cornerstone of judicial cooperation <sup>1</sup>, and the Treaty establishing a Constitution for Europe makes a close link between this principle and the concept of mutual trust <sup>2</sup>. The repercussions of the principle of mutual recognition on the development of a European area of freedom, security and justice give reason for such a particular connection.

However, mutual trust, as a pre-existing and extralegal concept, is not limited to mutual recognition. The European Union has been established upon essential principles of democracy, rule of law and on respect for fundamental rights <sup>3</sup>, principles which are common to the Member States and which constitute the basis upon which mutual

---

<sup>1</sup> See conclusion 33: “Enhanced mutual recognition of judicial decisions and judgements and the necessary approximation of legislation would facilitate cooperation between authorities and the judicial protection of individual rights. The European Council therefore endorses the principle of mutual recognition which, in its view, should become the cornerstone of judicial cooperation in both civil and criminal matters within the Union. The principle should apply both to judgements and to other decisions of judicial authorities”.

<sup>2</sup> Article I-42: “1. The Union shall constitute an area of freedom, security and justice: (...) (b) by promoting mutual confidence between the competent authorities of the Member States, in particular on the basis of mutual recognition of judicial and extrajudicial decisions (...)”.

<sup>3</sup> See Article 6 of the EU Treaty.

trust is grounded<sup>4</sup>. These principles have launched the foundations of a common *acquis* where reliability on the criminal systems of Member States and on the quality of the national judicial decisions are entrenched. Mutual trust assumes a structuring nature of cooperation between Member States and constitutes the general basis for the measures that have been adopted by the Council of the European Union towards a European area of freedom, security and justice<sup>5</sup>.

As we will see, the Member States' decision to establish Eurojust in 2002 constitutes a particular and significant example of such measures (2). As experience demonstrates, Eurojust is playing an important role in the promotion and consolidation of mutual trust that inspires judicial cooperation in criminal matters in the European Union; but Eurojust also requires mutual trust to function effectively (3).

## 2. The concept of mutual trust and the creation of Eurojust

The Member States' decision to establish Eurojust<sup>6</sup> gives expression, by itself, to a reliable spirit as a result of a long, common process that has supported, throughout the preceding decades, the gradual accumulation of conditions which allow them to recognise that they can trust each other, their institutions and their systems. These conditions make it possible to set up new forms of cooperation aiming towards a structured common action against cross-border crime, in a globalisation context.

The acceleration of European construction in the judicial area since the Treaty of Amsterdam has given a new impulse to criminal matters in the European Union, the area where Eurojust plays a central role. However, one cannot forget that these matters are related to functions forming part of the essential nucleus of the sovereignty of the States – the power to investigate, to prosecute and to punish crimes – and that Eurojust has to operate in such a context by promoting new dynamics in judicial cooperation, at operational level, grounded in the principle of mutual trust. To this end, Member States have to set up, in equivalent circumstances, on the domestic level, the institutional and legal conditions and procedures that are needed to ensure full operability of Eurojust in practice.

---

<sup>4</sup> “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” (see Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters, *OJ*, n° C 12, 15 January 2001, p. 10).

<sup>5</sup> About mutual trust, in general, FLORE, D., “Réflexions sur l'idée de la “confiance mutuelle””, in DE KERCHOVE, G. and WEYEMBERGH, A. (dir.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 133-145, and WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Brussels, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 144-152 and 339.

<sup>6</sup> Council Decision of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime (2002/187/JHA), *OJ*, n° L 63, 6 March 2002.

These particular Eurojust features must be underlined. Being a cooperation body that does not provide a substitute for competent national prosecution authorities, Eurojust has a crucial role to play in building trust; at the same time, Eurojust depends on the Member States that have to implement the Council Decision setting up Eurojust to allow it to function properly. Mutual trust definitively is the basis both for the work of European and national legislators and for the daily judicial action.

The success of Eurojust also has depended, from the very beginning, on the way the spirit of mutual trust is able to consolidate Eurojust itself and on the way its national members assume their roles as members of a European body promoting a “European vision” against cross-border crime. National members of Eurojust cannot limit their action to a representative role in the domestic interest of their States, performing simple liaison functions related to specific necessities of the national investigations and prosecutions strictly assessed from a local perspective. Mutual trust, which inspired the creation of Eurojust, grants national members the ability, acting in such capacity or as a College <sup>7</sup>, to promote an overall approach to criminal phenomena crossing territorial borders of national jurisdictions (serious crime related to two or more Member States) <sup>8</sup>. Beyond the situations where Eurojust only can act upon request of the national authorities <sup>9</sup>, there is a wide range of cases where it

---

<sup>7</sup> See Eurojust Decision, Article 5 (tasks of Eurojust): “1. In order to accomplish its objectives, Eurojust shall fulfill its tasks: (a) through one or more of the national members concerned in accordance with Article 6, or (b) as a College in accordance with Article 7: (i) when so requested by one or more of the national members concerned by a case dealt with by Eurojust, or (ii) when the case involves investigations or prosecutions which have repercussions at Union level or which might affect Member States other than those directly concerned, or (iii) when a general question relating to the achievement of its objectives is involved, or (iv) when otherwise provided for in this Decision (...)”.

<sup>8</sup> See Eurojust Decision, Article 4 (competences): “1. The general competence of Eurojust shall cover: (a) the types of crime and the offences in respect of which Europol is at all times competent to act pursuant to Article 2 of the Europol Convention of 26 July 1995; (b) the following types of crime: computer crime, fraud and corruption and any criminal offence affecting the European Community’s financial interests, the laundering of the proceeds of crime, environmental crime, participation in a criminal organisation 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 (1); (c) other offences committed together with the types of crime and the offences referred to in points (a) and (b).

2. For types of offences other than those referred to in paragraph 1, Eurojust may in addition, in accordance with its objectives, assist in investigations and prosecutions at the request of a competent authority of a Member State”.

<sup>9</sup> Eurojust needs to be requested to assist investigations and prosecutions concerning one Member State and one non-Member State, Member States and the Commission, for types of offences other than those referred to in Article 4 para. 4, to assist national authorities in ensuring coordination and to forward requests for judicial assistance when coordination is needed (see Articles 3.2, 3.3, 4.2, 6.c and 6.g of the Eurojust Decision).

must take actions on its own initiative, strengthening efficiently a necessary pro-active stance against cross-border crime. The most intense powers of Eurojust are linked to this possibility, including competence to ask national authorities to undertake an investigation or prosecution, to co-ordinate between themselves, to recognise that an authority of another State is in a better position to investigate or to prosecute specific acts, to set up joint investigation teams or to make available any information necessary to carry out its tasks <sup>10</sup>.

By entrusting Eurojust with these types of powers, the Member States clearly assumed the need for a structured and coherent action in order to achieve common purposes. Only a strong team spirit of national members, coming from each Member State <sup>11</sup> having distinct judicial cultures and criminal systems, can ensure the achievement of such purposes and the required cohesion, unity, operability and effectiveness of the daily work of Eurojust.

Confidence and mutual trust grounding Eurojust have to be permanently incorporated into Eurojust as the basis for its operation. The personal profile and the professional skills of each national member and their ability to work together, to motivate and stimulate other people, to promote the dialogue and mutual understanding and to respect existing differences are all factors playing a crucial role in this field. An adequate profile for a new type of function is required, a profile able to generate and to strengthen the basis of trust which must operate as cement giving consistency to the body itself.

Therefore, the Eurojust project is a remarkable challenge. Eurojust is a “*sui generis*” body, an interface of national systems with both a European and a national face that cannot function without an appropriate integration in the national systems. Eurojust gives expression to a new cooperation concept calling for changes in judicial practices and culture, in organisation and working methods of national judicial authorities as protagonists of the fight against transnational crime. Nevertheless, one must not forget that judicial authorities form part of national systems which, by definition, originally are closed systems, conceived and shaped by national visions focused on their local territorial criminal realities. Criminal systems are constructions of the States, inspired by their own identities, reflecting their own criminal policies, and implemented for exercising their sovereign powers in a precise territory constituting their jurisdictional area.

The concept of “European criminal area”, coming from the Treaty of Amsterdam, implies a new approach to the relationship between space and territory, whose limits no longer coincide. As a principle, territory continues to limit the jurisdiction of each State; however the range of action of the judicial authorities is now exceeding the limits of their national territories towards a common European area without borders. This is a new reality that became particularly significant with respect to Eurojust.

---

<sup>10</sup> See Articles 6 (a) and 7 (a) of the Eurojust Decision.

<sup>11</sup> Eurojust Decision, Article 2 (composition): “1. Eurojust shall be composed of one national member seconded by each Member State in accordance with its legal system, being a prosecutor, judge or police officer of equivalent competence (...)”.

Using intercommunication and interaction, national criminal systems co-operate to achieve this common European borderless area.

However, the national judicial authorities and Eurojust can only function satisfactorily when trusting each other. In fact, “horizontal” traditional cooperation against crime, based on fragmented criteria of territorial competence of national authorities, became insufficient to react to the challenges imposed by new criminality. Opening of borders, free circulation of persons, goods and services and increasing globalisation have brought also the free circulation of illicit activities and the development of new and more complex forms of transnational crime. The distinction between domestic crime and transnational crime is no longer clear; both are now reciprocally nourished and influenced. It became evident that no State or national criminal system, acting separately, is able to efficiently combat criminal phenomena structured and organised on an international level. The organisation of criminal activities compels the organisation to common answers, taking into account the increased need for appropriate balance between efficiency and protection of fundamental rights.

In this context, coordination between the national authorities became a key concept of judicial cooperation between Member States<sup>12</sup>. By creating Eurojust, in order to stimulate and to ensure coordination, Member States have thus conferred a new institutional dimension to judicial cooperation, a European dimension, based on and derived from national systems. This is the condition for Eurojust’s legitimacy and for achieving its objectives – stimulation of coordination, facilitation of cooperation, and support to national authorities<sup>13</sup>.

### **3. Eurojust as a factor reinforcing mutual trust and Eurojust requiring mutual trust**

The effectiveness of Eurojust basically depends on two main factors: knowledge and information. Knowledge of national criminal systems is a basic requirement for promotion and consolidation of trust. Strengthening mutual confidence requires

---

<sup>12</sup> TEU, Article 29 (2) (a): “The Council shall encourage cooperation through Eurojust by: (a) enabling Eurojust to facilitate proper coordination between Member States’ national prosecuting authorities (...)”. Eurojust Decision, preamble (2) and (11) and Articles 3 (a), 6 (a) (iii), 6 (c), 7 (a) (iii) and 7 (c).

<sup>13</sup> Eurojust Decision, Article 3 (objectives): “1. In the context of investigations and prosecutions, concerning two or more Member States, of criminal behavior 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 (...)”.

an explicit effort to improve mutual understanding among judicial authorities and different legal systems<sup>14</sup>. We only trust what we know; a wider knowledge enlarges understanding and confidence. This general rule fully applies to Eurojust.

The nature, composition and position of Eurojust allow it to play a crucial role in acquisition, promotion and exchange of knowledge. Being a permanent structure of interface and proximity, Eurojust makes it possible to establish in a structured way contacts and permanent interaction between national systems and authorities that would not be possible to obtain otherwise. The knowledge of the systems, of their similarities and of their differences on the one hand and the feeling of contributing to a common project on the other hand constitute basic requirements for a constructive action. Knowledge and networking of people and institutions are conditions for a new, dynamic and more efficient performance.

By promoting the coordination between national authorities, Eurojust connects people, makes possible that they get acquainted, and develops the basis for a better understanding of their role as real actors in judicial cooperation and in the European criminal area under construction. National authorities have to co-ordinate between themselves and Eurojust has to create the conditions for making it possible in a more active and efficient way. Coordination meetings organised by Eurojust, either to deal with existing cases or to exchange views and experiences in strategically common matters, provide excellent opportunities for reinforcing relations between prosecutors, judges and police authorities and for developing teamwork. Development of confidence and trust between national authorities is a core task for Eurojust.

From its creation, in March 2001, until the end of 2004, Eurojust has been involved in 1,056 cases and promoted 108 operational coordination meetings with the participation of national authorities in charge of investigations and prosecutions. Experience shows that, despite its young age, Eurojust has already developed an operational work which attains significant results in common action, throughout a close cooperation between national authorities, and between them and Eurojust. In such a way, mutual trust between systems and people has been visibly consolidated, with concrete results that in many cases were not easy to anticipate. In fact, this is a new experience, a change in attitude that would not be possible without the existence of a coordinating structure such as Eurojust.

#### ***A. The exchange of information through Eurojust: a matter of mutual trust***

In order to play an active role in judicial cooperation and to be fully operational, Eurojust needs comprehensive information on crimes, criminals and proceedings involving two or more Member States. Exchange of information between national authorities and Eurojust is a vital issue for cooperation throughout Eurojust.

The Council Decision setting up Eurojust pays special attention to this issue. On the one hand, Eurojust is to take into account any request emanating from a competent

---

<sup>14</sup> The Hague Programme “Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union” (3.2. Confidence-building and mutual trust, p. 36).

authority of a Member State and any information provided by any body competent by virtue of the provisions adopted within the framework of the treaties<sup>15</sup>, in particular Europol and OLAF. On the other hand, Eurojust may ask for information from the national authorities<sup>16</sup>, shall ensure the exchange of information between concerned national authorities<sup>17</sup>, may exchange information with partners and shall provide for accurate and up-to-date information on personal data<sup>18</sup>.

Exchange of information presupposes a close interaction with national authorities involved in investigations and prosecutions and with European partners that can give significant input to or support the activity of Eurojust (Europol and OLAF), in order to set up the best strategies and cooperation measures together with competent national authorities.

This interaction requires a direct link with prosecutors, judges and police – according to national systems – and with European partners. Information about serious cross-border criminal activities and proceedings related to investigations and prosecutions could be transmitted on a systematic basis to national members of Eurojust. This information should flow smoothly and, especially in urgent cases, rapidly.

These aspects are being and also are still to be developed by national legislation implementing the Eurojust Decision in the Member States. The Eurojust Decision does not aim to harmonise national legislation. However, as it might be necessary to amend national law to bring it into conformity with the Decision, the Member States should have accomplished this at their earliest opportunity and in any case no later than 6 September 2003<sup>19</sup>. The delay in the implementation of the Eurojust Decision in some Member States has a negative effect on the proper functioning of Eurojust<sup>20</sup>.

---

<sup>15</sup> Article 3.

<sup>16</sup> Articles 6 (a) and 7 (a).

<sup>17</sup> Articles 6 (b) and 7 (b).

<sup>18</sup> Articles 14 (3) and 27.

<sup>19</sup> Article 42.

<sup>20</sup> In the Eurojust annual report of 2003 one can read as follows regarding the implementation of the Eurojust Decision: “The Eurojust Decision was to have been implemented in Member States by 6 September 2003 and if required legislation should have been in place by that date. It is disappointing that several Member States who planned to adapt their national legislation have still to do so. The powers that Member States have given to their national members vary considerably. It is important that there is consistency of competence amongst the members of the College as any lack of consistency of powers amongst the national members has the potential to undermine the effectiveness of the College. This will always mean that the College can only be as strong as its weakest link. It also seems clear that the level of aspiration for Eurojust differs in Member States. It is not easy to be effective throughout the EU when national members’ actions are slowed down by lack of powers vested in their colleagues. Direct contact between a national member and all the competent authorities in his or her Member State is indispensable for swift and efficient work. (...) In general the national member must be linked to the prosecutorial system in his or her country in a functional way. (...) A free flow of information to and from Eurojust without any unnecessary obstacles is also crucial for Eurojust to enable it to fulfil its objectives” (p. 15).

Following the terrorist attacks of 11 March 2004 in Madrid, the European Council urged Member States to fully implement the Eurojust Decision by June 2004 and called on them to ensure that the optimum and most effective use is made of Eurojust to promote cooperation in the fight against terrorism <sup>21</sup>. More recently, in December 2004, the Council of the European Union has insisted on this point and called upon all Member States that have not already done so to fully implement the Eurojust Decision, while taking account of the report from the Commission, and to provide information on progress made.

The full implementation of the Eurojust Decision, in particular Articles 9 (3) and (4) and 13 (1), by the Member States is vital with regard to the exchange of information <sup>22</sup>. Regarding this issue, the Council of the European Union of 2 December 2004 also noted that it is of utmost importance for the practical working of Eurojust that the competent national authorities provide the national members of Eurojust with all information that is necessary to fulfil their tasks <sup>23</sup>. Eurojust is not an investigative or a prosecutorial body, so it cannot generate its own information in criminal cases. Its level of efficiency depends on the information transmitted by national authorities dealing with cross-border cases. Given the nature of such information, related to investigations and prosecutions protected by confidentiality rules, this is a very sensitive topic that can show how Member States trust Eurojust in practice. It seems very important to stress the fact that the information is transmitted to and through the respective national members who become the “owners of the information” at Eurojust.

The main legal basis for exchanging information is not directly provided by the Eurojust Decision, which only lays down the respective general legal framework. It is to be provided by Member States that did not adopt common rules on a European level and do not ensure the equivalent legal standards. Article 13 of the Eurojust Decision contains the key rule on this topic and the most recent evaluation of the implementation of the Decision in the Member States made by the Commission clearly shows that the situation is not satisfactory <sup>24</sup>. As a result, the situation is very unbalanced inside Eurojust and in its relationship with external authorities and bodies. It is obvious that different levels of access by national members to the information in respective countries lead to different results. This is indeed a serious matter of trust.

---

<sup>21</sup> Declaration of Brussels European Council on Combating Terrorism of 25 March 2004.

<sup>22</sup> Article 13 (exchanges of information with the Member States and between national members): “1. The competent authorities of the Member States may exchange with Eurojust any information necessary for the performance of its tasks in accordance with Article 5. 2. In accordance with Article 9, the national members of Eurojust shall be empowered to exchange any information necessary for the performance of its tasks, without prior authorisation, among themselves or with their Member State’s competent authorities”.

<sup>23</sup> Council Conclusions on an improved use of Eurojust in the fight against serious crime.

<sup>24</sup> Report from the Commission on the legal transposition of the Council Decision of 28 February 2002 setting up Eurojust with a view to reinforcing the fight against serious crime, Brussels, 6 July 2004 (COM (2004) 457 final).

Member States should ensure common standards and, at least for reciprocity reasons, should not create difficulties grounded on confidentiality.

***B. Security and protection of personal data: a key issue***

Confidentiality, security and protection rules regarding the processing of information containing personal data are main issues at Eurojust, given their ability to affect Eurojust's relations with national authorities and other partners, including European bodies, other international organisations and third countries.

Eurojust, as the first European body to process data in the field of judicial cooperation, pays particular attention to these matters and has put in place the needed measures to ensure the highest levels of confidentiality, security and protection of individuals as regards data processing. As recognised by the The Hague Programme (2004), strengthening freedom, security and justice requires an innovative approach to the cross-border exchange of law enforcement information that shall include an efficient system on protection and processing of personal data <sup>25</sup>.

This is a crucial topic regarding mutual trust. Providers must be assured that information is protected by robust and consistent rules and practical security measures, that its quality and integrity are ensured and finally that its transmission and processing will not jeopardise investigations and prosecutions nor that they will affect their interests or the rights of individuals protected by law.

For these reasons, the impact of data protection principles on data held and processed by judicial authorities in the context of judicial cooperation, including the exchange of information through or by Eurojust, is at present a very new and important issue.

The development of new technologies used with increasing frequency by police and judicial authorities in the framework of criminal proceedings and judicial cooperation, the abolition of border controls and the new communication facilities at the service of judicial cooperation have created new risks to the right to privacy of individuals and confidentiality. In this respect, the Convention 108 of the Council of Europe for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data <sup>26</sup> is the common ground where procedural criminal rules have to meet the principles and rules on data protection, in order to ensure the right balance between freedom and security and respect for individual rights.

The first instrument adopted in Europe containing explicit provisions on protection of personal data in a judicial cooperation context is the Convention on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters of 29 May 2000 <sup>27</sup>. However, only a

---

<sup>25</sup> The Hague Programme "Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union", p. 27.

<sup>26</sup> Convention of the Council of Europe for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS, n° 108), Strasbourg, 28 January 1981.

<sup>27</sup> Article 23 contains a provision of general nature regarding the finalities, purpose and use of personal data; Articles 7/2, 13, 18/5 and 20 provide specific rules regarding the spontaneous exchange of information, the use of information gathered by joint investigation teams and the

limited aspect of data processing is covered: the transmission and use of personal data within the scope of the Convention<sup>28</sup>.

The creation of Eurojust represents a bold step ahead in this matter, having a new, strong and deep impact on data protection issues on a European level. Thus, the Eurojust Decision lays out exhaustive rules on data protection<sup>29</sup> to be developed by internal rules of procedure<sup>30</sup>.

Article 14 of the Eurojust Decision forms the basis for processing personal data: Eurojust may process personal data by automated means or in structured manual files; it shall create an automated system that may contain personal data; it shall ensure a level of protection equivalent, at least, to Convention 108 of the Council of Europe for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Data and further amendments to this Convention.

Some preliminary ideas should be underlined. First, information to be processed by Eurojust for purposes of judicial cooperation may be of varying types and come from different sources; it includes not only typical judicial information but also administrative and police information. Second, processing operations cover all the operations currently considered as falling within the scope of data processing, not only the transmission of data. Processing of data at Eurojust includes any operation performed upon personal data such as collection, recording, storage, alteration, consultation, use, disclosure, combination, blocking, erasure or destruction, some of them being essential for Eurojust to carry out its tasks. Third, processing of personal data is conceived as an instrumental tool for judicial cooperation through Eurojust, allowing it to work efficiently<sup>31</sup>.

---

use of materials intercepted by telephone tapping. In the framework of the Council of Europe similar rules are established by the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (in particular, Article 26), inspired by the European Union Convention of May 2000.

<sup>28</sup> The Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters of the Council of Europe of 20 April 1959 that still remains as the main legal basis for judicial cooperation does not contain any specific data protection provisions. Article 6 (2) (that provides that the requesting Party may not dispose of such information even in a case where under its own legislation it is obliged to decide the question of its ownership) is not a “data protection rule” *per se*, although it is particularly relevant regarding the principle of finality/purpose of processing of data in judicial cooperation context.

<sup>29</sup> Articles 14 to 27.

<sup>30</sup> The rules of procedure on the processing and protection of personal data were adopted by unanimous decision of the College during the meeting of 21 October 2004 and approved by the Council on 24 February 2005 (*OJ*, n° C 68, 19 March 2005).

<sup>31</sup> This is the aim of the rules on processing and protection of personal data at the service of judicial cooperation. In this field, rules of different nature – judicial cooperation rules and data protection rules – have the same goal, as it happens in relation to procedural penal rules and data protection rules at national level. This distinction seems to be important in order to properly focus the data protection legal framework. Data protection rules are not intended to control the activities of Eurojust concerning judicial cooperation activities as such, but to ensure security and protect the right to privacy of individuals with regard to the processing operations on personal data by automated means or in structured manual files.

Convention 108 of the Council of Europe develops Article 8 (2) (protection of the right to respect for privacy) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms binding the European Union <sup>32</sup>. The Eurojust Decision is built upon and develops the principles of this Convention: principles of lawfulness of processing, finality, necessity, proportionality, transparency, security, length of conservation, right of access, quality of data (right of rectification and erasure) and independent supervision.

The key provision, regarding principles of lawfulness, finality, necessity and proportionality of processing and quality of data is contained in Article 14, which stipulates that, insofar as it is necessary to achieve its objectives, Eurojust may, within the framework of its competence and in order to carry out its tasks, process personal data, by automated means or in structured manual files; personal data processed by Eurojust shall be adequate, relevant and not excessive in relation to the purpose of the processing, and, taking into account the information provided by the competent authorities of the Member States or other partners, accurate and up-to-date; personal data processed by Eurojust shall be processed fairly and lawfully.

Personal data that Eurojust may process are limited. Article 15 lists personal data that Eurojust is authorized to process in relation to individuals that can be considered as suspects, victims and witnesses, according to national legislation of Member States, and imposes particular conditions, restrictions and requirements for processing such data.

The proper management environment for personal data is in temporary work files (TWF), maintained by national members, and in an index that can be accessed by all national members <sup>33</sup>. Insertion of personal data in the index is subject to specific purposes: supporting the management and coordination of investigations and prosecutions in which Eurojust is assisting, in particular by the cross-referencing of information; facilitating access to information on ongoing investigations and prosecutions; facilitating the monitoring of lawfulness and compliance with the provisions of the Decision concerning the processing of data. The structure and functioning of the management system, namely the links between TWF and the index, are governed in detail by the rules of procedure, ensuring security requirements regarding access to personal data. The information is collected and stored in the private section of the system for each national member; only national members and persons authorized by them may insert, modify or delete data. The decision to share this information with other national members and to authorize access to it for reading purposes only is made by the national member who is the owner of the file, on a case-by-case basis. The same criteria apply to the insertion of personal data in the index. In accordance with the rules of procedure, which reflect the structure and functioning of the management system already in place, national members play a crucial role as controllers, given the fact that they have to decide upon, in accordance with other

---

<sup>32</sup> Article 6 of the Treaty.

<sup>33</sup> Article 16.

principles (in particular, necessity and proportionality), which information is to be collected, stored and shared.

The Decision requires the appointment of a data protection officer. One of his or her main tasks is to ensure the lawfulness and compliance with the rules on data protection <sup>34</sup>. Only national members and their assistants and authorised staff, under the conditions established by national members, may have access to personal data and only for the purpose of achieving Eurojust's objectives <sup>35</sup>.

The right of access, correction and deletion of personal data is a very sensitive issue regarding the need to conciliate these rights with the nature of the data <sup>36</sup>. Restrictions and exceptions to this right are to be assessed on a case-by-case basis and must ensure the right balance between security, efficiency and finalities of the processing on the one hand, and the rights of individuals on the other hand. The right of access can only be limited in cases where criteria laid down by Article 9 of Convention 108 of the Council of Europe are respected. With this aim, the Decision provides that access to personal data shall be denied if such access may jeopardise Eurojust's activities or may jeopardise any national investigation which Eurojust is assisting or the rights and freedoms of third parties <sup>37</sup>. The competent authorities of the Member States shall be consulted by Eurojust before a decision is taken and subsequently be notified of its contents.

Security of data is a central issue <sup>38</sup>. Eurojust and each Member State shall protect personal data against accidental or unlawful destruction, accidental loss or unauthorised disclosure, alteration and access or any other unauthorised form of processing. In accordance with this provision, the rules of procedure contain the technical measures and the organisational arrangements needed to implement the Eurojust Decision with regard to data security <sup>39</sup>. These arrangements and measures are already in place and are developing.

---

<sup>34</sup> The Data Protection Officer is a member of the staff, under the direct authority of the College. In the performance of the duties, DPO shall take instructions from no-one. In particular, the Data Protection Officer has to ensure, in an independent manner, lawfulness and compliance with the provisions of the Eurojust Decision concerning the processing of personal data; that a written record of the transmission and receipt of personal data is kept in accordance with the provisions laid down in the rules of procedure, under security conditions; that data subjects are informed of their rights under the Eurojust Decision at their request (Article 17 of the Eurojust Decision).

<sup>35</sup> Eurojust Decision, Article 18.

<sup>36</sup> Article 19 lays down, in detail, the conditions and procedures of access. Article 21 develops the principle of length of conservation of personal data.

<sup>37</sup> Article 19 (4).

<sup>38</sup> Article 22.

<sup>39</sup> In particular, such measures and arrangements are designed to: "(a) deny unauthorised persons access to data processing equipment; (b) prevent the unauthorised reading, copying, modification or removal of data; (c) prevent the unauthorised input of data and the unauthorised inspection, modification or deletion of personal data; (d) prevent the use of automated data processing systems by unauthorised persons using data communication equipment; (e) ensure

The principle of independent supervision is developed in line with the Additional Protocol to Convention 108<sup>40</sup>. An independent joint supervisory body has already been established to monitor collectively the Eurojust activities on processing personal data, in order to ensure that the processing is carried out in accordance with the Eurojust Decision<sup>41</sup>.

Finally, the Decision provides rules<sup>42</sup> regarding the exchange of information necessary for the performance of its tasks with bodies competent by virtue of provisions adopted within the framework of the Treaties (Europol and OLAF), international organizations and competent bodies and authorities of Third States for investigations and prosecutions.

In principle, the exchange of information takes place on the basis of cooperation agreements approved by the Council<sup>43</sup>. Without prejudice to this principle, the transmission of personal data by Eurojust to international organizations and Third States that are not subject to the Council of Europe Convention 108 may be effected only when an adequate level of data protection is ensured. This provision is also in line with the principles established by Additional Protocol to the Convention 108, which have been developed by the internal rules of procedure on data protection.

The principle of transparency (right of individuals to information regarding the processing of personal data that can be ensured by providing information to data subjects about the collection and further processing of data) shall also be respected in a judicial cooperation context<sup>44</sup>. However, given the nature of data and finality of

---

that persons authorised to use the automated data processing system only have access to the data covered by their access authorisation; (f) ensure that it is possible to verify and establish to which bodies personal data are transmitted when data are communicated; (g) ensure that it is subsequently possible to verify and establish which personal data have been input into automated data processing systems and when and by whom the data were input; (h) prevent unauthorised reading, copying, modification or deletion of personal data during transfers of personal data or during transportation of data” (Article 22.2 of the Eurojust Decision).

<sup>40</sup> See Article 23 and Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and transborder data flows (CETS, n° 181), Strasbourg, 8 November 2001.

<sup>41</sup> The Joint Supervisory Body is entitled to have full access to all files where such personal data are processed. Eurojust shall provide the Joint Supervisory Body with all information from such files that it requests and shall assist that body in its tasks by every other means.

<sup>42</sup> Article 27. Before Eurojust exchanges any information containing personal data with the international organizations or third States, the national member of the Member State which submitted the information shall give his consent to the transfer of that information and consult the competent authorities of the Member States.

<sup>43</sup> The first agreement, with Norway, is already approved by the Council.

<sup>44</sup> Article 8 of the Convention 108 provides that: “any person shall be enabled: (a) to establish the existence of an automated personal data file, its main purposes, as well as the identity and habitual residence or principal place of business of the controller of the file; (b) to obtain at reasonable intervals and without excessive delay or expense confirmation of whether personal data relating to him are stored in the automated data file as well as communication to him of such data in an intelligible form (...)”.

processing at Eurojust, the right to information must be limited. Together with the right of access, already mentioned, this is one of the most sensitive issues regarding the processing of criminal information. Therefore, restrictions and exceptions to this right are also to be assessed on a case-by-case basis and must ensure the right balance between security, efficiency and finalities of the processing on the one hand, and the rights of individuals on the other hand. The basis for the restriction shall be also found in Article 9 of the Convention 108 of the Council of Europe <sup>45</sup>.

The legislation in force provides a coherent and strong legal framework and a set of principles that combine, in an efficient way, the need for improvement and development of judicial cooperation in criminal matters through Eurojust and the protection of individual rights regarding the processing of personal data.

#### 4. Conclusion

The practical experience of Eurojust, as a very young organisation, is still very limited. Eurojust is in a building-up phase and the implementation of the Eurojust Decision in the Member States is in a very early stage. I am convinced that the consolidation of Eurojust, the full implementation of the Eurojust Decision in the Member States and the rules and practical measures on processing and protection of personal data, give expression to and shall provide a solid ground for mutual trust

---

<sup>45</sup> Article 9: “(...) 2. Derogation from the provisions of Articles 5, 6 and 8 of this convention shall be allowed when such derogation is provided for by the law of the Party and constitutes a necessary measure in a democratic society in the interests of: (a) protecting State security, public safety, the monetary interests of the State or the suppression of criminal offences; (b) protecting the data subject or the rights and freedoms of others”. As it is well known, the text of this second paragraph was inspired and modeled after that of the second paragraph of Article 8 of the ECHR. According to the constant case law of the European Court of Strasbourg, a limitation or restriction on the rights of privacy can only be justified if the person or entity imposing the limitation or restriction can show: (a) That the limitation or restriction is “prescribed by law”. Two of the requirements that flow from this expression are that the law must be accessible (i.e. the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case) and that a norm cannot be regarded as “law” unless formulated with sufficient precision to enable individuals to regulate their conduct; (b) That the limitation or restriction pursues a “legitimate aim” (i.e. one of the aims listed in para. 2, that includes: the interest of national security, the territorial integrity or public safety, the prevention or repression of a crime and the rights of individuals); (c) That the limitation or restriction is “necessary in a democratic society” (that it fulfils a pressing social need and that it is proportionate to the aim of responding to that need, i.e. that it is necessary and proportionate).

and confidence as a requirement for further developments of judicial cooperation and common action against cross-border crime in Europe <sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> The Hague Programme “Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union” (Annex to the Presidency Conclusions of the European Council of Brussels (4-5 November 2004) stresses that a common project of strengthening freedom, security and justice is vital to mutual trust. Such a project should be developed by means of “an innovative approach to the cross-border exchange of law-enforcement information”, governed by specific conditions with regard to the principle of availability. Key conditions linked to security, protection and processing of personal data “should be strictly observed: the exchange may only take place in order that legal tasks may be performed; the integrity of the data must be guaranteed; the need to protect sources of information and to secure the confidentiality of the data at all stages of the exchange. Subsequently, common standards for access to the data and common technical standards must be applied; supervision of respect for data protection and appropriate control prior to and after the exchange must be ensured; individuals must be protected from abuse of data and have the right to seek correction of incorrect data”.



# Promouvoir la confiance mutuelle : le point de vue d'un nouvel Etat membre

Zuzana ŠTOFOVÁ

## 1. Quelques réflexions personnelles sur l'importance de la confiance

Cette contribution n'a pour ambition ni de mener une analyse juridique ni de présenter une vision du développement futur de la problématique liée à la confiance mutuelle. Elle vise plutôt simplement à faire part de l'expérience d'un des nouveaux Etats qui ont eu la chance d'être accueillis dans la famille européenne, plus précisément de l'expérience de la Slovaquie, telle que vécue par un de ses conseillers JAI. Les autres « nouveaux Etats membres » ne se retrouveront peut-être pas dans les observations qui suivent ; il s'agit de ma perception personnelle de la réalité qui m'entoure.

J'ai déclaré un jour que je me sens, au sein de l'Union européenne, comme un nouvel oiseau dans une ancienne forêt, un oiseau appartenant à une famille d'oiseaux parfois difficiles à comprendre, qui cherchent leur place et leur visage par rapport aux autres mais aussi par rapport à eux-mêmes. Après l'entrée de la Slovaquie dans l'Union européenne, nous nous sommes en effet retrouvés dans la situation où l'on peut soit gagner soit perdre la confiance des autres, où l'on peut gagner ou perdre sa propre confiance en soi. Nous nous sommes retrouvés dans la situation de la découverte permanente, du manque de « savoir-faire », sans mémoire institutionnelle, avec des expériences réduites ou sans expérience du tout.

Tout au long de ces premiers mois, le processus fut accompagné de nombreux doutes, hésitations, observations et controverses internes. Je ne peux pas imaginer comment nous aurions pu et pourrions surmonter tous ces obstacles sans avoir fait confiance à nos collègues et sans qu'ils nous aient fait confiance. C'est cette approche basée sur la confiance mutuelle et l'apprentissage qui nous a permis de progresser. Cette expérience me fait penser que le principe de la confiance mutuelle est un bon choix pour notre futur développement commun.

Lors de l'introduction au colloque qui a donné lieu au présent ouvrage, Monsieur Luc Frieden, ministre de la Justice luxembourgeois, a constaté que, dans notre espace de liberté, de sécurité et de justice, la confiance mutuelle se fait à travers les lois, les personnes et les institutions. Selon moi, ce sont surtout les personnes qui sont centrales. Ce sont elles en effet qui donnent leur esprit aux lois et leur visage aux institutions. Ce sont elles qui nous évaluent et nous observent, et expriment ensuite leurs pensées. C'est la raison pour laquelle je crois qu'il faut souligner le côté subjectif ou « humain » de la confiance mutuelle.

Ayant réfléchi à nos difficultés internes, il m'a fallu admettre que l'une des causes de nos problèmes est la méfiance. Voici quelques-unes des raisons qui y mènent : la non-compréhension ou une mauvaise compréhension, le manque de volonté de comprendre, l'ignorance et le manque d'information, l'absence d'expériences, l'absence de vision ou de perspective et l'absence d'identification à l'objectif poursuivi.

La non-compréhension est un problème standard. Elle peut être simplement due à une mauvaise traduction, mais elle plonge plus souvent ses racines dans la mauvaise présentation du problème, de la position ou des raisonnements, etc. L'art de savoir faire comprendre aux autres en quoi consistent et en quoi subsistent « nos » problèmes ou positions, l'art de présenter des explications qui sont « écoutées » constituent des tâches parmi les plus difficiles que nous devons encore apprendre. A cette fin, il nous faut nous familiariser et apprendre le « langage », la « façon » habituelle de présenter les choses, etc. Une variation spécifique de la non-compréhension est la mauvaise compréhension : il s'agit de la situation où l'on croit à tort que le message est bien passé, qu'il a été bien compris. Cette situation est souvent due au fait que, dans le message, on a sélectionné certains éléments qui nous arrangent. Pareille attitude peut entraîner bien des malentendus et controverses.

Parmi les raisons qui poussent à la défiance, figure aussi le manque de volonté de comprendre, lorsqu'on est peu ou pas du tout intéressé par les problèmes des autres, quand la pensée est bloquée par des préoccupations propres et quand existe un manque de volonté pour progresser.

La méfiance est aussi due à l'ignorance, c'est-à-dire à l'absence des connaissances appropriées ou au manque d'informations sur les conventions, accords et habitudes qui se sont progressivement dégagés et ont été agréés pendant les négociations et coexistences précédentes et qui font partie de la mémoire institutionnelle. Il s'agit là d'un des problèmes majeurs auxquels nous sommes confrontés.

Dans la droite ligne de ce qui précède, nous « souffrons » également d'un manque d'expérience, qui nous invite à une attitude plutôt réservée ou à un comportement prudent car, bien souvent, on ne connaît les effets ou les conséquences de nos décisions ni au niveau national ni au niveau européen.

L'absence de vision ou de perspectives vient encore renforcer les éléments susmentionnés : dans nos travaux, on a en effet parfois l'impression de ne pas savoir où on veut aller exactement. L'absence d'une idée forte, d'une vision commune à laquelle adhérer dans l'avenir en est la cause. Quel espace de justice, de liberté et de sécurité souhaitons-nous véritablement créer ? Il s'agit là d'une question essentielle qui est régulièrement posée.

Sans réponse à cette question, il n'y a bien entendu pas de sentiment général d'identification à l'objectif poursuivi.

Parfois, il nous manque aussi le courage et même la volonté de progresser. La qualité des actes législatifs adoptés varie et dépend en grande partie de la réalité politique au moment de leur négociation et/ou de leur adoption. Le problème du « double langage » entre, d'une part, l'affichage des principes et, d'autre part, leur mise en œuvre est certes décourageant mais, en tant que nouvel Etat membre, nous faisons peu pour le dépasser.

Comment surmonter ces difficultés ? La réponse est à la fois simple et compliquée car elle réside dans nos convictions. Sommes-nous prêts à en changer ? Essayons au moins d'identifier les conditions d'un tel changement. A cette fin, voici quelques mots-clés : esprit ouvert, écoute active, connaissance et compréhension mutuelle, respect mutuel et solidarité, partage de valeurs communes, présence d'une idée forte ou idée motrice, vision commune et mise en perspective de celle-ci ainsi que volonté de progresser.

Selon moi, la principale condition d'un changement d'esprit est d'« ouvrir » celui-ci. Sans esprit ouvert, il n'y aura de place ni pour la capacité d'écouter les autres, ni pour la volonté de les comprendre ou pour la volonté de faire évoluer nos propres pensées, notre propre réflexion. L'écoute active signifie avoir la volonté d'écouter les autres, la volonté de bien recevoir le message transmis et, en cas de doute, faire des efforts pour vérifier si nous avons bien compris ou si nous avons été bien compris. Quant au respect mutuel, il implique de prêter notre attention aux problèmes des autres, de ne pas les mettre à l'écart ou de ne pas les mettre systématiquement en doute quand ils ne sont pas identiques à nos problèmes ou ne rencontrent pas nos conceptions. La solidarité consiste dans la capacité de se « déconnecter » de ses propres concepts et d'essayer de se retrouver dans la solution commune. Le « vrai » partage des valeurs communes présuppose de répondre au « pourquoi » de ce partage ; quant à l'identification d'une idée motrice, elle présuppose en outre de répondre aux questions de savoir « où » et « par où » nous voulons aller. Enfin, il nous faut la volonté de progresser : sans volonté, pas d'évolution ! Pour ce faire et pour conclure cette première partie, je pense personnellement que notre tâche à tous, nouveaux comme anciens Etats membres, serait plus aisée si nous disposions d'une vision ou d'une perspective commune à laquelle nous serions en mesure de nous identifier.

## **2. Quelques commentaires juridiques sur les mesures accompagnatrices de la confiance mutuelle <sup>1</sup>**

Parmi les mesures accompagnatrices de la confiance, il y a tout d'abord l'harmonisation de la législation pénale. A cet égard, prenons l'exemple du droit pénal matériel. La question de l'harmonisation illustre les idées contradictoires que nous pouvons avoir. Bien que la réponse officielle à la question directe de savoir si

---

<sup>1</sup> Ces commentaires font suite et doivent être lus comme étant une réaction à la contribution de DE BIOLLEY, S. au présent ouvrage.

nous souhaitons procéder à l'harmonisation du droit pénal soit plutôt négative, les praticiens commencent, pour leur part, à y répondre positivement, parce qu'ils ont l'impression que si le droit pénal matériel était harmonisé, cela faciliterait beaucoup leur vie et éliminerait leurs doutes et incertitudes. L'harmonisation du droit pénal matériel est même comprise comme une condition préalable utile et logique de l'exercice efficace du principe de la reconnaissance mutuelle. En quoi réside cette peur qui ressort des positions officielles ? Il s'agit de l'argument bien connu de la perte de la souveraineté. Mais cet argument doit-il encore primer aujourd'hui ? En réalité, la question n'est peut-être pas de savoir si on est pour ou contre l'harmonisation – nous l'acceptons malgré tout tous indirectement –, mais plutôt de déterminer quelle étendue d'harmonisation nous acceptons et quelle méthodologie appliquer. Il me semble que l'exemple d'une harmonisation utile pourrait consister dans la définition des trente-deux types d'infractions pour lesquels la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen a supprimé l'exigence traditionnelle de la double incrimination. Dans le domaine procédural, il y a également des exemples d'exercice utile d'harmonisation : ainsi, pourrait-on tenter d'harmoniser le début de la procédure pénale.

Quant au mécanisme d'évaluation, la constatation que le système actuel d'évaluation est insuffisant a déjà fait l'objet de discussions au sein du Conseil de l'Union européenne même. Le traité établissant une Constitution pour l'Europe propose un changement à cet égard ; il s'agit d'une solution plus progressiste à laquelle il est d'ores et déjà nécessaire de penser, de se préparer et de s'habituer. Dans ce sens, il me paraît utile d'essayer de créer un « pont » entre l'ancien système et le nouveau, en ce compris le renforcement des pouvoirs de la Commission. Si on devait progresser vers une évaluation effective et efficace réalisée par la Commission, il me semble nécessaire de prévoir une méthodologie commune et unifiée notamment au plan des notifications des mesures de transposition. L'absence de règles quant à la forme et même quant au contenu souhaités de ces notifications est particulièrement préjudiciable. Lorsque la date de transposition d'un instrument approche, la Commission le signale et demande souvent d'envoyer un tableau comparatif simplifié. A ce jour, personne n'a précisé à quoi devait ressembler ce tableau. Ainsi, si vous choisissez une méthode, vous prenez le risque que, par la suite, lors de son évaluation, la Commission en utilise une autre et juge insatisfaisante celle que vous avez retenue. A ma connaissance, certains Etats membres préparent un tableau comportant une simple comparaison entre les dispositions européennes et les mesures pertinentes de transposition nationale, sans accompagner la comparaison de commentaire. Nous préférons, pour notre part, transmettre une « note explicative », c'est-à-dire un tableau comparatif simplifié comportant des explications concernant les mesures prises et reprenant les dispositions pertinentes en annexe. Toujours en ce qui concerne l'évaluation, nous sommes par ailleurs confrontés à une autre difficulté : elle concerne la transposition des instruments – comme par exemple la décision-cadre sur le gel des avoirs qui a été adoptée en juillet 2003 <sup>2</sup> mais avait fait l'objet

---

<sup>2</sup> Décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *JO*, n° L 196, 2 août 2003, p. 45.

d'un accord politique le 19 décembre 2002 – qui ont été adoptés avant l'adhésion de la Slovaquie à l'Union européenne et qui ont été négociés en notre absence – nous ne sommes entrés en tant qu'observateurs qu'un an avant le 1<sup>er</sup> mai 2004. Il est très difficile d'assurer la transposition correcte de telles mesures : nous ne sommes en effet pas sûrs d'avoir bien compris l'objectif poursuivi et le contenu du texte en question. Ce serait plus aisé s'il existait un rapport explicatif détaillant quelle a été la « pensée » du législateur, comme c'est le cas au sein du Conseil de l'Europe par exemple. L'intérêt d'un tel rapport explicatif serait grand : il existerait une mémoire institutionnelle officielle ; cela faciliterait l'interprétation et la compréhension des textes concernés ; la transposition mais aussi l'évaluation seraient plus aisées. Si, aux termes de son évaluation, la Commission déclare la non-conformité, il serait par ailleurs peut-être utile qu'elle envisage ou recommande des solutions appropriées.

Quant au système d'évaluation mutuelle ou d'évaluation par les pairs, cette approche mérite d'être soutenue. Il est souhaitable de poursuivre la pratique d'évaluation sur place par des équipes mixtes, composées de praticiens, d'un représentant de la Commission et d'un représentant du Secrétariat général du Conseil. Il faudrait également apprécier l'idée des rapports du suivi. Dans ce contexte, nous pourrions nous inspirer de la pratique développée au sein du Conseil de l'Europe, en particulier dans le cadre du GRECO. Nous y évaluons de manière progressive<sup>3</sup> la mise en œuvre des conventions, en ce compris la mise en œuvre des recommandations formulées lors des évaluations par les pairs.

Dans le cadre des évaluations, il conviendrait également de s'interroger sur le statut des ONG, sur la nature de leur responsabilité et de leurs appréciations, sur les critères retenus pour les sélectionner, etc.

Enfin, il ne faut pas oublier ce problème important qu'est la langue. Il serait souhaitable de prendre en considération l'idée d'établir une langue de travail. D'après mon expérience, une grande partie des problèmes qui se posent lors d'une évaluation sont liés à un problème linguistique (problème de traduction, de non-compréhension, etc.).

### **3. En guise de conclusion**

Selon moi, l'objectif de cet ouvrage collectif est de nourrir notre réflexion sur la question de savoir si la confiance mutuelle est présente parmi nous, si le choix de ce principe est adéquat et quelle est sa place dans l'avenir de l'Union européenne, en particulier dans l'espace de justice, de liberté et de sécurité. Je pense que la confiance réciproque est une condition indispensable pour une coexistence durable. La confiance mutuelle ne devrait pas seulement être un principe ; elle devrait devenir notre impératif, notre code de conduite. Néanmoins, sa fragilité fait qu'elle doit être l'objet de preuves quotidiennes.

---

<sup>3</sup> Cette évaluation est progressive puisque chaque tour d'évaluation ne porte que sur certains articles des conventions, qui correspondent à une thématique déterminée.

Je voudrais terminer par cette citation tirée du livre de Robert Schuman, *Pour l'Europe* :

« L'Europe ne se fera pas en un jour ni sans heurts. Rien de durable ne s'accomplit dans la facilité. Pourtant déjà elle est en marche » <sup>4</sup>.

Le débat concernant « l'espace pénal européen » n'est pas facile. Il nous faut d'autant plus croire que ce qu'on est en train de faire et de créer est durable pour nous tous, pour l'Europe. Cette Europe se construit par nos choix.

---

<sup>4</sup> SCHUMAN, R., *Pour l'Europe*, les Editions Nagel & Guillaume Briquet, troisième édition, 2000, p. 20.

TROISIÈME PARTIE

Quelle confiance mutuelle ailleurs ?



# Quelle confiance mutuelle ailleurs ?

Anne WEYEMBERGH & Sarah KHABIRPOUR <sup>1</sup>

## 1. Introduction

Quelle confiance mutuelle ailleurs ? Cette question est susceptible de faire l'objet de diverses approches. Nous en retiendrons deux. L'une consiste à examiner dans quelle mesure le principe de la confiance mutuelle que les Etats membres de l'Union ont établi ou cherchent à établir entre eux en matière pénale affecte les relations avec d'autres Etats. De ce point de vue, deux groupes d'Etats tiers retiendront notre attention : d'une part, ceux qui sont membres du Conseil de l'Europe et, d'autre part, trois de ces pays avec lesquels l'Union entretient des rapports particuliers, à savoir les Etats associés aux accords Schengen : l'Islande, la Norvège et la Suisse (2). La seconde consiste à se tourner vers d'autres expériences que l'espace pénal européen, d'autres expériences dont les objectifs, défis ou enjeux sont analogues et qui peuvent se révéler riches d'enseignements pour le chantier pénal au sein de l'Union, d'autant que ce chantier est récent, et qu'on ne dispose donc que de peu de recul en ce qui le concerne (3).

## 2. Une extension du principe de la confiance mutuelle vers l'extérieur ?

### A. *La relation au sein et avec le Conseil de l'Europe*

Le lien entre le Conseil de l'Europe et la confiance mutuelle est multiple. Nous l'envisagerons en trois temps. Nous rappellerons tout d'abord que les travaux menés dans cette enceinte ont contribué et contribuent indiscutablement à bâtir

---

<sup>1</sup> Les auteurs s'expriment à titre personnel.

la confiance dont se revendiquent les Etats membres de l'Union européenne ou qu'ils tentent d'instaurer entre eux dans le secteur pénal (1). Nous verrons ensuite qu'au sein même du Conseil de l'Europe, il est également question de confiance mutuelle dans le domaine pénal. La notion n'y revêt cependant pas nécessairement la même signification qu'au sein de l'Union européenne. Concept intimement lié au relationnel, la confiance mutuelle peut bien entendu varier selon la relation envisagée, selon les parties prenantes à celle-ci, le contexte dans lequel elle intervient, etc. D'où cette question à laquelle nous tenterons de répondre : s'agit-il d'une confiance de type différent dans les deux enceintes ? Et, le cas échéant, est-ce simplement une différence d'intensité ou plutôt une différence de nature (2) et enfin la confiance réciproque, telle qu'entendue entre les Etats membres de l'Union européenne, s'exporte-t-elle dans le cadre élargi de Strasbourg (3) ?

### *1. La contribution du Conseil de l'Europe à la confiance mutuelle au sein de l'Union européenne*

Comme l'ont rappelé plusieurs contributions à cet ouvrage, la confiance mutuelle impliquée par le processus de reconnaissance mutuelle entre les Etats membres de l'Union repose sur le socle commun de valeurs qu'ils partagent et, en particulier, sur leur attachement « aux principes de liberté, de démocratie et de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'Etat de droit » <sup>2</sup>.

Conformément à l'objectif qui est le sien, le Conseil de l'Europe s'est attelé à créer « une union plus étroite entre ses membres » <sup>3</sup>. Le travail fourni à cette fin dans cette enceinte depuis 1949 a indiscutablement contribué à établir un socle de valeurs communes entre ses membres. A cet égard, l'impact des travaux du Conseil de l'Europe dans le secteur particulier de la coopération judiciaire pénale est évident. Sans entrer dans le détail de ces réalisations et sans vouloir être exhaustif, qu'il nous soit simplement permis d'illustrer le rôle d'« organisation-mère » ou de précurseur qu'a joué le Conseil de l'Europe dans ce secteur en rappelant l'importance et le succès des instruments adoptés en matière d'entraide et d'extradition. La convention d'extradition du 13 décembre 1957 <sup>4</sup> et ses protocoles additionnels du 15 octobre 1975 <sup>5</sup> et du 17 mars 1978 <sup>6</sup> de même que la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 <sup>7</sup> et ses protocoles additionnels du 17 mars 1978 <sup>8</sup> et

---

<sup>2</sup> A cet égard, voy. notamment le paragraphe 6 de l'introduction du Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, *JO*, n° C 12, 15 janvier 2001, p. 10 et s.

<sup>3</sup> Article 1<sup>er</sup> du Statut du Conseil de l'Europe, 5 mai 1949 (STE, n° 1).

<sup>4</sup> STE, n° 24.

<sup>5</sup> STE, n° 86.

<sup>6</sup> STE, n° 98.

<sup>7</sup> STE, n° 30.

<sup>8</sup> STE, n° 99.

du 8 novembre 2001<sup>9</sup>, ont véritablement constitué les fondations de ce chantier de l'Union qu'est l'espace pénal<sup>10</sup>.

Le Conseil de l'Europe a également joué un rôle pionnier au plan de la protection des droits fondamentaux. La convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, complétée par ses protocoles, ainsi que leur interprétation par les organes de contrôle mis en place, ont dans une large mesure contribué à faire apparaître un socle de valeurs partagées, un patrimoine commun en la matière. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi forgé la notion d'un ordre public européen<sup>11</sup>, les droits étant « l'intelligence et la conscience de l'Europe et, particulièrement, de l'Europe pénale »<sup>12</sup>. Le système mis en place à Strasbourg a indiscutablement permis de préciser certaines valeurs à travers l'Europe, de dégager des concepts dépassant les particularités des ordres juridiques nationaux. Une étude de la jurisprudence de la Cour permet d'ailleurs de s'apercevoir qu'à travers l'impact qu'elle a eu sur les législations nationales pénales, elle a contribué à rapprocher les procédures pénales des Etats membres de l'Union, de même que leurs droits pénaux matériels. A la différence des travaux entrepris dans le contexte de la coopération judiciaire pénale, qui a impliqué et contribué à générer une confiance mutuelle par les rapports horizontaux entre Etats, la confiance mutuelle dans le domaine de la protection des droits fondamentaux s'est construite « verticalement » à partir d'une interprétation et d'une application concrètes des droits identifiés par l'organe de contrôle institué à cette fin.

Certes, l'acquis commun qui résulte des travaux réalisés au sein du Conseil de l'Europe connaît de sérieuses limites<sup>13</sup> ; il n'en demeure pas moins qu'il ne peut être nié ou négligé. La confiance mutuelle dont se revendiquent les Etats membres de l'Union européenne ou qu'ils tentent d'instaurer entre eux y est liée. C'est d'ailleurs en grande partie sur cet acquis que se fonde l'Union pour justifier, pour légitimer le principe de la confiance réciproque en son sein.

## 2. Des confiances mutuelles de types différents

La notion de confiance mutuelle n'est donc pas étrangère aux travaux du Conseil de l'Europe. Il y est d'ailleurs également question – et depuis un certain temps déjà – de confiance réciproque<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> STE, n° 182.

<sup>10</sup> Ces conventions ont d'ailleurs été ratifiées par tous les Etats membres de l'Union.

<sup>11</sup> Cour eur. DH, arrêt *Loizidou c. Turquie* du 23 mars 1995, série A, n° 310.

<sup>12</sup> TULKENS, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Diegem, Kluwer et E. Story-Scientia, 2003, p. 157.

<sup>13</sup> Pour une illustration plus détaillée de cet acquis commun et de ses limites, voy. entre autres WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 80 et s.

<sup>14</sup> Nous relevons, par exemple, que la convention sur la transmission des procédures répressives du 15 mai 1972 (STE, n° 73) fait référence, dans ses considérants, à l'esprit de la « confiance mutuelle ».

Bien que les contours de la confiance mutuelle dans l'une et l'autre enceinte ne soient pas particulièrement aisés à dégager, l'on s'aperçoit assez rapidement qu'au sein du Conseil de l'Europe, il ne s'agit pas du même type de confiance que dans le cadre plus restreint de l'Union et, si pendant longtemps, la différence entre ces confiances consistait en une divergence de degré, elle est désormais plutôt de nature (a). Cette différence de nature s'explique essentiellement par le contexte relationnel des Etats membres de l'Union, axé sur des objectifs menant vers plus de supranationalité et caractérisé en conséquence par une structure institutionnelle et politique fondamentalement différente de celle du Conseil de l'Europe (b).

*a. Une différence de nature*

Pendant une longue période, depuis les premières tentatives lancées dans les années soixante-dix, visant à mettre sur pied un espace judiciaire pénal européen entre les Etats membres des Communautés européennes, jusqu'aux travaux menés dans le cadre du troisième pilier du traité de Maastricht, les instruments adoptés au sein de l'Union ont simplement cherché à approfondir les mécanismes de coopération tels qu'ils étaient organisés par les conventions de Strasbourg. Ce fut notamment le cas de la convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition<sup>15</sup>, et de la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne<sup>16</sup>. Ce fut aussi le cas de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne<sup>17</sup> et de son protocole du 16 octobre 2001<sup>18</sup>. Ces textes ont cherché à approfondir la coopération telle qu'organisée dans le cadre plus large de Strasbourg et ont introduit à cette fin quelques entorses au principe traditionnel de la territorialité<sup>19</sup>. Ils ne sont cependant pas autonomes<sup>20</sup>, dans ce sens qu'ils visent seulement à faciliter

<sup>15</sup> *JO*, n° C 78, 30 mars 1995, p. 2.

<sup>16</sup> *JO*, n° C 313, 13 octobre 1996, p. 12.

<sup>17</sup> *JO*, n° C 197, 12 juillet 2000, p. 3.

<sup>18</sup> *JO*, n° C 326, 21 novembre 2001, p. 1.

<sup>19</sup> Voy. par exemple la convention du 27 septembre 1996 relative à l'extradition entre les Etats membres de l'Union européenne qui s'engage dans la voie de la suppression de l'exception pour infraction politique, de la suppression de la double incrimination et de l'exception sur la base de la nationalité ; voy. également la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, qui consacre son article 13 aux équipes communes d'enquête et aux termes de laquelle, dans le cas où l'entraide judiciaire est accordée, l'Etat membre requis respecte en principe les formalités et les procédures expressément indiquées par l'Etat membre requérant (article 4, par. 1<sup>er</sup>).

<sup>20</sup> Dans ce sens, voy. notamment ces mots introductifs du rapport explicatif à la convention du 29 mai 2000 : « Le Conseil n'a pas fait le choix, en élaborant cette nouvelle convention, de bâtir un instrument autonome (...) Le Conseil a en effet estimé que l'entraide judiciaire entre les Etats membres reposait d'ores et déjà sur des bases solides, ayant largement démontré leur efficacité », la citation se terminant par une liste des textes du Conseil de l'Europe, la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, conclue le 19 juin 1990, ainsi que le traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962 (*JO*, n° C 379, 29 décembre 2000, p. 7).

ou à fluidifier l'application des conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe, qu'ils les complètent. Ils sont marqués par un esprit de continuité et non de rupture par rapport à l'expérience acquise à Strasbourg et continuent de se montrer fort respectueux de la souveraineté nationale des Etats ; les textes en question ne remettent pas en cause la philosophie sous-jacente découlant du schéma classique des rapports interétatiques, tels que conçus au sein du Conseil de l'Europe. La confiance mutuelle qu'ils supposent est d'une intensité plus grande que celle qu'implique par exemple la convention européenne d'extradition de 1957 ou celle de 1959 sur l'entraide mais il ne s'agit là que d'une divergence d'intensité et non de nature.

Une différence dans la nature de la confiance mutuelle dans les deux enceintes est apparue plus récemment, avec la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale au sein de l'Union. Lancé à Cardiff <sup>21</sup> puis à Tampere <sup>22</sup>, ce principe a encore été confirmé dans son importance par l'adoption du traité constitutionnel <sup>23</sup> ainsi que par le programme de La Haye <sup>24</sup>. Développant ce processus et cherchant ainsi à concrétiser *l'espace* de liberté, de sécurité et de justice, le nouvel objectif que le traité d'Amsterdam leur a conféré, les Etats membres ont dépassé les limitations des rapports strictement intergouvernementaux pour s'engager dans une coopération beaucoup plus intégrée, qui tend à se détacher du principe traditionnel de la territorialité pénale et de la souveraineté nationale <sup>25</sup>. Les premiers textes qui cristallisent « substantiellement » cette nouvelle philosophie ou cette évolution conceptuelle, comme la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen <sup>26</sup>, sont d'ailleurs « formellement » autonomes par rapport aux instruments du Conseil de l'Europe, dans ce sens qu'ils ne les complètent plus seulement mais s'y substituent entre les Etats membres de l'Union <sup>27</sup>.

Il est vrai qu'il y a eu, dans le cadre du Conseil de l'Europe, des tentatives pour s'orienter vers une forme plus avancée, plus intégrée de coopération. Des conventions ont en effet été adoptées, qui cherchaient à mettre en œuvre des mécanismes de coopération dite « primaire », tendant à attribuer un rôle plus important à l'Etat requis que les mécanismes de l'extradition et de l'entraide judiciaire mineure, qui

---

<sup>21</sup> Conseil européen de Cardiff, 15 et 16 juin 1998, conclusions de la présidence, SN 150/98.

<sup>22</sup> Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la présidence, SN 200/99, par. 33.

<sup>23</sup> Article III-270, par. 1.

<sup>24</sup> Ce programme a été adopté lors du Conseil européen à Bruxelles les 4 et 5 novembre 2004, 14292/1/04 REV 1 CONCL 3, p. 36, par. 3.2.

<sup>25</sup> A cet égard, 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. 114 et s.

<sup>26</sup> JO, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

<sup>27</sup> Voy., par exemple, article 31 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen, JO, n° L 190, 18 juillet 2002, p. 1.

relèvent pour leur part de l'entraide « secondaire » et où l'Etat requérant demeure le *dominus litis* <sup>28</sup>. Ces mécanismes de coopération « primaire » impliquent une confiance mutuelle proche de celle exigée par le processus de reconnaissance mutuelle au sein de l'Union européenne. Toutefois, et à l'inverse de celles conclues dans le secteur de l'extradition et de l'entraide, la plupart de ces conventions ont été caractérisées par leur insuccès, l'exemple le plus représentatif de cet échec étant très certainement la convention du 28 mai 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs <sup>29</sup>. Nous ne reviendrons pas sur le détail des causes de cet insuccès <sup>30</sup>. Relevons simplement qu'elles ne sont pas sans lien avec les éléments qui expliquent l'émergence d'une « autre » confiance mutuelle au sein de l'Union européenne.

*b. Les raisons de cette différence de nature*

Cette « autre » confiance mutuelle à l'œuvre dans l'Union est, comme nous l'avons dit, intimement liée à la différence de contexte relationnel, tant politique que juridique, qui caractérise les deux enceintes. Alors qu'au sein du Conseil de l'Europe, le projet demeure intergouvernemental, l'Union, par essence dynamique, évolue, quant à elle, vers plus de supranationalité, y compris dans le domaine pénal.

Cette évolution se vérifie au plan substantiel : à cet égard, soulignons l'importance que revêtent les finalités particulières que l'Union s'est fixées, au premier rang desquelles figure bien entendu cet objectif visant à maintenir et à développer un espace de liberté, de sécurité et de justice. La création et la consolidation d'un espace judiciaire commun, basées sur l'articulation entre confiance et reconnaissance mutuelles, constituent un environnement de travail *sui generis*, qui s'éloigne des notions de souveraineté et de territoire étatiques, bases structurelles du Conseil de l'Europe. Alors que dans le contexte du Conseil de l'Europe, l'intérêt national prédomine nettement, la poursuite d'un objectif(s) commun(s) dépassant la simple adjonction de systèmes nationaux se développe dans l'Union.

Cette évolution au sein de l'Union se vérifie aussi au plan institutionnel. Nous ne rentrerons ici ni dans le détail de la transformation institutionnelle du troisième pilier du traité sur l'Union au fil des dernières années <sup>31</sup>, ni dans le détail des

---

<sup>28</sup> Sur cette distinction, voy. entre autres THOMAS, F., *Internationale Rechts hulp in strafzaken*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen et Story-Scientia, 1998, p. 40 et s., n° 44 et s.

<sup>29</sup> STE, n° 70.

<sup>30</sup> Sur cet insuccès et ses raisons, 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...*, *op. cit.*, p. 28 et s.

<sup>31</sup> Sur l'évolution institutionnelle dans ce secteur, voy. notamment BARBE, E., *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne*, Paris, La documentation française, Réflexe Europe, 2002 ; DE LOBKOWICZ, W., *L'Europe et la sécurité intérieure*, Paris, Les études de la documentation française, 2002 ; RANCÉ, P. et DE BAYNAST, O., *L'Europe judiciaire : enjeux et perspectives*, Paris, Dalloz, 2001 ; DE ZWAAN, J.W. & BULTENA, A.J., *Ruimte van vrijheid*,

bouleversements à venir avec le traité constitutionnel <sup>32</sup> ; qu'il nous soit simplement permis de rappeler le mouvement progressif vers une « communautarisation » de l'espace pénal européen, dont l'élargissement graduel des compétences de la Cour de justice des Communautés européennes et le renforcement du rôle du Parlement européen sont particulièrement représentatifs.

C'est ce climat, marqué par une évolution substantielle et institutionnelle vers une intégration de plus en plus forte, qui explique la différence de nature mentionnée.

### 3. *Une exportation de la confiance mutuelle au sens de l'Union vers le Conseil de l'Europe ?*

Cette différence de nature nous amène à poser la question de savoir si la confiance que les Etats membres de l'Union s'efforcent de se faire s'exporte vers le Conseil de l'Europe. En d'autres termes, quel est aujourd'hui l'impact de la confiance mutuelle telle qu'entendue au sein de l'Union européenne sur les travaux au Conseil de l'Europe ? De la même manière que les travaux du Conseil de l'Europe ont contribué à bâtir la confiance mutuelle entre les Etats membres de l'Union, ceux-ci sont-ils prêts, à leur tour, à faire bénéficier les autres Etats du Conseil de l'Europe de ce qu'ils ont pu mettre au point entre eux, sont-ils prêts à en étendre le résultat au-delà des frontières de l'Union ? Ces interrogations revêtent bien sûr une acuité d'autant plus grande qu'avec les élargissements successifs de l'Union, l'aire géographique de chacune des deux enceintes se superpose de plus en plus.

Pour y répondre, nous ne disposons que de peu de recul, puisque l'apparition d'une confiance de nature différente au sein de l'Union est récente. Cependant, les négociations de trois conventions au sein du Conseil de l'Europe nous paraissent particulièrement intéressantes à cet égard. Il s'agit de la convention pour la prévention du terrorisme <sup>33</sup>, de celle relative à la lutte contre la traite des êtres humains <sup>34</sup> et de celle relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme <sup>35</sup>. Ces trois instruments ont été adoptés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 3 mai 2005, lors de la 925<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres et ouverts pour signature le 16 mai 2005 lors du troisième Sommet du Conseil de l'Europe à Varsovie. Leurs négociations témoignent de ce que les Etats membres de l'Union, pourtant prêts à exporter certaines de leurs réalisations à d'autres Etats, résistent à une telle exportation lorsqu'elle implique d'étendre le bénéfice de leur confiance mutuelle spécifique (a). Les négociations des

---

*veiligheid en rechtvaardigheid*, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2003 ; BERTHELET, P., *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, Coll. « Cité européenne », 2003.

<sup>32</sup> A cet égard, voy. notamment DE KERCHOVE, G. & WEYEMBERGH, A., « Quelle Europe pénale dans la Constitution ? », in BRIBOSIA, E. et DONY, M. (sous la dir. de), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 317 et s.

<sup>33</sup> STCE, n° 196.

<sup>34</sup> STCE, n° 197.

<sup>35</sup> STCE, n° 198.

trois conventions sus-mentionnées laissent également entrevoir les complications qu'entraîne la spécificité de l'Union au sein du Conseil de l'Europe (b).

a. *Extension de certaines réalisations de l'Union au Conseil de l'Europe mais résistance de l'Union à étendre « leur » confiance mutuelle*

Comme nous l'avons signalé, les trois conventions du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 indiquent que les Etats membres de l'Union européenne acceptent l'extension au Conseil de l'Europe de certaines des réalisations auxquelles ils sont parvenus.

Ce sont parfois les Etats membres de l'Union eux-mêmes qui cherchent à promouvoir des concepts sur lesquels ils se sont mis d'accord entre eux. Ainsi, par exemple, en ce qui concerne la convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, et bien que le contexte de l'un et l'autre instrument diffère, les Etats membres de l'Union avaient suggéré de s'inspirer de la décision-cadre du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales <sup>36</sup>, afin de trouver une définition de « victime de la traite des êtres humains ». Cette solution n'a finalement pas été retenue <sup>37</sup>.

Cette propension des Etats membres de l'Union européenne à exporter des concepts qui leur sont propres est particulièrement perceptible pour certains aspects relevant du rapprochement des législations, et surtout pour la définition commune de certaines infractions. Cette tendance ne se manifeste d'ailleurs pas seulement dans le cadre du Conseil de l'Europe mais également dans d'autres enceintes, notamment au sein des Nations unies <sup>38</sup>. Il est vrai qu'elle ne se vérifie pas toujours, comme l'illustre par exemple le cas des infractions terroristes. A notre connaissance, l'Union n'a pas saisi l'opportunité que pouvait constituer la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention du terrorisme pour chercher à étendre la définition qu'elle a donnée des infractions terroristes dans sa décision-cadre du 13 juin 2002 <sup>39</sup>. Ceci s'explique sans doute par la spécificité de la matière concernée. Le rapprochement des législations, en général, et les définitions communes des infractions, en particulier,

---

<sup>36</sup> JO, n° L 82, 22 mars 2001, p. 1.

<sup>37</sup> A cet égard il suffit de comparer l'article 4, e) de la convention du Conseil de l'Europe avec l'article 1<sup>er</sup>, a) de la décision-cadre. On notera d'ailleurs que ce n'est là qu'un cas parmi d'autres où les Etats membres de l'Union ont proposé de partager des notions acquises au sein de l'Union et où l'accueil par les Etats tiers n'a pas été favorable.

<sup>38</sup> L'on songe à ce propos à la notion de participation à une organisation criminelle telle que définie par l'action commune de 1998 relative à l'incrimination de participation à une organisation criminelle, adoptée, promue par l'Union européenne et ayant considérablement influencé les négociations de la convention sur la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme en décembre 2002.

<sup>39</sup> L'approche suivie par les deux textes en ce qui concerne la définition des infractions terroristes est d'ailleurs tout à fait différente : tandis que la décision-cadre de l'Union européenne a opté pour une définition des infractions terroristes en général, le Conseil de l'Europe a maintenu son approche sectorielle (voy. l'article 1<sup>er</sup>, par. 1<sup>er</sup>).

sont bien entendu liés à la confiance mutuelle, dans la mesure notamment où il est maintenant largement admis que des législations rapprochées facilitent l'instauration d'un climat de confiance. Ils n'impliquent cependant pas une confiance mutuelle du même ordre que celle que le processus de la reconnaissance mutuelle suppose. Les travaux de rapprochement visent en effet à forger des notions communes qui sont ensuite transposées dans les droits internes mais, à la différence des mécanismes de coopération judiciaire, ils n'ont pas pour objet direct d'organiser les relations des Etats entre eux ou de gérer leur coexistence. Le cas du terrorisme est à cet égard quelque peu différent : vu la nature éminemment subjective de la définition commune retenue au sein de l'Union <sup>40</sup>, cette définition, de même que ses conséquences en termes de coopération entretiennent probablement un lien plus étroit avec la confiance mutuelle et impliquent un degré plus élevé de confiance que d'autres définitions communes d'infractions.

Les Etats membres de l'Union européenne acceptent parfois l'extension au Conseil de l'Europe de certaines de leurs réalisations dans le secteur de la coopération. En effet, certains des articles du protocole d'octobre 2001 à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union ont fortement inspiré la convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 sur le blanchiment <sup>41</sup>. Ces dispositions sont toutefois le reflet d'une coopération fort traditionnelle, qui n'implique pas une confiance mutuelle de même nature que le processus de la reconnaissance mutuelle. Et, de fait, lorsqu'il s'agit d'étendre des mécanismes de coopération, relevant ou s'apparentant plus étroitement au processus de la reconnaissance mutuelle, les Etats membres de l'Union témoignent d'un certain hermétisme et même d'un hermétisme certain. Ainsi, dans le cadre des discussions liées à la convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, ils se sont montrés particulièrement réticents à introduire la récidive légale dans le contexte intergouvernemental du Conseil de l'Europe, récidive légale, qui implique la prise en compte des jugements étrangers et n'est donc pas sans lien avec la reconnaissance mutuelle <sup>42</sup>.

*b. Les difficultés suscitées par les spécificités de l'Union au sein du Conseil de l'Europe*

L'articulation de deux types distincts de confiance mutuelle n'est pas chose aisée et s'avère même parfois conflictuelle. On peut ainsi se demander si cette divergence de nature n'induit pas une certaine méfiance au sein du Conseil de l'Europe entre ces

---

<sup>40</sup> Voy. à cet égard l'article 1<sup>er</sup> de la décision-cadre et, en particulier, la définition large de l'intention terroriste, qui donne précisément sa spécificité aux infractions terroristes.

<sup>41</sup> Dans ce sens, voy. le rapport explicatif de cette convention, par. 134 et comparez les articles 17 à 19 de la convention du Conseil de l'Europe avec les articles 1<sup>er</sup> à 3 du protocole de 2001. Ces dispositions ont respectivement trait aux demandes d'information sur les comptes bancaires, les opérations bancaires et le suivi des opérations bancaires.

<sup>42</sup> A cet égard, voy. les débats qui ont eu lieu sur l'article 25 de la convention.

deux groupes d'Etats que sont, d'une part, les vingt-cinq Etats membres de l'Union européenne et, d'autre part, les autres pays. Bien entendu ces complications ne tiennent pas seulement à une question de confiance mais renvoient plus largement aux divergences entre deux ordres juridiques marqués par des philosophies différentes, l'une toujours intergouvernementale et l'autre *sui generis*, évoluant vers davantage de supranationalité.

Les tensions suscitées par l'insertion, dans les trois conventions du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005, d'une clause dite « de déconnexion » sont particulièrement symptomatiques de ces difficultés et plus généralement révélatrices de la déficience structurelle dans la communication entre les deux organisations internationales. Aux termes d'une disposition commune à ces trois instruments :

« Les Parties qui sont membres de l'Union européenne appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles de la Communauté et de l'Union européenne dans la mesure où il existe des règles de la Communauté ou de l'Union européenne régissant le sujet particulier concerné et applicables au cas d'espèce, sans préjudice de l'objet et du but de la présente convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties »<sup>43</sup>.

Une telle clause de déconnexion n'avait pas été introduite dans les conventions pénales précédentes du Conseil de l'Europe. Elle n'en est pas pour autant inconnue. Des clauses de déconnexion fort proches ont en effet déjà été insérées dans le cadre de conventions du Conseil de l'Europe portant sur des matières qui relèvent de la compétence externe<sup>44</sup> de la Communauté européenne<sup>45</sup>. Son objectif principal est, d'une part, de refléter la spécificité de l'application du droit communautaire et de l'Union et, d'autre part, de communiquer, dans un souci de transparence, cette spécificité aux Etats tiers.

---

<sup>43</sup> Voy. l'article 40, par. 3 de la convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, l'article 26, par. 3 de la convention relative à la prévention du terrorisme et l'article 52, par. 4 de la convention relative au blanchiment, au financement du terrorisme, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime.

<sup>44</sup> Par application de l'article 300 du traité sur la Communauté européenne.

<sup>45</sup> Voy, par exemple, article 27, par. 2 de la convention concernant l'assistance mutuelle administrative en matière fiscale du 25 janvier 1988 (STE, n° 127) : « Par dérogation aux dispositions de la présente convention, les Parties, membres de la Communauté économique européenne, appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles communes en vigueur dans cette Communauté ». La clause de déconnexion qui a été insérée dans les trois conventions de mai 2005 est proche mais n'est pas identique à cette disposition. Parmi les éléments qui l'en distinguent, l'on soulignera notamment le fait que les clauses de déconnexion figurant dans les conventions de mai 2005 couvrent à la fois le droit communautaire et le droit de l'Union, puisque le champ d'application de ces conventions touche tant au premier qu'au troisième pilier du traité sur l'Union.

Cette clause de déconnexion vient s'adjoindre à des dispositions plus générales<sup>46</sup> et plus classiques<sup>47</sup>, qui visent également à organiser la coexistence ou l'articulation des obligations et des engagements internationaux issus de cadres distincts<sup>48</sup>. Par rapport à ces dispositions, la clause de déconnexion présente certaines particularités. Nous en relèverons trois.

Elle est formulée de manière plus étroite : elle ne vise pas indifféremment « deux ou plusieurs Parties contractantes »<sup>49</sup> mais ne concerne que l'articulation des engagements conclus dans le cadre du Conseil de l'Europe, d'une part, et de l'Union européenne/des Communautés européennes, d'autre part.

Elle est, dans le même temps, formulée de manière plus large que certaines de ces dispositions « classiques »<sup>50</sup>, dans la mesure où elle prévoit la « déconnexion » en général, sans la subordonner au fait que le régime applicable renforce les dispositions

---

<sup>46</sup> Voy. en particulier l'article 40, par. 2 de la convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, l'article 26, par. 2 de la convention relative à la prévention du terrorisme et l'article 52, par. 3 de la convention relative au blanchiment, au financement du terrorisme, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime

<sup>47</sup> Ces dispositions générales ne sont pas sans rappeler les dispositions semblables, qui ont notamment été insérées dans les précédentes conventions du Conseil de l'Europe touchant au secteur pénal. A cet égard, on peut mentionner la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale de 1959 (voy. son article 26, par. 4), la convention européenne d'extradition de 1957 (voy. son article 28, par. 3), la convention européenne de 1964 pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition (voy. son article 37, par. 3), la convention européenne de 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs (voy. son article 64, par. 3), la convention européenne de 1972 sur la transmission des procédures répressives (voy. son article 43, par. 3), la convention européenne de 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées (voy. son article 22, par. 2), la convention de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (voy. son article 39, par. 3), la convention de 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal (voy. son article 16, par. 3), la convention de 1999 sur la corruption (voy. son article 35, par. 3) et la convention de 2001 sur la cybercriminalité (voy. son article 39, par. 2).

<sup>48</sup> A cet égard, on relèvera bien entendu l'importance de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

<sup>49</sup> Les autres clauses organisant la relation des conventions concernées avec les autres instruments internationaux visent indifféremment les régimes qui concernent deux ou plus de deux Parties. Si, dans les conventions datant des années cinquante, ces dispositions ont principalement été insérées afin de prendre en compte le régime particulier existant entre les Etats nordiques, elles ont également permis plus tard de prendre en compte les spécificités du régime de l'Union européenne. A cet égard, l'on renverra notamment à l'importance que revêt, pour le mandat d'arrêt européen, l'article 28, par. 3 de la convention de 1957 sur l'extradition.

<sup>50</sup> Voy. l'article 40, par. 2 de la convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, l'article 26, par. 2 de la convention relative à la prévention du terrorisme et l'article 52, par. 3 de la convention relative au blanchiment, au financement du terrorisme, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime mais aussi l'article 39, par. 3 de la convention de 1990 relative au blanchiment, l'article 16, par. 3 de la convention de 1998 sur la protection de l'environnement et l'article 35, par. 3 de la convention de 1999 sur la corruption...

de la convention européenne concernée ou facilite la coopération. Cette formulation large a donné lieu à bien des critiques. Parmi les raisons qui expliquent qu'elle a été retenue, figure la difficulté d'interpréter exactement ce que signifie « faciliter la coopération ». On a en effet considéré qu'il n'est pas possible de limiter l'application de la clause de déconnexion aux règles qui « vont plus loin » que le droit du Conseil de l'Europe car la signification de ces termes est très incertaine, très subjective et de nature à entraîner une situation d'insécurité juridique. Selon ses détracteurs, une pareille limitation aurait eu d'autant moins de sens qu'elle aurait amené à comparer des règles relevant de systèmes différents, qui en appellent à des notions de confiance mutuelle distinctes. Une telle clause de déconnexion permettrait précisément de préserver ces différences, de rendre possible l'évolution du droit communautaire et de l'Union sans que la Communauté européenne et les Etats membres de l'Union ne « violent » les accords internationaux conclus au sein du Conseil de l'Europe.

Enfin, par rapport aux autres dispositions plus classiques organisant la relation aux autres instruments internationaux, la clause de déconnexion commune aux trois conventions de 2005 est, comme la clause de déconnexion des conventions européennes touchant au droit communautaire, formulée de manière nettement plus comminatoire à l'égard des Etats membres de l'Union : aux termes de cette disposition, les Parties qui sont membres de l'Union n'ont pas seulement « la faculté » d'appliquer mais « appliquent », dans leurs relations mutuelles, les règles de la Communauté et de l'Union européenne. Cette différence de ton est bien entendu liée à l'obligation pesant sur les Etats membres de l'Union d'appliquer le droit communautaire et le droit de l'Union ainsi qu'à la hiérarchie des normes à l'intérieur de l'Union, problématique éminemment délicate qui mériterait bien entendu de plus amples développements mais dans le détail de laquelle nous ne rentrerons pas ici.

La clause de déconnexion commune aux trois conventions de mai 2005 n'a pas été bien reçue par certaines autres Parties contractantes. Quelques Etats membres du Conseil de l'Europe, tiers à l'Union, ont en effet manifesté un certain hermétisme à l'égard de cette affirmation, jugée trop nette et envahissante, de la spécificité de l'Union. Ces réactions négatives ont d'ailleurs conduit la Communauté et les Etats membres de l'Union à apporter des précisions par le biais de la déclaration interprétative suivante :

« En demandant l'inclusion de la « clause de déconnexion », la Communauté européenne/l'Union européenne et ses Etats membres réaffirment que leur objectif est de prendre en compte la structure institutionnelle de l'Union lorsqu'elles adhèrent à des conventions internationales, en particulier en cas de transfert de pouvoirs souverains des Etats membres à la Communauté.

Cette clause n'a pas pour objectif de réduire les droits ou d'accroître les obligations des Parties non membres de l'Union européenne vis-à-vis de la Communauté européenne/Union européenne et de ses Etats membres, dans la mesure où ces dernières sont également parties à la présente convention.

La clause de déconnexion est nécessaire pour les dispositions de la convention qui relèvent de la compétence de la Communauté/Union, afin de souligner que les Etats membres ne peuvent invoquer et appliquer, directement entre eux, (ou entre eux et la Communauté/Union), les droits et obligations découlant de la convention. Ceci ne porte pas préjudice à l'application complète de la convention entre la Communauté

européenne/Union européenne et ses Etats membres, d'une part, et les autres Parties à la convention, d'autre part ; la Communauté et les Etats membres de l'Union européenne seront liés par la convention et l'appliqueront comme toute autre partie à la convention, le cas échéant, par le biais de la législation de la Communauté/Union. Ils garantiront dès lors le plein respect des dispositions de la convention vis-à-vis des Parties non membres de l'Union européenne »<sup>51</sup>.

Les tensions créées par cette clause de déconnexion montrent que le fait de fonctionner dans des contextes relationnels différents complique non seulement les relations réciproques des vingt-cinq Etats membres de l'Union mais également leurs relations aux autres partenaires, qui ne sont, pour leur part, engagés qu'au sein du Conseil de l'Europe. Certes, actuellement, les interférences de ces deux systèmes suscitent parfois une véritable confrontation, confrontation d'autant plus sensible et tangible que les interactions en question tendent à se multiplier, les Etats membres de l'Union européenne continuant de plus en plus souvent à représenter ou à refléter leur qualité d'appartenance à l'Union, parfois même au-delà des positions communautaires (premier pilier) ou des positions communes adoptées sur une question précise (troisième pilier). L'on peut toutefois espérer que ces tensions font partie d'un processus de maturation, et que, graduellement, les logiques à l'œuvre pourront se rencontrer et coexister sereinement, qu'il sera possible de se faire confiance différemment selon les ordres juridiques et les espaces concernés, selon le degré d'engagement assumé et le contexte relationnel choisi. A cet égard, l'on ne peut que souligner combien il est essentiel de mettre en œuvre les moyens nécessaires afin d'améliorer la coexistence et les interactions entre les deux enceintes européennes, et pour reprendre les termes de l'ancien président du Conseil européen, Jean-Claude Juncker, à quel point il est crucial de « mettre fin à la stupide rivalité entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe »<sup>52</sup>. Dès lors, l'on ne saurait sous-estimer l'importance que revêt la communication entre les deux forums et une bonne compréhension mutuelle quant à leurs particularités respectives. De ce point de vue, il convient de noter que le fonctionnement de l'Union est loin d'être simple, comme le suggère le fait qu'elle est représentée, pour les négociations d'un seul et même instrument au sein du Conseil de l'Europe, tantôt par la Commission européenne pour les points relevant du droit communautaire<sup>53</sup> et tantôt par la collectivité de ses Etats

---

<sup>51</sup> Voy. la déclaration faite lors de l'adoption des conventions concernées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 3 mai 2005. Aux termes des rapports explicatifs, en tant qu'instrument établi à l'occasion de la conclusion d'un traité au sens de l'article 31, par. 2 b) de la convention de Vienne, cette déclaration fait partie du « contexte » de chacune des trois conventions.

<sup>52</sup> « EU/Conseil de l'Europe. Le Sommet de Varsovie décide d'améliorer la collaboration entre les organisations européennes – Jean-Claude Juncker est chargé de dessiner les relations futures entre le Conseil de l'Europe et l'UE », *Bulletin quotidien Europe*, 8949, 18 mai 2005.

<sup>53</sup> Sur ce point, il importe aussi de relever que, lors des négociations, la Communauté européenne, représentée par la Commission européenne dans le domaine communautaire, n'a pas la marge de manœuvre dont jouirait un Etat en vertu de sa souveraineté et qui lui permettrait de changer de position, de faire des concessions, bref, d'appliquer pleinement les règles du jeu

membres pour les questions relevant du troisième pilier. Il faudrait de part et d'autre un esprit d'ouverture, à charge pour l'Union de faire un effort de clarification, dénué de toute condescendance.

### **B. Les relations avec les Etats associés aux accords de Schengen**

Examinons maintenant si le constat développé au point précédent, selon lequel les Etats membres de l'Union ne souhaitent pas étendre leur confiance mutuelle au cadre plus large du Conseil de l'Europe, est confirmé ou non par les relations avec certains Etats tiers spécifiques, membres du Conseil de l'Europe et avec lesquels l'Union entretient des rapports particuliers. Il s'agit, d'une part, de l'Islande et de la Norvège, Etats associés aux accords Schengen par suite de l'accord conclu le 18 mai 1999 par le Conseil de l'Union européenne, 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 <sup>54</sup> et, d'autre part, de la Suisse, qui est, elle aussi, partie à un accord d'association à l'acquis Schengen, accord signé le 26 octobre 2004 <sup>55</sup>.

Cette problématique est sous-jacente à la question de savoir si les différents instruments concrétisant le principe de reconnaissance mutuelle constituent un développement de l'acquis de Schengen et tombent par voie de conséquence dans le champ d'application des accords d'association concernés.

Lors des négociations sur la proposition de décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, cette question a donné lieu à d'âpres discussions. Vu la période, celles-ci ne portaient que sur les cas islandais et norvégien mais les conclusions finalement

---

dans les négociations internationales. Ainsi, le transfert de souveraineté des Etats membres vers la Communauté européenne qui s'opère dans le cadre communautaire, lorsque ces compétences sont, par exemple, exercées, n'implique pas pour autant que la Communauté européenne puisse négocier librement dans ces matières. Ainsi, les directives de négociation étant souvent restrictives et axées sur le droit communautaire en vigueur, la Communauté européenne ne peut souvent pas accepter d'aller au-delà de cet acquis communautaire. Cette situation risque en effet de donner lieu à une certaine méfiance dans la relation entre l'Union européenne et les Etats tiers, au sein du Conseil de l'Europe, dans la mesure où cette rigidité est fréquemment interprétée comme un manque de bonne foi, un impérialisme législatif, à prendre ou à laisser. Elle n'est en tout cas pas de nature à faciliter la compréhension entre les deux groupes d'Etats.

<sup>54</sup> JO, n° L 176, 10 juillet 1999, p. 36.

<sup>55</sup> Voy. l'accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne, la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen. Cet accord a fait l'objet d'un accord politique le 19 mai 2004 ; il a été paraphé le 25 juin 2004 et signé le 26 octobre 2004. L'accord en question a été soumis au Parlement suisse, avec une série d'autres accords, sous forme d'un message unique (voy. Message du 1<sup>er</sup> octobre 2004 relatif à l'approbation des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, y compris les actes législatifs relatifs à la transposition des accords (« accords bilatéraux II »)). L'arrêté fédéral portant approbation des accords bilatéraux d'association à Schengen et à Dublin et des modifications législatives qui en découlent a été soumis à un référendum populaire en date du 5 juin 2005, référendum qui s'est soldé par un résultat positif.

dégagées valent également, par analogie, pour la Confédération helvétique. Les débats en la matière se sont nourris de divers éléments. Parmi ceux-ci figurait la décision du 17 mai 1999 relative à certaines modalités d'application de l'accord d'association de l'Islande et de la Norvège et, en particulier, son article 1<sup>er</sup>, aux termes duquel les procédures prévues dans l'accord d'association s'appliquent aux propositions et initiatives visant la poursuite du développement des modalités de coopération judiciaire en matière pénale décrites aux articles 48 à 63 et 65 à 69 de la convention de Schengen de 1990, telles qu'elles s'appliquent entre les Etats membres concernés au moment de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Cette formulation a été interprétée comme signifiant que seules les dispositions faisant suite à celles relatives à l'extradition ayant un lien direct avec la substance des dispositions concernées de la convention de Schengen de 1990 doivent être considérées comme relevant de l'acquis aux fins de l'association de l'Islande et de la Norvège. Et c'est cette interprétation qui a déterminé le sort réservé aux conventions d'extradition de 1995 et de 1996<sup>56</sup> : la première a été considérée comme relevant tout entière de l'acquis Schengen tandis que seules quelques dispositions de la seconde ont été traitées comme relevant de cet acquis<sup>57</sup>. Se fondant sur ces divers éléments et d'autres encore<sup>58</sup>, le mandat d'arrêt européen a finalement été considéré comme ne relevant pas de l'acquis Schengen. Il constitue en effet un nouveau système, qui remplace les procédures d'extradition antérieurement applicables ; le lien avec les dispositions préexistantes en matière d'extradition est donc difficile voire impossible à établir. En conséquence, l'Union peut mettre sur pied, entre ses membres, des procédures nouvelles, impliquant un nouveau type de confiance, sans l'étendre aux Etats associés que sont l'Islande et la Norvège.

Cette conclusion peut certes laisser penser que, même dans les relations avec ces Etats tiers spécifiques – les Etats associés aux accords Schengen –, la confiance mutuelle telle qu'elle est désormais entendue au sein de l'Union européenne s'arrête à ses frontières. Cependant, comme pour les dispositions de la convention relative à l'extradition de 1996 qui ne relèvent pas de l'acquis Schengen, l'Union pourrait étendre le mécanisme du mandat d'arrêt européen à l'Islande et à la Norvège par

---

<sup>56</sup> Voy. décision du Conseil du 27 février 2003 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 du Royaume de Norvège à l'application, la mise en œuvre et le développement de l'acquis de Schengen, *JO*, n° L 67, 12 mars 2003 p. 25.

<sup>57</sup> Il s'agit des articles 2, 6, 8, 9 et 13 ainsi que de l'article 1<sup>er</sup> dans la mesure où il est pertinent pour les autres articles visés.

<sup>58</sup> Comme les indications proposées dans la note rédigée par la Présidence en 1999 et intitulée « Comment déterminer si une question donnée relève de l'acquis de Schengen et doit être traitée dans le cadre de la procédure du « Comité mixte » », doc. 12164/99, 22 octobre 1999.

le biais d'accords conclus sur la base des articles 24 et 38 du traité sur l'Union. La conclusion de tels accords est d'ailleurs actuellement à l'ordre du jour, puisqu'un mandat de négociation a été donné à cet effet. A ce propos, il convient de noter que, si la problématique de l'extension de la confiance des Etats membres de l'Union était déjà sous-jacente au débat portant sur la question de savoir si le mandat d'arrêt européen relève de l'acquis Schengen, elle apparaît encore bien plus clairement et directement lorsqu'est abordée la conclusion d'accords sur la base des articles 24 et 38. Outre la question de savoir si les Etats associés eux-mêmes désirent être liés par le mécanisme du mandat d'arrêt européen dans sa totalité, plusieurs Etats membres se montrent apparemment particulièrement réticents quant à l'élargissement de ce système. A cet égard, plusieurs arguments sont invoqués, dont certains ne sont pas sans rappeler la problématique telle qu'elle se pose au sein du Conseil de l'Europe. Parmi les motifs avancés, il en est qui relèvent de la technique juridique, des Etats membres soulignant notamment les problèmes constitutionnels que provoquerait une extension du mandat d'arrêt européen à l'Islande et la Norvège : leur texte fondamental n'admettant le système du mandat qu'entre Etats membres de l'Union, le système préexistant de l'extradition devrait être maintenu pour tous les Etats tiers. Des motifs d'ordre plus politique sont également invoqués : la reconnaissance mutuelle ne supposant pas simplement un changement de degré mais un changement de nature de la coopération, elle implique un changement de paradigme justifié par le projet politique qui en constitue le contexte, projet marqué entre autres par une intégration juridique bien plus marquée, reflétée notamment par l'existence et le rôle du Parlement européen, de la Cour de justice des Communautés européennes, etc. Par ailleurs, parmi les éléments qui fondent des résistances à conclure des accords sur la base des articles 24 et 38 figure également l'effet d'entraînement que pourrait avoir ce précédent. La crainte que, si l'Union accepte d'étendre sa confiance à ces premiers Etats tiers, d'autres, comme la Russie, chercheront eux aussi à en bénéficier, est palpable dans les négociations. Ces quelques éléments le montrent, les négociations en la matière donnent lieu à d'âpres discussions. S'ils sont conclus, il est fort à parier que de tels accords ne retiendront qu'une version édulcorée du mandat d'arrêt européen.

Pour les autres concrétisations de la reconnaissance mutuelle, se pose également la question de savoir si elles constituent un développement de l'acquis de Schengen et si elles tombent par voie de conséquence dans le champ d'application des accords d'association concernés. La réponse donnée à cette interrogation en ce qui concerne le mandat d'arrêt européen est bien entendu susceptible d'être étendue aux autres instruments mettant la reconnaissance mutuelle en œuvre. De fait, c'est ce qui s'est passé pour les décisions-cadres sur le gel des avoirs et des preuves, sur la reconnaissance et l'exécution des sanctions pécuniaires de même que pour la reconnaissance et l'exécution des décisions de confiscation. Ces nouveaux systèmes n'ont pas été considérés comme développant l'acquis de Schengen et ne sont donc pas couverts par les accords d'association. Après quelques hésitations et certaines ambiguïtés dans le traitement de la question, c'est finalement cette solution qui a également été retenue pour le mandat d'obtention des preuves. De même que pour le mandat d'arrêt européen, l'extension de ces nouveaux mécanismes de reconnaissance mutuelle aux Etats associés ou l'application d'un régime allégé par le biais d'accords

conclus sur la base des articles 24 et 38 est envisageable mais n'est, à notre connaissance, pas à l'ordre du jour actuellement.

### 3. L'éclairage venu d'ailleurs <sup>59</sup>

L'examen comparatif qui suit ne prétend nullement à l'exhaustivité. Nous ne nous pencherons en effet que sur deux expériences menées au sein de l'Union, mais issues d'autres secteurs que le pénal (A) et nous n'envisagerons ensuite qu'une seule expérience étrangère à l'Union européenne relevant du domaine pénal, à savoir l'expérience nordique (B). Cet examen est complété par les contributions de J. Vervaele pour le Mercosur, de F. Filliez pour la Suisse et de M. Richard pour les Etats-Unis.

#### A. Les enseignements de deux expériences menées au sein de l'Union européenne

Il convient de se tourner, d'une part, vers la reconnaissance mutuelle dans le marché unique, ou « nouvelle approche », lancée par la jurisprudence *Cassis de Dijon* de la Cour de justice des Communautés, du nom de l'arrêt rendu le 20 février 1979 dans le domaine de la libre circulation des marchandises <sup>60</sup>. Il s'agit de se pencher, d'autre part, sur la reconnaissance mutuelle dans le domaine civil et commercial, dont le point de départ est la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale <sup>61</sup>.

Ces deux expériences sont d'autant plus intéressantes qu'elles ont été expressément présentées comme les deux sources d'inspiration de la reconnaissance mutuelle dans le domaine pénal par les promoteurs de ce processus eux-mêmes. Toutes deux, plus anciennes et plus abouties, reposent sur la confiance mutuelle. Il est dès lors intéressant d'examiner ce qui fonde cette confiance mutuelle dans leur cas. L'on s'aperçoit très rapidement du rôle tout à fait fondamental joué par l'harmonisation. Le lien entre l'harmonisation, d'une part, et la réalisation et la légitimité de la confiance réciproque, d'autre part, est nettement consacré.

Il ressort ainsi de la « nouvelle approche », que, même dans le domaine de la libre circulation des marchandises et des services, la confiance mutuelle a parfois été malaisée à instaurer <sup>62</sup> et que, face à la méfiance qui demeure dans les secteurs

---

<sup>59</sup> Cette seconde partie de la contribution résume certains développements de l'ouvrage WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations...*, *op. cit.*

<sup>60</sup> CJ, arrêt du 20 février 1979, aff. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Rec.*, p. 649 et s.

<sup>61</sup> Une version consolidée de cette convention a été publiée au *JO*, n° C 27, 26 janvier 1998, p. 1 et s.

<sup>62</sup> Sur ces difficultés, voy. les résultats des diverses évaluations faites par les services de la Commission européenne, entre autres sa communication au Parlement européen et au Conseil, « La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le Marché intérieur », COM (1999) 299 final ; son premier rapport biennal sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans les marchés de produits et de services, SEC (1999) 1106 et son

les plus sensibles, l'harmonisation s'est révélée essentielle <sup>63</sup>. Même dans ce secteur, la légitimité de la confiance mutuelle a suscité des objections. On lui a entre autres reproché ses effets pervers pour la protection des consommateurs ou le nivellement par le bas de la qualité des produits sur le marché <sup>64</sup>. Afin de contrer cet argument, les promoteurs de la nouvelle approche ont pu se prévaloir de trois éléments.

Le premier est l'acquis existant en termes d'harmonisation, acquis de loin plus consistant que dans le pénal, et la poursuite des travaux en la matière, ceux-ci étant par ailleurs guidés par l'importante disposition du traité qui en précise l'orientation en ces termes : « la Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1<sup>er</sup> en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif » <sup>65</sup>.

Le deuxième élément invoqué est la relative flexibilité ou souplesse du système puisque, contrairement à ce que d'aucuns pourraient croire, la reconnaissance mutuelle n'est pas d'application automatique <sup>66</sup> : outre les diverses clauses de sauvegarde prévues, les Etats membres conservent la possibilité d'exiger que le degré de protection offert par le produit ou le service en provenance d'un autre Etat membre

---

deuxième rapport biennal sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle au sein du marché intérieur, COM (2002) 419 final. Voy. également l'avis du Comité économique et social sur la « Reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur », *JO*, n° C 116, 20 avril 2001, p. 14 et s. ; MATTERA, A., « Le principe de la reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *RMUE*, 1998, p. 13 à 15.

<sup>63</sup> Dans ce sens, voy. notamment la résolution du Conseil du 28 octobre 1999 sur la reconnaissance mutuelle, *JO*, n° C 141, 19 mai 2000, p. 5 et s., par. 6 ; le premier rapport biennal de la Commission sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans les marchés de produits et de services, SEC (1999) 1106, p. 7 et son deuxième rapport biennal sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle au sein du marché intérieur, COM (2002) 419 final.

<sup>64</sup> MATTERA, A., « L'arrêt « Cassis de Dijon » : une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur », *RMC*, 1980, p. 511 et s. et, du même auteur, « L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence « Cassis de Dijon » et le principe de la reconnaissance mutuelle », *RMUE*, 1992, p. 45 et s.

<sup>65</sup> C'est un principe qui a été consacré par l'article 100 A, par. 3 du traité CEE tel qu'introduit par l'Acte unique européen. Il a toutefois été développé par le traité d'Amsterdam (article 95, par. 3 CE). A ce sujet, voy. CALLEJA, D., VIGNES, D., WÄGENBAUR, R., *Dispositions fiscales. Rapprochement des législations, Commentaire J. Mégret*, vol. 5, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993, 2<sup>e</sup> éd., p. 322 et 323.

<sup>66</sup> C'est ce qui ressort clairement de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, des diverses prises de position des autres institutions communautaires, en particulier de la Commission européenne (voy. à cet égard, MATTERA, A., « L'Union européenne assure le respect des identités nationales, régionales et locales, en particulier par l'application et la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2002, p. 234).

soit équivalent à celui prévu par leur réglementation nationale. Cette faculté n'est pas discrétionnaire mais s'exerce sous le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes.

Quant au troisième élément, il tient dans ce que le libre choix des consommateurs corrige les effets pervers de la reconnaissance mutuelle. Loin d'entraîner une baisse généralisée de la qualité des produits ou des services, la mise en concurrence de ceux-ci favorise plutôt un relèvement de leur qualité et de leur sécurité <sup>67</sup>.

Ce dernier argument n'est pas transposable dans le secteur pénal. Dans cette matière, on voit mal en effet comment les effets pervers de la reconnaissance mutuelle, entre autres le nivellement par le bas des garanties procédurales <sup>68</sup>, pourraient être compensés par le libre choix des acteurs concernés, puisqu'un des objectifs de l'espace pénal à mettre en place est précisément de fixer des critères déterminant le système pénal applicable. Le deuxième argument, celui de la flexibilité, n'est pas valable non plus ou dans une moindre mesure puisque les mécanismes de reconnaissance mutuelle développés jusqu'ici dans le domaine pénal offrent moins de souplesse. Dès lors, le premier argument, c'est-à-dire celui fondé sur l'acquis en termes de rapprochement des législations, n'en prend que plus d'importance.

Sans entrer dans le détail de la reconnaissance mutuelle en matière civile et commerciale, nous nous contenterons de souligner que, dans ce secteur aussi, le rapprochement est plus consistant qu'en matière pénale. Cette dernière étant plus délicate au plan de la souveraineté nationale mais aussi en termes de droits fondamentaux, l'harmonisation y sera d'autant plus nécessaire à l'instauration de la confiance <sup>69</sup>.

### **B. De quelques expériences pénales étrangères à l'Union européenne**

Tournons-nous maintenant vers des expériences étrangères à l'Union européenne dans le secteur pénal. L'Union européenne est marquée par son caractère *sui generis* ou sa nature hybride : elle emprunte à la fois à la logique intergouvernementale et à la logique fédérale <sup>70</sup> sans correspondre véritablement ni à l'une ni à l'autre <sup>71</sup>. L'Union

<sup>67</sup> MATTERA, A., « L'article 30 du traité CEE... », *loc. cit.*, p. 50 et 51.

<sup>68</sup> Sur le risque que la reconnaissance mutuelle entraîne un nivellement par le bas des garanties procédurales, voy. entre autres WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations...*, *op. cit.*, p. 151 et s. Dans ce sens aussi, voy. la contribution au présent ouvrage de MIRANDA RODRIGUES, A.M.

<sup>69</sup> Pour des développements à cet égard, voy. WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations...*, *op. cit.*, p. 158 et s.

<sup>70</sup> A cet égard, voy. entre autres MAGNETTE, P., *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, Bruxelles, éd. Complexe, 2000, p. 140 et s.

<sup>71</sup> Pour rendre compte de cette caractéristique, les formules n'ont pas manqué : on a ainsi parlé de « fédéralisme intergouvernemental » (CROISAT, M. et QUERMONNE, J.L., *L'Europe et le fédéralisme*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 61 et s.), d'« entité quasi fédérale » (voy. entre autres, LYON, A.C., « Comparaison des systèmes de coopération instaurés en Suisse et dans l'Union européenne en matière de justice et d'affaires intérieures », in BIEBER, R., LYON, A.C., et MONAR, J. (sous la dir. de), *Justice et affaires intérieures. L'Union européenne et la Suisse*,

est caractérisée par un niveau d'intégration juridique plus élevé qu'une organisation internationale de type classique mais un niveau d'intégration juridique moindre qu'un Etat fédéral, y compris dans le secteur pénal. D'où l'intérêt de se pencher sur des expériences de nature étatique et d'autres de nature interétatique.

Parmi les modèles étatiques, les Etats-Unis et la Suisse sont particulièrement intéressants. Nous ne rentrerons toutefois pas dans le détail de chacune de ces deux expériences mais renvoyons aux développements contenus dans les contributions de F. Filliez et M. Richard à cet ouvrage.

Parmi les modèles interétatiques, le modèle nordique retiendra spécialement notre attention, ce pour deux raisons.

La première est que, suite à la suppression des contrôles aux frontières intranordiques par l'accord du 12 juillet 1957 établissant l'Union nordique des passeports <sup>72</sup>, les pays concernés ont établi entre eux des mécanismes de coopération judiciaire pénale fort proches de ceux mis en place entre les Etats membres de l'Union européenne : ils connaissent un système d'extradition simplifié et accéléré, qui présente bien des points communs avec le mandat d'arrêt européen ; de manière plus générale, la coopération nordique au plan de l'exécution des jugements et des décisions judiciaires rappelle les contours de la reconnaissance mutuelle au sein de l'Union <sup>73</sup>.

La deuxième raison de notre intérêt pour le système nordique est que, sans être parfait, il fonctionne de manière satisfaisante <sup>74</sup>. En témoignent notamment les rapports sur la situation de ces pays élaborés dans le cadre de l'action commune du 5 décembre 1997 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en œuvre par chacun des Etats membres de l'Union des engagements internationaux

---

Berne, Staempfli Editions SA Berne, 1997, p. 134) ou de « fédération supranationale » (VON BOGDANDY, A., « The European Union as a Supranational Federation : a Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty », *Columbia Journal of European Law*, 2000, p. 27 et s.).

<sup>72</sup> A ce propos, voy. entre autres, FODE, H., « Cooperation on Law Enforcement, Criminal Justice and Legislation in Europe. Nordic Experience », in SCHERMERS, H.G., FLINTERMAN, C., KELLERMANN, A.E., VAN HAERSOLTE, J.C., VAN DE MEENT, G.W.A. (ed.), *Free Movement of Persons in Europe. Legal Problems and Experiences*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 61 et s.

<sup>73</sup> Sur ce système, voy. entre autres ASP, P., « The Nordic « System » for Mutual Recognition in Criminal Matters », in DE KERCHOVE, G., et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *La reconnaissance mutuelle...*, op. cit., p. 223 et s.

<sup>74</sup> ASP, P., *Nordic Judicial Co-operation in Criminal Matters*, Uppsala, Faculty of Law, Uppsala University and Swedish Society for European Criminal Law, 1998, p. 33 et 34 ; REKKE, N., « Sweden : the Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings », *RIDP*, 1994, p. 479 ; MULDER, C. et SWART, B., « Sub-Regional Arrangements : The Benelux and the Nordic Countries », in BASSIOUNI, M.C. (ed.), *International Criminal Law*, New York, Transnational Publishers, Inc, 2<sup>nd</sup> ed. 1999, vol. II, p. 396.

en matière de lutte contre la criminalité organisée <sup>75</sup>. Les experts se sont en effet chaque fois déclarés impressionnés par le haut niveau de coopération nordique <sup>76</sup>.

Ce succès ne résulte manifestement pas de l'adoption d'instruments normatifs contraignants : la coopération nordique est en effet informelle, volontariste et pragmatique <sup>77</sup>. Les textes qui organisent la coopération présentent le plus souvent des formulations simples et souples. Selon l'idée qui fonde le système, la coopération devrait en principe être accordée mais une marge d'appréciation demeure, marge dont il faut user avec prudence. Les diverses lois nationales nordiques adoptées dans le domaine de l'extradition et de l'exécution des jugements et décisions judiciaires disposent d'ailleurs que les autorités compétentes « peuvent » octroyer la coopération demandée <sup>78</sup>.

La clé principale du succès de la coopération nordique réside dans le climat de confiance mutuelle qui règne. D'où cette question : sur quels éléments cette confiance repose-t-elle ?

Certainement pas sur un contrôle juridictionnel exercé par une juridiction qui serait commune aux pays nordiques et comparable à la Cour de justice des Communautés européennes : conséquence logique de l'anti-fédéralisme nordique, une telle juridiction n'a en effet pas été mise sur pied.

Outre le facteur linguistique qui ne doit pas être négligé, la confiance qui règne au sein du Norden repose sur deux facteurs essentiels.

Il s'agit, d'une part, de l'importance des rencontres et échanges ; l'importance des contacts, des consultations et des liens à tous les niveaux, a d'ailleurs valu à la coopération nordique d'être comparée à une véritable « toile d'araignée » <sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> JO, n° L 344, 15 décembre 1997, p. 7 et s.

<sup>76</sup> Voy. en particulier les rapports d'évaluation sur le Danemark et sur la Finlande concernant l'entraide judiciaire et les demandes urgentes de dépistage et de saisie/gel des biens (doc. 10860/99, 9 septembre 1999, p. 37, par. 5.4.6 et doc. 9392/00, 7 juillet 2000, p. 40, par. 5.3.3). Voy. aussi le rapport d'évaluation sur la Suède (doc. 7250/01, 27 mars 2001, p. 62, par. 5.1).

<sup>77</sup> Sur ces caractéristiques, voy. entre autres LAHTI, R. & TRÄSKMAN, P.O., « Finland : the Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings », *International Review of Penal Law*, vol. 65, p. 256 ; REKKE, N., « Sweden : the Regionalization of International Criminal Law and the Protection of Human Rights in International Cooperation in Criminal Proceedings », *RIDP*, 1994, p. 478 ; HERLITZ, N., *Elements of Nordic Public Law*, Stockholm, PA Norstedt and Sömers Förlag, 1969, p. 242 et s.

<sup>78</sup> A cet égard, voy. ASP, P., *Nordic Judicial Co-operation in Criminal Matters*, *op. cit.*, p. 10 et p. 31 ; ASP, P., « The Nordic « System » for Mutual Recognition in Criminal Matters », *op. cit.*, p. 225.

<sup>79</sup> ANDRÉN, N., « Nordic Integration », *Cooperation and Conflict*, 1967, II, p. 1 et s.

Il s'agit, d'autre part, de la grande proximité des législations pénales nationales. Comme en témoigne le traité d'Helsinki lui-même <sup>80</sup>, la convergence et le rapprochement des législations sont au cœur même de la coopération nordique <sup>81</sup>. C'est vrai, il ne faut pas surestimer leur patrimoine commun. On ne peut nier l'attachement des pays nordiques à leur souveraineté nationale ni leur volonté de sauvegarder leurs spécificités. L'homogénéité du Norden relève pour une part du mythe. Mais les Etats nordiques partagent les mêmes racines et ont des cultures proches. Ils possèdent une tradition juridique commune qu'ils ont encore cherché à développer. La recherche du parallélisme dans l'élaboration des lois et réglementations a débuté dès le XIX<sup>e</sup> siècle dans le secteur civil, dans les matières économiques d'abord, familiales ensuite. Elle s'est ensuite étendue au domaine pénal. Dans ce secteur, certains résultats avaient déjà été obtenus dans les années 1930, mais c'est surtout après la deuxième guerre mondiale qu'ils se sont multipliés. L'acquis nordique commun est sans comparaison possible avec ce qui a été fait jusqu'ici entre les Etats membres de l'Union. C'est pourtant cet acquis nordique commun qui a permis non seulement d'établir la confiance mutuelle dans les rapports de coopération entre les pays du Norden mais également de légitimer cette confiance et la simplification des divers mécanismes de coopération qui en est issue. En dehors de l'argument reposant sur la souplesse des mécanismes et la possibilité laissée aux autorités compétentes de refuser d'accorder la coopération demandée, c'est d'ailleurs à cet acquis commun que les promoteurs de la suppression de la double incrimination ont eu expressément recours pour répondre aux voix dénonçant les risques d'une telle abolition entre pays nordiques <sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Dans le préambule de ce traité, qui a été signé le 23 mars 1962, les Hautes Parties contractantes se déclarent en effet « (...) *Desiring to attain uniformity of regulation throughout the Nordic countries in as many respects as possible (...)* » et, conformément à son article 5, « *The High Contracting Parties should seek to establish uniform rules relating to criminal offences and the penalties for such offences (...)* » (une version anglaise actualisée de ce traité se trouve notamment sur le site du Conseil des ministres nordiques ([http://www.norden.org/web/3-2-arb\\_ord/uk/3-2-2-hfors.asp?lang=6](http://www.norden.org/web/3-2-arb_ord/uk/3-2-2-hfors.asp?lang=6))).

<sup>81</sup> A ce sujet, voy. entre autres WENDT, F., *The Nordic Council and Co-operation in Scandinavia*, Copenhagen, Munksgaard, 1959, p. 53 et s. et du même auteur, « Nordic Cooperation », in *Nordic Democracy*, Copenhagen, Det Danske Selskab, 1981, p. 664 et s. ; ANCEL, M., « Préface », in ANCEL, M., STRAHL, I., ANDENAES, J. et WAABEN, K. (sous la dir. de), *Le droit pénal des pays scandinaves*, Paris, Les Editions de l'épargne, 1969, p. vii et s. ; SOLEM, E., *The Nordic Council and Scandinavian Integration*, New York, London, Praeger Publishers, 1977, p. 87 et s.

<sup>82</sup> A cet égard, voy. notamment ASP, P., *Nordic Judicial Co-operation in Criminal Matters*, op. cit., p. 9 et p. 31. Voy. aussi ROMANDER, H., « Les tentatives d'harmonisation et d'unification du droit pénal et de la procédure pénale dans les Etats nordiques », in *Droit pénal européen*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 561.

#### 4. Conclusion

La première partie de cette contribution nous a permis de montrer que si les travaux au sein du Conseil de l'Europe ont indiscutablement contribué à bâtir la confiance mutuelle entre les Etats membres de l'Union européenne, ceux-ci ne sont pas prêts à l'étendre aux autres Etats du Conseil de l'Europe. Et, quoique à l'ordre du jour dans une certaine mesure, l'élargissement de leur confiance aux Etats associés aux accords Schengen n'est pas acquis. Cette tendance à l'« hermétisme » est intimement liée à la spécificité de l'Union. Ce sont ses caractéristiques propres, tant substantielles qu'institutionnelles, qui, aux dires de ses promoteurs, légitiment et permettent la réalisation de la « confiance mutuelle » au sens que lui donne et qu'implique le processus de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Ces caractéristiques n'étant pas celles du Conseil de l'Europe, il n'y aurait donc pas lieu de l'étendre aux pays qui en font partie sans être membres de l'Union.

Certes, les différences entre les deux enceintes étant patentées, un tel raisonnement se comprend aisément.

Il nous paraît toutefois que les promoteurs de la confiance mutuelle au sein de l'Union européenne tendent à exagérer la spécificité de l'Union lorsqu'elle leur permet de se contenter de proclamer la confiance mutuelle et de la légitimer dans le cadre de l'Union. Il est vrai que l'Union européenne n'est exactement pareille à aucune autre entité, qu'à bien des égards, l'espace pénal européen présente une intégration plus développée que les cadres intergouvernementaux et que ceci devrait s'accroître si le traité constitutionnel entrerait en vigueur ; il n'en reste pas moins que, même s'il entre en vigueur, des « traces » d'intergouvernementalité demeureront dans le secteur pénal. Il suffit à cet égard de songer aux limitations préoccupantes qui continueront d'affecter le contrôle juridictionnel <sup>83</sup>. L'on peut également penser aux limitations que risquent de connaître les travaux d'harmonisation des législations pénales tant matérielles que procédurales <sup>84</sup>. Pourtant, et comme bien d'autres contributions à cet ouvrage l'ont souligné <sup>85</sup>, le lien entre ce pan des travaux qu'est l'harmonisation et la confiance mutuelle est tout à fait essentiel. C'est ce qu'a permis de confirmer la seconde partie de notre contribution. Les quelques expériences auxquelles nous avons fait appel témoignent en effet du rôle-clé de l'harmonisation pour réaliser mais aussi pour légitimer la confiance réciproque, sur laquelle repose en particulier le processus de la reconnaissance mutuelle.

---

<sup>83</sup> Dans ce sens voy. notamment les insuffisances du contrôle juridictionnel mises en exergue dans d'autres contributions à cet ouvrage, et notamment dans la contribution de MIRANDA RODRIGUES, A.M.

<sup>84</sup> Voy. l'insertion dans les deux dispositions relatives au rapprochement des législations pénales du traité constitutionnel, lors de la Conférence intergouvernementale, d'un mécanisme d'« alerte précoce » permettant de suspendre la procédure décisionnelle si un Etat membre estime que le projet en question porte atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale (article III-270, par. 3 et 4 ; article III-271, par. 3 et 4).

<sup>85</sup> Dans ce sens voy. entre autres l'introduction de FRIEDEN, L., et les contributions de DE BIOLLEY, S., VERNIMMEN, G.



# The US approach to mutual confidence

Mark RICHARD

Upon receiving the invitation to participate in this collective book I speculated on the rationale for inviting a representative of the United States Department of Justice to write in such a publication. After all, at least on the surface, the topic initially appeared to be one involving purely an internal issue for the EU Member States to consider. While no doubt quite interesting from an academic perspective, the process of mutual recognition of each other's judicial criminal judgments among EU Member States seemed on the surface to have little significance to third countries including the United States. Subsequent discussion with the editors revealed a keen interest on their part in how such a process of mutual recognition of criminal judgments worked in the United States under our federal system, as a result of our Constitution which provides in Article IV that "Full faith and credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State".

The application of the "full faith and credit" provision in the criminal arena in the United States is susceptible to a fairly straightforward response. But in considering the issue further I concluded that contrary to my initial impressions, the movement within the EU towards expansive mutual recognition of judgments has indeed potentially enormous implications for the effort of all countries to combat international crime including terrorism. Most of these implications are hidden in the shadows of a fairly subtle but complex process that is being put together within the EU possibly without consideration of this worldwide implication. For this reason I feel compelled to address both issues; the US experience with mutual recognition of criminal judgments and the potential adverse consequences of the EU approach to it on the international fight against transnational crime and terrorism.

Let me begin this contribution with the operation of our Constitutional "full faith and credit" provision, then move on to the concerns I have about the international

impact of the EU legislation on mutual recognition, and close with a brief description of recently enacted federal statutes in the United States which expand our legal capacity in certain circumstances to accept and act upon foreign civil and criminal judicial forfeiture and asset restraint orders. While yet to be tested in our courts, if upheld these provisions should greatly enhance our ability to move rapidly to take the profit out of crime by going after the criminal's assets in an efficient and more effective fashion.

In the main, the "full faith and credit clause" of our Constitution provides little direct relevance to you since the clause does not generally apply to criminal matters. It is designed to preclude litigants from taking advantage of our federal system to "forum shop" in an effort to relitigate issues in one State in the course of civil proceedings that have already been determined in another State. While not extensively developed through case precedents, the provision has only been applied in the civil context. The general rule is that the States are not obliged by operation of the federal Constitution to adhere to the penal judgments of sister States. In certain instances, States have nevertheless chosen through State legislation to abide by certain forms of criminal judgments rendered by other States.

While the issue of the propriety of multiple prosecutions against the same offender for the same criminal activities may arise in a myriad of factual situations, it most frequently occurs in the following settings:

- a. successive prosecutions of the same individual in more than one State or involving prosecution by the federal government and one or more States all predicated on the same criminal activity which is in violation of the laws in each of these jurisdictions;
- b. successive prosecutions of the same individual by different States with or without prosecution at the federal level where the jurisdictions involved are engaged in a joint task force involving the criminal offense(s) in question;
- c. extradition or rendition of offenders between our States and/or between the federal government and our States;
- d. the judicial summoning of witnesses from different States of the Union and between our federal government and our States.

Regardless of the actual facts of the case, the applicable doctrine is the "Dual Sovereignty" rule which essentially holds that two sovereignties are separate when they draw their authority to punish the offender from distinct sources of power. When there are different sovereigns implicated, absent some other applicable doctrine, nothing precludes multiple prosecutions. On the other hand, where the jurisdictions derive their authority to prosecute from the same source of power as is the case within a State which may have multiple prosecutive agencies all operating pursuant to the same legal authority, multiple prosecutions would be problematic.

One might wonder how the double jeopardy concept, which has its own Constitutional basis both in federal and State law, plays into this equation. Double jeopardy analysis under US law triggers two questions that must be answered: a) whether the prosecutions are for the same offense and b) whether the two tribunals derive their authority from the same sovereign. If the answer to both questions is yes, then the prosecution would be barred. A more difficult question and one that is still

being pondered by our courts is whether these issues are impacted where the separate sovereigns collaborate in the investigation, such as in joint task forces, and then each seeks to bring their own prosecution against the same individual arising from the same alleged criminal activities. As a practical matter, such issues will generally not arise with any frequency since decisions on possible venue are invariably agreed upon in the course of the operation of the task force. However, depending on the level of collaboration, a possible due process issue might be implicated.

It should be noted that notwithstanding the operation of the so-called “Dual Sovereignty” rule, the United States Department of Justice has represented to the Supreme Court that it will not exercise its authority to bring a federal prosecution against the same person for the same criminal activity as previously prosecuted by a State unless a determination is made at senior levels within the Department of Justice that the State prosecution did not vindicate the federal interest in prosecution. The strict operation of this policy has minimized appreciably the instances where a federal prosecution is brought against the same person for the same offense that was pursued at the State level.

Turning to items “c” and “d” in the scenarios listed above; i.e. extradition between the States and the summoning of witnesses from a sister State within the United States, such practices are generally handled through interstate agreements and compacts and operate without difficulty. Of course, financial cost to the requesting State involved in both instances is a factor that is invariably weighed by the prosecutors.

In point of fact, Article IV of our Constitution provides that a person charged with a crime that shall flee from justice and be found in another State shall, on demand of the executive authority of the requesting State, be removed to that State. Unfortunately this Article and the implementing federal provision leave many gaps in interstate extradition practices. In response to those deficiencies all but three of the States have entered into an interstate compact that addresses all aspects of the rendition of criminals, both at the charging stage as well as after conviction.

What should be apparent is that our approach to the rendering of “full faith and credit” or mutual recognition of judgments in the criminal field is driven by notions of federalism and the fact that our States still retain significant sovereign powers, especially in the field of criminal law. The dual sovereignty concept is premised on this principle; the States and federal government are each sovereign entities with independent power and interest to prosecute criminal offenses created under their own laws and employing their own prosecutorial and adjudicative institutions.

This leads us to the next area for consideration, which is the possible interest of third countries in the adoption and application of a “mutual recognition of criminal judgments” regime within the EU. If, unlike in the United States regime, the disposition of a criminal matter in one Member State would be deemed to preclude subsequent prosecutions by other Member States against the same person arising from the same criminal activities via the operation of a “double jeopardy” or an expansive application of the “*non bis in idem*” concept, then there is a risk of miscarriages of justice occurring.

I need not labor over the proposition that crime has gone global and that criminal activities involving some of the most serious crimes including terrorism constitute

offenses within many jurisdictions. The international response to such criminality has been to rely on the establishment of close bilateral cooperation especially at the police level. Frequently this cooperation has been bolstered by the stationing of liaison officials in each other's capitals to coordinate the exchange of information. At the judicial level, these relationships have been supported by a network of bilateral instruments, as well as regional or global multilateral conventions setting forth obligations of the parties in the field of extradition and mutual legal assistance.

Historically the need for international cooperation and coordination has generally been at the bilateral level. But with the ever-changing nature of crime, more and more we are encountering the need for multiple countries to coordinate investigations and prosecutions. This is all the more the case with respect to the most serious offenses including international terrorism, organized crime, illicit trafficking in narcotics, and cyber-crime, although it is surely not limited to these offenses. This enforcement landscape puts a premium on the sharing of information on what other countries are investigating, whom they are targeting and what prosecutions are being contemplated.

It comes as no surprise that the EU at the present time has major problems with sharing of criminal justice information on a timely basis with Member States, not to mention third countries. Data protection restraints, lack of timely and reliable mechanisms for coordination across international boundaries, and distrust of other jurisdictions, along with other factors too numerous to list all present significant obstacles for one jurisdiction to learn if another jurisdiction within or outside of the EU has an interest in a criminal matter being investigated or prosecuted by a Member State. Such a situation is a recipe for disaster, especially in a system wherein the actions of one jurisdiction will effectively preclude or seriously hamper other jurisdictions from developing their cases. That seems to be the threat posed by the "mutual recognition of criminal judgment" initiative within the EU.

Until such time as the information exchange and coordination mechanisms among investigators and prosecutive authorities across national boundaries are improved and perfected, major miscarriages of justice can be anticipated. Take for example:

- a. prosecution in one EU jurisdiction may preclude the subsequent extradition of the same person for the same offense from another EU member to a third country notwithstanding the provisions of a bilateral agreement which does not preclude such an extradition simply by operation of an expanded notion of "double jeopardy" or "*non bis in idem*";
- b. the rendering of mutual legal assistance pursuant to a bilateral or multilateral treaty or convention may be deemed by the courts as being precluded by an expanded view of the concepts of "double jeopardy" or "*non bis in idem*";
- c. investigators and prosecutors, without having access to the full range of criminal intelligence as to who is conducting what inquiries are at risk of making poorly informed charging decisions which can only benefit the criminal target and his co-conspirators;
- d. without the free flow of information across national boundaries the international enforcement community as well as the judicial authorities operate with the risk that their activities and efforts will go largely for naught if another jurisdiction

renders a judgment against the same international target. At the same time this provides the criminal with a virtual “safe haven” from prosecution anywhere else within the EU for that same offense as well as safe haven from extradition to third countries for that same offense;

- e. consider the effect of a dismissal or acquittal against a target when in truth another jurisdiction investigating the same individual has additional incriminating information, which, if shared, would surely result in a conviction. Does this barrier truly serve the interest of justice especially when there are no effective mechanisms in place to preclude such results?

The examples of possible significant consequences not only within the EU but also throughout the international community are of major moment. Assuming that there are no mechanisms in place to avoid them, these consequences should be fully and carefully considered before embarking on such a risky approach to integration.

The last area I would like to briefly touch upon relates to recently enacted US legislation which will provide for expanded authority in the field of international forfeiture and restraint of assets to accept foreign judgments. Under this new legislation, we now have the ability to restrain assets in the US at the request of foreign countries as well as to provide for the registration and enforcement of foreign forfeiture judgments. This authority reaches civil and criminal forfeiture judgments based on “(...) any violation of foreign law that would constitute a violation of an offense for which property could be forfeited under federal law if the offense were committed in the United States”. In this regard the foreign judgment would be enforceable unless the courts find that the foreign proceedings did not afford the parties “due process”, the issuing court lacked jurisdiction, the defendant did not receive timely notice and/or the judgment was obtained by fraud. No cases involving this authority have reached our courts so we have no interpretative guidance for this new authority.

In conclusion, recognition of judgments in the international context has significant ramifications for all nations. Greater dialogue on the topic is needed if integration programs are to accomplish their objectives without causing a battery of unintended and undesirable consequences for all nations.



# Pérégrinations dans l'espace pénal suisse

## Rétrospective et réformes récentes

Fabrice FILLIEZ <sup>1</sup>

### 1. Introduction

A un moment où l'Union européenne développe un espace de liberté, de sécurité et de justice, un retour historique sur d'autres systèmes juridiques n'est pas sans intérêt. Comme le dit fort à propos Anne Weyembergh, l'espace pénal européen « ne peut être isolé d'expériences dont les objectifs, défis ou enjeux sont analogues », tout en ne niant ni les spécificités propres à l'Union européenne ni les particularités des autres modèles <sup>2</sup>.

Le modèle suisse, vieux de cent cinquante ans, mais toujours en développement, revêt ici un intérêt non négligeable, dans le sens où l'espace pénal suisse est le fruit d'un long travail de rapprochement de systèmes fort divers qui préexistaient à la création de l'Etat fédéral suisse <sup>3</sup>. Il suffit de rappeler que la Suisse était constituée, au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle de vingt-cinq cantons et demi-cantons disposant chacun de règles pénales propres, de procédures pénales indépendantes et d'organisation de la justice séparée.

---

<sup>1</sup> Les vues exprimées dans le présent texte sont personnelles et n'engagent que leur auteur.

<sup>2</sup> WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 42.

<sup>3</sup> Pour un exposé comparatif, voy. par exemple, LYON, A.-C., « Comparaison des systèmes de coopération instaurés en Suisse et dans l'Union européenne en matière de justice et d'affaires intérieures », in BIEBER, R., LYON, A.-C. et MONAR, J. (éd.), *Justice et affaires intérieures – l'Union européenne et la Suisse*, Berne, Staempfli Editions SA, 1997, p. 133.

Il convient ici de saluer le travail formidable de recherche et de synthèse qu'a effectué Anne Weyembergh dans sa thèse remarquable consacrée à « L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions »<sup>4</sup>. Cet ouvrage est une mine de renseignements et d'enseignements sur le débat qui s'était engagé en Suisse dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle et qui devait conduire à l'adoption d'un code pénal suisse, grand chantier d'harmonisation qui fondera la confiance mutuelle nécessaire au fonctionnement de l'espace pénal suisse, tout en préservant jusqu'à ce jour l'essentiel de la souveraineté cantonale en matière de procédure pénale et d'organisation judiciaire. Je me permettrai donc d'y puiser quelques exemples et citations marquants.

Le propos de la présente contribution sera de décrire sommairement le processus de création d'un espace pénal intérieur à partir d'une mosaïque extraordinaire de systèmes différents. L'accent sera d'abord mis sur la composante d'harmonisation qui a constitué le ciment de l'espace pénal suisse (2), puis sur le concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale (3) et sur le passage progressif à la juridiction fédérale pour les crimes les plus graves contre la société et le patrimoine (4 et 5). Suivra enfin un éclairage sur les travaux actuels visant à unifier les codes de procédure pénale (6).

## **2. L'harmonisation du droit pénal suisse (1942)**

Le diagnostic paraît clair en ce qui concerne la Suisse : l'harmonisation des droits pénaux matériels cantonaux a précédé, voire consacré la confiance mutuelle. En effet, c'est l'instauration d'un code pénal fédéral qui a fondé et développé la confiance mutuelle au cours des années et constitué la base des développements ultérieurs.

Avant de revenir sur cette première étape historique fondamentale, il convient de rappeler brièvement quelques éléments du fédéralisme suisse.

La Confédération suisse comptait vingt-cinq cantons et demi-cantons<sup>5</sup> au moment de l'instauration de l'Etat fédéral en 1848. Elle en compte aujourd'hui vingt-six depuis la création du canton du Jura en 1978. Chaque canton ou demi-canton dispose d'une constitution, d'un gouvernement, d'un parlement et de juridictions propres. Les cantons jouissent aussi d'une large souveraineté dans leur organisation judiciaire et dans leurs procédures civiles et pénales. Il en va de même en matière de police et de maintien de l'ordre.

A son début, la Confédération suisse ne disposait pas de compétence pénale, la Constitution de 1848 n'ayant pas touché à cette prérogative des cantons qui disposaient ainsi chacun de leur propre code pénal et de leurs propres règles de procédure pénale. Ce n'est qu'en 1898 que la Constitution fédérale fut modifiée, attribuant à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit pénal matériel. Néanmoins, l'organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice restaient de la compétence des cantons. A l'exception de quelques délits

<sup>4</sup> WEYEMBERGH, A., *op. cit.*, 404 p.

<sup>5</sup> Les cantons d'Appenzell, d'Unterwald et de Bâle forment chacun deux demi-cantons.

contre l'Etat, la définition et la poursuite des infractions pénales restaient du ressort des cantons.

Il aura fallu près de quarante ans pour que voie le jour le Code pénal suisse qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1942 et abrogera les codes pénaux cantonaux. Ce code a été soumis à un référendum, dont les résultats furent serrés (53,5 % en faveur, la différence des votes positifs s'élevant à seulement 45 000 voix). Il constitue aujourd'hui la source principale du droit pénal suisse et le socle de base de la coopération intercantonale en matière pénale.

Il est intéressant de s'arrêter ici quelques instants sur les motifs qui ont amené le peuple suisse à finalement accepter l'idée que la Confédération puisse adopter un code pénal unique et harmonisé. Dans sa thèse précitée, à la lumière de nombreux travaux historiques, Anne Weyembergh retient deux motifs : l'efficacité et le sentiment de justice. Elle cite quelques extraits qu'il est tentant de reproduire ici, tant ils sont d'une actualité étonnante au regard des discussions ayant cours au sein de l'Union européenne, tout en illustrant bien l'état d'esprit qui régnait en Suisse à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. La première citation renvoie à cette préoccupation, qui est de garantir l'efficacité de la lutte contre la criminalité :

« (...) tandis que les malfaiteurs circulent d'un canton à l'autre avec la facilité la plus complète, la diversité de nos lois pénales entrave à tout instant l'action des autorités chargées de les poursuivre et de les punir. Entre les deux, la partie n'est pas égale et l'état actuel de notre législation favorise la criminalité au détriment de l'Etat et de la société » <sup>6</sup>.

Un autre élément a joué un rôle non négligeable, un sentiment qui fonde l'appartenance à une société, le sentiment de justice. C'est poussé par ce besoin de justice et d'égalité devant la loi que les citoyens suisses, pourtant fiers de leurs spécificités cantonales, accepteront finalement l'idée d'harmonisation du droit pénal. La citation qui suit est éloquentes à ce sujet :

« Le régime actuel crée des injustices et inégalités flagrantes dans l'administration de la justice pénale (...) S'il est une chose profondément enracinée dans notre peuple, c'est le sentiment de l'égalité de tous devant la loi, proclamée par la constitution fédérale. Ce sentiment si juste et respectable est en opposition directe avec ce qui se pratique aujourd'hui en matière pénale. Dans notre petite patrie (...) nous vivons sous le régime de vingt-cinq législations pénales, dont chacune diffère des autres. C'est la bigarrure la plus complète que l'on puisse imaginer (...) Ainsi selon le hasard du lieu du délit ou parfois du lieu de l'arrestation, le même individu sera puni, en Suisse, pour le même fait d'une manière absolument différente, tant au point de vue de la nature que de la durée de la peine, ou bien encore il sera puni, dans un canton, pour un fait qui n'est pas punissable deux pas plus loin, dans un autre canton. N'est-ce pas là une chose inique, incompatible avec la notion la plus élémentaire de

---

<sup>6</sup> Déclaration de la société suisse pour la réforme pénitentiaire, citée par BOREL, E., « Pourquoi sommes-nous partisans de l'unification du droit pénal en Suisse », *Verhandlungen des Schweizerischen Verein für Straf- und Gefängniswesen*, XX<sup>e</sup> session, 1897, p. 40 et 41, reproduite par WEYEMBERGH, A., *op. cit.*, p. 227.

justice ? Et que dire de cet autre fait dont on voit de nombreux exemples : un individu qui s'est rendu coupable de divers vols dans le même canton n'est jugé qu'une fois pour tous ces délits et s'en tire avec une peine relativement faible. Le même individu commettant les mêmes vols sur le territoire de plusieurs cantons, est puni pour chacun d'eux et frappé de condamnations dont le total s'est élevé, dans certains cas, à plus de soixante ans (...) C'est la justice même et son autorité morale qui souffrent des abus de l'heure actuelle (...) Un Neuchâtelois sera privé de ses droits civiques, à Berne, pour un délit qui n'entraîne pas cette peine dans son canton. Un Bernois, condamné à Neuchâtel, conservera ses droits civiques et pourra les exercer à Berne, alors que d'autres citoyens, moins coupables que lui peut-être, en seront privés, parce que c'est à Berne qu'on les a jugés (...) »<sup>7</sup>.

Les adversaires, de leur côté, avançaient des arguments qui sont encore utilisés aujourd'hui pour freiner les avancées de l'espace pénal européen : le respect de la diversité et des traditions juridiques, les atteintes à la souveraineté et au principe de territorialité.

Avant de revenir sur les innovations du Code pénal suisse, un bref rappel sur l'état de la coopération intercantonale de l'époque en matière pénale s'impose. Force est de constater qu'une coopération pratique, pragmatique, s'était établie, quelques fois au moyen de traités bilatéraux entre cantons, en particulier en matière d'extradition. Une loi fédérale minimale en matière d'extradition et de nombreux arrangements intercantonaux rendaient le système complexe et opaque, une sorte de « millefeuille » judiciaire avant l'heure, pour reprendre une expression fameuse d'Emmanuel Barbe à propos de la coopération judiciaire dans l'Union européenne aujourd'hui<sup>8</sup>. En matière d'extradition, la situation de l'époque s'apparentait en effet à l'extradition conventionnelle appliquée entre les Etats de l'Union européenne avant le mandat d'arrêt européen.

Malgré les imperfections du système, la coopération fonctionnait tant bien que mal. Elle reposait principalement sur une conscience aiguë auprès des cantons d'un devoir d'assistance et de solidarité communes pour ne pas laisser les criminels impunis. Néanmoins, le système touchait à ses limites en matière d'extradition. Les motifs de refus étaient nombreux : outre les clauses de refus en matière de délits de presse et de délits politiques, l'extradition était notamment refusée à l'égard des ressortissants du canton requis ou des personnes légalement établies sur le territoire du canton requis au motif que :

---

<sup>7</sup> Travaux de la société suisse pour la réforme pénitentiaire, cités par BOREL, E., *op. cit.*, p. 45, extrait reproduit par WEYEMBERGH, A., *op. cit.*, p. 228, qui mentionne aussi la pétition de 1892 de la Société du Grütli : « (...) le code pénal suisse, qui seul pourra mettre fin à l'iniquité et à l'arbitraire actuels (...) ».

<sup>8</sup> BARBE, E., *Justice et affaires intérieures dans l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 128.

« Surtout dans les cas où la législation du canton requérant l'extradition ne présente pas des garanties suffisantes pour un jugement juste et une punition humaine de l'accusé, il serait en effet trop dur de devoir extradier ses propres ressortissants »<sup>9</sup>.

L'adoption et la mise en œuvre du Code pénal suisse ont entraîné une amélioration substantielle de la solidarité et de la confiance mutuelle entre les cantons en harmonisant les dispositions de droit pénal matériel pour l'ensemble de la Suisse et ont favorisé aussi une meilleure coopération intercantonale.

En premier lieu, le Code pénal consacre des règles générales de for<sup>10</sup>. Le critère retenu est celui du lieu de la commission de l'infraction, qui est complété par une série de fors subsidiaires<sup>11</sup>.

Mais surtout, son article 352 introduit le principe cardinal de la coopération intercantonale, toujours valable aujourd'hui, et repris dans la Constitution fédérale de 1999<sup>12</sup> :

---

<sup>9</sup> Justification donnée par la Commission du Conseil des Etats, extrait cité par COLOMBI, L., « De l'extradition en matière pénale et de police dans les relations entre les cantons suisses », *Revue de droit suisse*, 1887, p. 497, reproduit par WEYEMBERGH, A., *op. cit.*, p. 232.

<sup>10</sup> Pour un rappel synthétique de la compétence territoriale des juridictions cantonales, voy. AMIRDIVANI, B., JEANNERET, Y. & JUNG, A., « La coopération intercantonale suisse en matière pénale », 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.

<sup>11</sup> Ce sont les articles 347 et s. du Code pénal suisse qui organisent les règles en la matière. Dans leur version actuelle, voici le contenu de ces dispositions : aux termes de l'article 347 CPS, en matière de médias, l'autorité compétente est celle du lieu où l'entreprise de médias a son siège ou, en cas d'impossibilité de déterminer ce lieu, celle du lieu où le produit a été diffusé ; aux termes de l'article 348 CPS, si l'infraction a été commise à l'étranger, ou s'il n'est pas possible de déterminer où elle a été commise, l'autorité compétente est celle du lieu où l'auteur a sa résidence. A défaut de résidence en Suisse, celle du lieu d'origine. A défaut de résidence et de lieu d'origine, celle du lieu où le prévenu a été arrêté ; aux termes de l'article 349 CPS, en cas de pluralités de participants, l'autorité compétente pour poursuivre l'auteur principal est aussi compétente pour poursuivre l'instigateur et le complice ; aux termes de l'article 350 CPS, en cas de concours d'infractions, l'autorité compétente est celle où a été commise l'infraction punie de la peine la plus lourde. En cas d'égalité de peine, l'autorité compétente sera celle qui aura ouvert la première instruction ; et aux termes de l'article 350bis CPS, en cas de confiscation indépendante, la procédure se déroule au lieu où se trouvent les objets ou les valeurs patrimoniales à confisquer. Lorsque les objets ou valeurs se trouvent dans plusieurs cantons et qu'ils sont en relation avec une même infraction ou un même auteur, l'autorité compétente est celle du lieu où la procédure de confiscation a été ouverte en premier lieu (introduit par la LF du 19 mars 2004 sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> août 2004 (RS 312.4)).

<sup>12</sup> Article 44 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101) : « La Confédération et les cantons s'entraident dans l'accomplissement de leurs tâches et collaborent entre eux. Ils se doivent respect et assistance. Ils s'accordent réciproquement l'entraide administrative et l'entraide judiciaire ».

« Dans toute cause entraînant application du présent code ou d'une autre loi fédérale, la Confédération et les cantons, de même que les cantons entre eux, sont tenus de se prêter assistance. En ces matières, les mandats d'arrêt ou d'amener sont exécutoires dans toute la Suisse ».

Dans le cadre de cette disposition, l'entraide intercantonale inclut non seulement la poursuite pénale, mais aussi l'exécution des jugements. La marge discrétionnaire d'appréciation des cantons est éliminée, dans ce sens où ces derniers sont obligés de donner suite à la demande d'entraide, sans avoir la possibilité d'examiner l'opportunité de l'acte de procédure ou sa conformité avec les exigences de leur droit de procédure<sup>13</sup>.

L'entraide judiciaire intercantonale telle que consacrée par l'article 352 du Code pénal suisse, contient un mélange de règles classiques d'entraide judiciaire – bien connues des spécialistes de l'entraide judiciaire en matière pénale, souvent reprises au niveau des instruments d'entraide pénale du Conseil de l'Europe et plus récemment de l'Union européenne –, et de règles novatrices – assez proches du principe de la reconnaissance mutuelle prôné par le programme de Tampere et mis en œuvre à plusieurs occasions dans le droit de l'Union européenne.

Il n'y a pas lieu de s'étendre ici sur les règles classiques<sup>14</sup>. En revanche, une des grandes avancées de l'époque n'est pas sans rappeler le mandat d'arrêt européen. Avec le Code pénal suisse, on passera de l'extradition entre canton requérant et canton requis au « mandat d'arrêt suisse ». D'un point de vue terminologique, on utilisera désormais le terme de remise, la procédure étant simplifiée à l'extrême. Un appel téléphonique suivi d'une confirmation écrite suffit. L'autorité cantonale requise ne dispose plus d'un pouvoir de contrôle sur le mandat d'arrêt ou sur la décision qu'elle exécute. Elle ne connaît plus de motifs de refus obligatoires, mais deux motifs facultatifs sont maintenus, comme cela a déjà été relevé plus haut : les délits de presse et les délits politiques. Ce dernier motif de refus a d'ailleurs donné lieu à une affaire fameuse dans les années quatre-vingt<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Arrêt du Tribunal fédéral, ATF 119 IV 86, cité par AMIRDIVANI, B., JEANNERET, Y. & JUNG, A., « La coopération intercantonale suisse en matière pénale », *op. cit.*, p. 234.

<sup>14</sup> Pour plus de détails, voy. *Ibid.*, p. 235.

<sup>15</sup> Le Jurassien Pascal Hêche avait détruit, en 1986, la statue dominant la fontaine de la Justice à Berne. Après l'avoir jugé, les autorités bernoises se sont adressées aux autorités du canton du Jura afin qu'elles l'arrêtent et le transfèrent pour qu'il purge sa peine dans une prison bernoise. N'obtenant pas de réponse positive, les autorités bernoises ont saisi le Tribunal fédéral pour lui demander d'exiger de l'autorité jurassienne qu'elle exécute immédiatement le mandat d'amener. Le gouvernement du Jura a invoqué le caractère politique du délit de Pascal Hêche. Le Tribunal fédéral a admis le délit politique et le droit du canton requis de se prévaloir de l'exception prévue au Code pénal suisse, mais a néanmoins décidé qu'en raison de l'impossibilité de juger à nouveau le condamné pour les mêmes faits (principe *non bis in idem*), le canton requis devait soit exécuter le jugement entré en force de chose jugée, soit remettre le condamné au canton requérant (ATF 118 IV p. 371 et s., *Direction de la police du canton de Berne c. département de la justice, de la santé et des affaires sociales du canton du Jura*).

Une autre avancée, qui s'inscrit dans la ligne du principe de reconnaissance mutuelle développé dans l'Union européenne, est celle du caractère exécutoire des jugements ayant force de chose jugée non seulement dans les domaines d'application du Code pénal suisse, mais également de la législation cantonale pénale en matière de contraventions.

Malgré ces avancées, le système introduit par le Code pénal suisse maintenait des restrictions qui s'apparentent à celles que connaît encore l'entraide judiciaire en Europe aujourd'hui. Ainsi, par exemple, le juge demandeur ne pouvait pas exécuter des actes de procédure sur le territoire d'un autre canton sans son autorisation ; il existait toujours une possibilité de refus.

De même, les actes accomplis sur le territoire d'un autre canton devaient l'être selon la procédure du canton d'exécution (*locus regit actum*). Le Code pénal suisse a apporté de grandes améliorations, mais il restait des problèmes, en particulier en raison d'une coordination insuffisante entre les cantons ou des divergences dues à la diversité des codes cantonaux de procédure pénale.

### **3. Le concordat sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale (1996)**

Cette situation a *grosso modo* perduré pendant près de cinquante ans, donnant lieu à une pratique satisfaisante, mais se montrant insuffisante en termes d'efficacité. En 1992, les cantons ont adopté un concordat intercantonal, sorte de « traité international » conclu entre les cantons, un peu à l'image des conventions entre Etats membres consacrées par le traité d'Amsterdam, et prévu par la Constitution fédérale pour les matières relevant de la compétence cantonale<sup>16</sup>. Son entrée en vigueur en 1996 a introduit de nouvelles innovations dans le droit de l'entraide intercantonale<sup>17</sup>. La Constitution limite néanmoins la marge de manœuvre des cantons dans le sens où les concordats ne doivent pas affecter l'application des règles fédérales et en cas de conflit, c'est la règle de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal qui s'applique en vertu de l'article 49 de la Constitution. Le concordat vise à améliorer le standard minimum établi par le Code pénal suisse.

Le concordat s'applique à toutes les procédures relevant du droit pénal fédéral. Chose curieuse, son application aux infractions prévues par la législation cantonale ne s'applique que sur déclaration expresse du canton et sous réserve de réciprocité. Dans ce domaine « réservé », il semblerait donc que les cantons se soient montrés plus réticents (seuls quatre cantons ont fait usage de cette possibilité).

Cinq innovations marquantes méritent d'être mentionnées qui figurent au chapitre II du concordat sous le titre « Actes de procédure exécutés dans un autre canton » :

- l'autorité peut effectuer des actes d'instructions directement sur le territoire d'un autre canton, sur simple information de l'autre autorité cantonale ;

<sup>16</sup> Recueil systématique du droit fédéral, RS 351.71.

<sup>17</sup> Pour plus de détails, voy. AMIRDIVANI, B., JEANNERET, Y. & JUNG, A., *op. cit.*, p. 236 et s.

- l'autorité de poursuite peut appliquer sa propre procédure, par dérogation au principe *locus regit actum*, et dans la langue de l'autorité en charge, une traduction étant fournie gratuitement ;
- l'autorité de poursuite peut ordonner des audiences, des inspections des lieux et auditions de témoins, et effectuer des perquisitions et des saisies. Si le recours à la force publique est nécessaire, le concours de la police locale doit être demandé avec l'accord de l'autorité unique <sup>18</sup> du canton d'exécution. Echappent néanmoins à ce système les surveillances téléphoniques et postales qui doivent être autorisées par une autorité unique dans le canton d'exécution. Elle peut également effectuer d'autres actes d'enquête permis par son propre droit de procédure ;
- les recours contre ces mesures sont exercés dans le canton d'enquête (dans l'une ou l'autre langue) ;
- l'autorité judiciaire d'un canton qui apprend des faits, dans le cadre de ses fonctions, qui sont constitutifs d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office dans un autre canton est tenue d'en informer l'autorité compétente de ce canton.

Le chapitre III complète l'entraide pour l'hypothèse où l'autorité requérante ne souhaite pas procéder directement aux actes d'instruction. Dans ce cas, le concordat pose certaines règles qui améliorent le fonctionnement des dispositions du code pénal suisse sur l'entraide judiciaire. Parmi ces règles, on mentionnera notamment que <sup>19</sup> :

- les autorités correspondent directement entre elles ; à défaut, elles peuvent recourir à l'autorité unique ;
- le droit du canton requis est applicable pour l'exécution de la mesure, alors que le droit du canton requérant est applicable pour l'ordonner ;
- le mandat d'arrêt ou d'amener est exécuté sur simple notification, le prévenu devant être auditionné dans les vingt-quatre heures. Le recours est recevable dans le canton requis pour les griefs liés à l'octroi et à l'exécution, le canton requérant étant compétent pour le fond ;
- en cas d'impossibilité de notifier par la voie postale, le juge requérant peut saisir directement la police d'un autre canton ;
- les voies de recours doivent être indiquées tant dans le canton requérant, qui juge du fond de la cause que dans le canton requis, qui peut examiner les griefs concernant l'octroi ou l'exécution de l'entraide.

Bien que l'on puisse constater que l'introduction du concordat s'est révélée positive dans l'ensemble, elle n'a pas réglé tous les problèmes liés à la coopération judiciaire intercantonale, en particulier les divergences procédurales importantes qui existent entre cantons. Avec le concordat et la possibilité pour chaque juge d'intervenir dans un autre canton en appliquant sa propre procédure, on accepte l'idée en fait que,

---

<sup>18</sup> Le concordat, à son article 24, prescrit que « chaque canton est tenu de désigner une autorité unique pour autoriser et pour exécuter les actes de procédure qui sont ordonnés ou requis par les autorités judiciaires d'autres cantons ».

<sup>19</sup> Pour une énumération plus complète, voy. AMIRDIVANI, B., JEANNERET, Y. & JUNG, A., *op. cit.*, p. 227.

pour un même acte d'instruction, vingt-six procédures puissent être applicables sur le territoire d'un canton.

Le système mis en place reste fort complexe et a plus reposé jusqu'il y a peu, pour reprendre une expression du professeur Roth, sur un « bricolage institutionnel » que sur une approche systématique et cohérente <sup>20</sup>. Mais il est le fruit d'un processus historique qui a dû trouver un équilibre difficile entre le respect de la diversité et l'exigence d'efficacité. Après l'adoption du concordat, l'espace pénal suisse, aussi développé soit-il, restait néanmoins encore inachevé. Dans les deux sections qui suivent, il sera traité de deux nouvelles réformes ou projets de réforme : le renforcement de l'autorité de poursuite fédérale pour les infractions économiques comportant une dimension internationale ou intercantonale et le projet d'arrêter un code de procédure pénale unifié. En effet, on peut constater, ces dernières années, un mouvement de fond qui pousse vers une plus grande centralisation judiciaire et une plus large harmonisation.

#### **4. Nouvelles compétences de procédure en faveur de la Confédération dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique (2002)**

Dans les années quatre-vingt, la Confédération a complété le Code pénal suisse par de nouvelles dispositions pour lutter contre les nouvelles formes de criminalité. On mentionnera ici le blanchiment d'argent <sup>21</sup>, la participation à une organisation criminelle <sup>22</sup>, la confiscation des avoirs <sup>23</sup>, le financement du terrorisme <sup>24</sup>, la corruption <sup>25</sup> ou la criminalité informatique <sup>26</sup>.

La Suisse s'est également engagée de manière accrue dans les structures de coopération européenne et internationale <sup>27</sup>, afin de mieux lutter contre ces nouveaux phénomènes et de renforcer la collaboration internationale. On mentionnera en particulier les domaines importants de la corruption, de la criminalité transfrontalière,

---

<sup>20</sup> ROTH, R., « Vers un tribunal pénal européen ? Pour quelles sanctions ? Brèves réflexions comparatistes », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 280.

<sup>21</sup> Article 305bis et 305ter du Code pénal suisse, RS. 311.0.

<sup>22</sup> Article 260ter du Code pénal suisse.

<sup>23</sup> Article 58 et s., du Code pénal suisse.

<sup>24</sup> Article 260quinquies du Code pénal suisse. Introduit par la loi fédérale du 21 mars 2003 (financement du terrorisme), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2003, Recueil officiel des lois, RO 2003, 3043, et Feuille fédérale, FF 2003, p. 5014.

<sup>25</sup> Article 322ter et s., introduits par la loi fédérale du 22 décembre 1999 (révision du droit pénal de la corruption), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2000, Recueil officiel des lois, RO 2000, p. 1121, et Feuille fédérale, FF 1999, p. 5045.

<sup>26</sup> Dispositions pénales introduites par la loi fédérale sur les télécommunications du 30 avril 1997, Recueil systématique, RS 784.10.

<sup>27</sup> Et ce, entre autres au sein de l'OCDE, du GAFI, du Conseil de l'Europe et de l'ONU.

du blanchiment, du terrorisme, ainsi que de l'entraide judiciaire en matière pénale <sup>28</sup>.

C'était une excellente chose de renforcer l'arsenal pénal contre les nouvelles formes de criminalité, encore fallait-il s'assurer que les moyens de poursuite et de procédure permettent une lutte efficace. Jusqu'alors, la poursuite et le jugement de toutes ces nouvelles formes de criminalité relevaient de la compétence des seuls cantons. Or, le Conseil fédéral constate que ce système comporte des lacunes ou risque en tout cas de ne pas être pleinement satisfaisant à l'avenir sur le plan de la poursuite pénale.

Le 28 janvier 1998, le Conseil fédéral suisse présentait un message au Parlement concernant la modification du Code pénal suisse, de la loi fédérale sur la procédure pénale et de la loi fédérale sur le droit pénal administratif dans le cadre d'un paquet de mesures tendant à l'amélioration de l'efficacité, mais aussi au respect du principe de la légalité dans la poursuite pénale <sup>29</sup>.

Ces mesures ont été principalement suscitées par le développement de nouvelles formes de criminalité dont, en particulier, le crime organisé, le blanchiment d'argent, ainsi que d'autres délits et crimes économiques. Ce qui distingue ces formes de criminalité est leur complexité et leur caractère international et intercantonal. Le Conseil fédéral constate que cette évolution impose une coordination plus approfondie, voire une centralisation de la procédure dans certains cas. Il propose dès lors d'attribuer des compétences complémentaires à la Confédération dans ces différents domaines.

Trois lacunes ou difficultés principales sont mises en avant <sup>30</sup>.

Il s'agit tout d'abord du caractère transfrontalier des nouvelles formes de criminalité. Ces dernières sont particulièrement difficiles à saisir « étant donné que la poursuite pénale est encore dans une large mesure conçue pour le cadre cantonal, que l'entraide judiciaire intercantonale est parfois un peu lourde et que la collaboration par-dessus les frontières cantonales n'a pas encore été institutionnalisée partout. L'extrême mobilité des délinquants d'aujourd'hui contraste de façon presque dramatique avec une poursuite pénale cantonnée sur de très petits territoires. Le défaut d'une direction unique de la procédure et peut-être d'une unité d'information centralisée peut conduire, dans des cas complexes s'étendant au-delà des frontières cantonales et nationales, à des lacunes au niveau de l'information et à des retards dans la procédure ».

---

<sup>28</sup> Pour un aperçu plus détaillé, voy. FILLIEZ, F., « Le rapprochement de la Suisse à l'espace pénal européen à l'exemple des négociations bilatérales avec l'Union européenne », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (éd.), *Sécurité et justice : enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 234 et s.

<sup>29</sup> Feuille fédérale suisse, FF 1998, p. 1253.

<sup>30</sup> Voy. le message du Conseil fédéral du 28 janvier 1998 concernant la modification du Code pénal suisse, de la loi fédérale sur la procédure pénale et de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (mesures tendant à l'amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la poursuite pénale), Feuille fédérale suisse, FF 1998, p. 1253.

La deuxième difficulté mise en exergue consiste dans la multiplicité des lois de procédure pénale cantonales. Cette diversité « rend très fréquemment nécessaire, lors d'infractions débordant le cadre des frontières cantonales, de nombreux actes d'entraide judiciaire, ce qui entraîne lourdeurs et pertes de temps ». Le concordat sur l'entraide judiciaire et la collaboration intercantonale en matière pénale a simplifié et amélioré notablement l'entraide judiciaire intercantonale, mais comparativement « à une direction fédérale et centralisée de la procédure, celle-ci reste plus lourde, plus longue et plus coûteuse. Ces inconvénients se manifestent surtout au début de la procédure, alors que la collecte rapide de moyens de preuve, par exemple, peut être décisive pour le succès de la suite des opérations ».

La troisième lacune est la répartition inégale des ressources entre les cantons. « L'exiguïté des territoires soumis à une même juridiction présente un autre grave inconvénient : les petits cantons financièrement faibles n'ont ni les spécialistes expérimentés, ni les moyens financiers requis pour mener à bien les procédures compliquées auxquelles donnent lieu la criminalité organisée et le blanchissage d'argent ».

Depuis l'entrée en vigueur de ce paquet de mesures au 1<sup>er</sup> janvier 2002 <sup>31</sup>, la compétence de poursuivre et d'instruire les infractions économiques de dimension internationale ou intercantonale est dévolue à l'autorité de poursuite fédérale pour la lutte contre le blanchiment, les organisations criminelles et la corruption. Néanmoins, cette compétence n'est que facultative dans le domaine de la criminalité économique traditionnelle (infractions contre le patrimoine, faux dans les titres, etc.) <sup>32</sup>.

Selon le professeur Roth, « 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 » <sup>33</sup>.

Il manquait encore une juridiction fédérale devant laquelle porter l'accusation. Jusqu'il y a peu, les autorités de poursuite fédérale exerçant leurs nouvelles compétences, devaient porter l'accusation devant les juridictions cantonales appliquant leur propre procédure cantonale.

## 5. La création d'un Tribunal pénal fédéral (2004)

L'adoption en votation populaire du 12 mars 2000 par le souverain de l'arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999, à une très nette majorité de 86,4 % et de l'ensemble des cantons, a ouvert la voie non seulement à la création d'un Tribunal pénal fédéral, mais également au projet d'unification des codes de procédure pénale, sur lequel nous reviendrons. Cette large acceptation populaire démontre que

---

<sup>31</sup> Voy. en particulier le nouvel article 340bis, introduit par la loi fédérale du 22 décembre 1999 (nouvelles compétences de procédure en faveur de la Confédération dans les domaines du crime organisé et de la criminalité économique), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002, Recueil officiel des lois, RO 2001 3071, Feuille fédérale, FF FF 1998, p. 1253.

<sup>32</sup> Voy. sur ce point, ROTH, R., *op. cit.*, p. 280-281.

<sup>33</sup> Voy. *Ibid.*, p. 283.

les temps changent et que le citoyen suisse semble accepter de donner désormais de plus larges compétences à la Confédération pour lui permettre de remplir au mieux ses missions, dont la lutte contre toutes formes de criminalité, auxquelles les cantons ne peuvent plus faire face seuls de manière efficace, fait manifestement partie. L'apparition et le développement de la criminalité transfrontalière ces dernières années a ainsi permis de mieux saisir les obstacles posés par la structure fédérale policière et judiciaire et favorisé la prise de conscience des autorités et des citoyens de la nécessité de mettre en œuvre des réformes.

Proposé dans le cadre du projet de révision de la Constitution fédérale sur la réforme de la justice, le nouvel article 191a de la Constitution fédérale, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2003, autorise la création d'un Tribunal pénal fédéral, chargé de traiter en première instance des infractions visées par l'article 340*bis* du Code pénal suisse<sup>34</sup>. Il sera également compétent pour statuer sur les mesures de contrainte dans des affaires relevant de la poursuite pénale exercée par des autorités fédérales et pour trancher les conflits de compétence entre les autorités fédérales et cantonales. Le Tribunal pénal fédéral est entré en fonction le 1<sup>er</sup> avril 2004. Il a son siège à Bellinzone, dans le canton du Tessin, et est composé de onze juges<sup>35</sup>.

## 6. Vers l'harmonisation des droits de procédure pénale

Dans le cadre du projet de réforme de la justice qui a conduit à la création d'un Tribunal pénal fédéral, une autre modification constitutionnelle importante a été acceptée, celle de donner la compétence en matière de procédure pénale à la Confédération, complétant ainsi l'ancienne base constitutionnelle qui ne prévoyait l'action de la Confédération qu'en matière de droit pénal matériel. Le nouvel article 123 de la Constitution fédérale a ouvert la voie à un énorme chantier, celui de l'harmonisation des procédures pénales en droit suisse. Néanmoins, et cela est révélateur des susceptibilités fédéralistes, le Constituant a maintenu la compétence d'organisation judiciaire au niveau des cantons.

Actuellement, le droit suisse connaît vingt-neuf codes de procédure pénale (vingt-six cantonaux et trois fédéraux), auxquels s'ajoutent encore diverses règles de procédure qui découlent de la convention européenne des droits de l'homme ou qui ont été développées par le Tribunal fédéral. Or, une procédure pénale conforme aux principes de l'Etat de droit doit satisfaire en permanence aux exigences non seulement de la convention européenne des droits de l'homme, mais également de la jurisprudence constitutionnelle du Tribunal fédéral. L'objectif du projet de réforme « De 29 à l'unité... en route... » est de fusionner cette diversité dans un seul code de procédure pénale applicable à l'ensemble du territoire suisse.

---

<sup>34</sup> Pour les travaux préparatoires, voy. le message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996, Feuille fédérale, FF 1997 I 1.

<sup>35</sup> Voy. loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral du 4 octobre 2002, Recueil systématique de la législation fédérale, RS 173.71.

Le morcellement du droit de procédure constitue de nos jours un obstacle à une lutte efficace contre la criminalité. Après avoir renforcé le droit pénal matériel en définissant de nouvelles infractions couvrant les phénomènes les plus récents du crime organisé et d'autres formes complexes de criminalité économique, le Conseil fédéral suisse s'est engagé dans la voie de l'unification de la procédure pénale suisse. Comme mentionné ci-dessus, le projet de réforme de la justice a attribué à la Confédération la compétence d'unifier le droit de la procédure pénale dans l'ensemble de la Suisse. Conformément à la devise « de 29 à l'unité », cette base constitutionnelle permettra la création d'un code fédéral de procédure pénale, applicable de manière simple et rapide par-delà les frontières cantonales. Il s'agira là d'une contribution fondamentale au renforcement de la lutte contre la criminalité.

En juin 2001, le Conseil fédéral suisse a ouvert une procédure de consultation portant sur un projet de code de procédure pénale suisse et sur une procédure pénale des mineurs, sur la base des travaux menés par une Commission d'experts et d'un avant-projet de code de procédure pénale suisse rédigé par un expert indépendant, le professeur Schmidt (avant-projet Schmidt). Au cours de la consultation, l'idée d'une procédure pénale fédérale s'est imposée et la proposition a reçu un accueil favorable <sup>36</sup>. En juillet 2003, le Conseil fédéral a chargé le Département de justice et police de remanier les projets relatifs à la création d'un code de procédure pénale suisse et d'élaborer un message à l'intention du Parlement d'ici à la fin de l'année 2004. Le message n'a pas encore été finalisé à ce jour et devrait être adopté à l'automne 2005, avec des perspectives d'adoption et de mise en vigueur d'ici à 2010.

Le cadre de cette contribution ne se prête pas à une discussion des modalités d'harmonisation des différents codes de procédure pénale ni des options et modèles choisis pour réaliser cette unification. Néanmoins, il paraît utile de rappeler ici les quelques arguments principaux qui sous-tendent ce grand projet de réforme. Comme nous l'avons déjà vu, l'argument central est celui d'une lutte plus efficace contre les formes modernes de criminalité. Néanmoins d'autres motivations sont également intervenues dans le processus de réflexion.

Un élément important et non négligeable, qui a peut-être conduit à faire mieux accepter l'idée d'une harmonisation, est le rapprochement progressif des grands éléments du procès pénal à travers la jurisprudence fondamentale de la Cour européenne des droits de l'homme et celle du Tribunal fédéral suisse <sup>37</sup>. Ce processus de rapprochement à travers la jurisprudence a favorisé l'achèvement du processus d'unification déjà engagé dans les faits par l'instauration d'un code de procédure pénale unifié. On notera aussi qu'un tel code offrira davantage de sécurité juridique et

---

<sup>36</sup> Pour une synthèse des résultats de la procédure de consultation, voy. le rapport en ligne à l'adresse suivante : <http://www.ofj.admin.ch/themen/stgb-vstrafp/ve-ber-f.pdf>

<sup>37</sup> Un excellent ouvrage donne une vue d'ensemble de cet important corpus de jurisprudence de la CEDH à l'égard de la Suisse : HOTTÉLIER, M., MOCK, H. & PUÉCHAVY, M., *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2005, 273 p.

d'égalité devant la loi, une meilleure application du droit fédéral, la règle de procédure étant mieux assortie à la règle de fond. D'autres aspects relèvent de la recherche et de l'enseignement et d'une meilleure mobilité pour les praticiens <sup>38</sup>.

Des années risquent encore de s'écouler avant de voir ce grand chantier de l'espace pénal suisse réalisé. Néanmoins, ce qui nous intéresse ici, c'est le processus et ses justifications. Et ce projet d'unification est assez révélateur du besoin d'harmoniser et d'unifier les standards de la procédure pénale à une époque où le crime ne connaît plus les frontières.

## 7. Conclusions

Comme le professeur Roth le relevait à juste titre dans une de ses contributions sur le sujet, les réformes lancées ces dernières années ont profondément modifié le paysage de l'espace pénal suisse, mais ont surtout révélé « qu'une fois lancé, le navire de la réforme et de la centralisation des pouvoirs en procédure pénale ne s'arrête pas » <sup>39</sup>. En suivant son raisonnement, on peut prévoir que le maintien de la distinction entre procédure pénale et organisation judiciaire « 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 » <sup>40</sup>.

Pour reprendre cette image, le navire suisse a été mis à flot par paliers successifs, se dotant de meilleurs moyens pour braver la tempête et les nouvelles menaces de notre époque. Le processus qui a conduit à cette prise de conscience et à la réalisation de ces importantes réformes a été parsemé d'embûches et a duré longtemps. En référence à l'Union européenne, ce qu'il importe de retenir, c'est que la création d'un espace pénal homogène est un travail de longue haleine qui demande de la patience, mais également que les citoyens prennent conscience de l'intérêt pour eux d'un tel processus.

L'espace de liberté, de sécurité et de justice est encore jeune et force est de constater, comme observateur extérieur, les grands progrès déjà accomplis. Confrontée aux exigences quotidiennes de la lutte contre la criminalité transfrontalière, l'Union européenne développera son propre modèle d'espace pénal, sur la base d'un savant équilibre entre rapprochement du droit matériel et de procédure et approfondissement du principe de la reconnaissance mutuelle. A l'une ou l'autre étape du processus, peut-être les expériences d'autres Etats – dont celle, singulière, de la Suisse – seront-elles une source d'inspiration utile.

---

<sup>38</sup> Pour un argumentaire complet, voy. le rapport de la Commission d'experts, « De 29 à l'unité : Concept d'un code de procédure pénale fédérale », disponible sur internet à l'adresse suivante : <http://www.ofj.admin.ch/themen/stgb-vstrafp/a29m1-f.pdf>

<sup>39</sup> Voy. sur ce point, ROTH, R., *op. cit.*, p. 283.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 283.

# Mutual trust and Mercosur integration in South America <sup>1</sup>

John A.E. VERVAELE

## 1. Introduction

During the 19<sup>th</sup> century, at the time of the formation of nation States, numerous attempts were made to form a large, strong Latin American nation, all of which failed as a result of internal tension and differences <sup>2</sup>. The first foundation for a free trade zone was laid in recent history in 1960 in the Montevideo Convention. The Latin American free trade zone <sup>3</sup> (LAFTA) developed into a zone comprising ten South American countries and Mexico. This economic cooperation can easily be compared with the current North American free trade zone NAFTA between the US, Canada and Mexico <sup>4</sup>. LAFTA did not prove to be very successful. Negotiations soon foundered over the harmonisation of customs tariffs. The arbitration scheme for conflict resolution lacked the strength needed to withstand the political differences between the States Parties. In addition, the countries in the economic middle bracket and below feared the economic trade domination of Argentina, Brazil and

---

<sup>1</sup> For an elaborated version on this topic, see VERVAELE, J.A.E., “Mercosur and regional integration in Latin America”, *The International and Comparative Law Quarterly*, The British Institute of International and Comparative Law, March-April 2005, p. 387-410.

<sup>2</sup> See, e.g., the attempts made by Simon Bolivar, who succeeded in uniting the territories of what are now Ecuador, Colombia, Venezuela and Panama into what he termed “Nueva Granada”.

<sup>3</sup> LAFTA in English, ALALC in Spanish.

<sup>4</sup> North American Free Trade Agreement, entered into force on 1 January 1994.

Mexico<sup>5</sup>. Against this background the Pacto Andino was created, by which Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador and Peru under the 1969 Cartagena de Indias Agreement transferred certain powers to a common supranational structure. For the most part, the Comunidad Andina was a copy of the EC, both institutionally and substantively. Even the structure and powers of the European Court of Justice were copied, including the power to refer matters for a preliminary ruling<sup>6</sup>. However, the States Parties were not prepared to accept the binding effect of Andino law. This meant that every individual decision had to be ratified and transposed into national law and could only become binding after ratification by all States Parties. This process of incorporation led to frustration among the partners and Chile's withdrawal in 1976 was the deathblow. Interest in the free trade zone was revived and LAFTA was transformed into the Latin American Association for Integration (LAIA)<sup>7</sup>.

## 2. Mercosur: genesis and objectives

During the second half of the 1980s negotiations started between Brazil and Argentina, the two major players on the continent, concerning regional community integration. It was intended to deepen further the integration process starting from LAIA as the *acquis*. The negotiations resulted in the 1991 Treaty of Asuncion (hereinafter: TA). The economically highly dependent countries of Uruguay and Paraguay also acceded. During the course of the 1990s Bolivia and Chile became associated members<sup>8</sup> based on an agreement concerning the free trade zone with Mercosur<sup>9</sup>. Mercosur is based on an international treaty establishing intergovernmental institutions and laying down objectives which all sound quite familiar: the realisation of a customs union and a common market, linked to the four freedoms. It also has common policy areas and the accompanying harmonisation. As such it is an intergovernmental structure with a community integration project in mind, in short, quite definitely not limited to a free trade association.

Article 1 TA provides for a transitional period until the end of 1994 for the realisation of a common market. The common market comprises the customs union, the four freedoms and the coordination of policy in the field of agriculture, fiscal and

---

<sup>5</sup> Here, too, history appears to repeat itself. Free trade within NAFTA is heavily complained about in Mexico at the moment, especially as regards the lack of compensating measures comparable to, e.g., the structural funds in the EC, in order to lessen the structural differences among the participants and thereby guarantee loyal competition.

<sup>6</sup> See GARCIA-AMADOR, F.V., *The Andean Legal Order*, New York, Oceana Publications, 1978.

<sup>7</sup> ALADI in Spanish. LAIA/ALADI currently has its headquarters in Montevideo.

<sup>8</sup> With Peru, negotiations on this are ongoing. Venezuela has indicated that it wishes to open negotiations.

<sup>9</sup> See CMC 14/96 concerning their participation in the working groups. Many decisions between the Mercosur States Parties are separately declared binding upon the associated members, not only in the field of economic integration, but also with respect to justice and security (see *infra*).

monetary matters, foreign trade, etc. In addition, Article 1 expressly provides for the necessary harmonisation of the legislation of the States Parties <sup>10</sup>.

It soon became apparent that the agreed time frame, namely the period between 1991 and 1994, was much too short to be able to achieve these goals. The elimination of the internal trade barriers for the purpose of the customs union and the realisation of a common external customs tariff proved much more difficult than expected <sup>11</sup>. In 1993 Mercosur <sup>12</sup> decided to abandon the date, without however abandoning the actual goal of creating the customs union and the common market. These are now sought to be in place by 2006.

### 3. The institutional structure of Mercosur <sup>13</sup>

Even though where content is concerned Mercosur strongly resembles the EEC in its early stages, from an institutional perspective the differences are striking. Based on Article 18 TA the institutional structure of Mercosur is further determined in the 1994 Protocol of Ouro Preto (hereinafter: POP) <sup>14</sup>. Article 3 POP qualifies the Consejo del Mercado Común (CMC) as the highest political organ. It consists of the Ministers for Foreign Affairs and the Economy and of the Meetings of the Heads of State. The CMC is also authorised to arrange new meetings of ministers and has made ample use of this competence. Besides the Meetings of the Ministers of Agriculture and Industry there are now also Meetings of the Ministers of Justice, the Interior and Social Affairs. In short, the competence of the CMC <sup>15</sup> may be compared to that of the Council of Ministers and the European Council in the EU Treaty. The Grupo del Mercado Común (GMC) is without doubt the executive branch of Mercosur (Article 10 POP). The GMC runs all working groups, *ad hoc* groups and specialised meetings concerning agricultural matters, the harmonisation of technical product norms, the environment, financial services, border control, tourism, etc. The Comisión del Comercio del Mercosur (CCM) falls under the GMC (Article 16 POP). It has competence <sup>16</sup> in

<sup>10</sup> The TA speaks of States Parties instead of Member States.

<sup>11</sup> See hereon section 6.

<sup>12</sup> CMC 02/93.

<sup>13</sup> For an up to date organisation chart see <http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>. For comments, see RUIZ DIAZ LABRANO, R., *Mercosur. Integración y derecho*, Buenos Aires, Intercontinental Editora, 1998; DROMI, R., EKMEKDJIAN, M.A., RIVERA, J.C., *Derecho Comunitario. Sistemas de Integración. Regimen del Mercosur*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995; BAPTISTA, L.O., *O Mercosul suas Instituições e Ordenamento Jurídico*, Sao Paulo, Editora Sao Paulo, 1998; OLDEKOP, G., *La Integración y sus Instituciones*, Buenos Aires, 1997; CALDANI, C. & ANGEL, M., *Integración Europea y Mercosur*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001; CALDANI, C., *La Filosofía del Derecho en el Mercosur*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997; GALEANO PERRONE, C., *Ordenamiento jurídico del Mercosur*, Asunción, 1995; CALDANI, C. & ANGEL, M., *Integración, Unión Europea y Mercosur*, Buenos Aires, 2001; PÉREZ GONZÁLEZ, *Desafíos del Mercosur*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

<sup>14</sup> For a detailed explanation see RUIZ DIAZ LABRANO, R., *op. cit.*

<sup>15</sup> See Article 8 POP.

<sup>16</sup> See Article 19 POP.

specialised economic issues, like competition, procurement, customs, consumer protection, etc. The CMC further deals with complaints in these areas from States Parties and private parties<sup>17</sup>.

The CMC, GMC and CCM make decisions that are binding on the States Parties. Binding secondary Mercosur law consists of CMC decisions, GMC resolutions and CCM directives (Articles 41 and 42 POP). The right of legislative initiative is exclusively in the hands of the States Parties which may submit proposals in the CMC, GMC or CCM. Mercosur also has several institutions with purely advisory powers, such as the Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) and the Foro Consultivo Económico Social (FCES). The CPC has an important advisory function with respect to the harmonisation of legislation. Finally, Mercosur has an administrative secretariat (SAM) with its headquarters in Montevideo. Its powers, however, are rather weak (see Article 3 and f. POP) and purely supporting. The SAM has no executive power, let alone any initiating legislative power. The SAM can therefore in no way be compared with the European Commission in the EC Treaty or EU Treaty. It is a supporting secretariat which organises meetings and handles documentation. In 2002 it was decided to expand the administrative secretariat and turn it into a technical secretariat<sup>18</sup>.

#### 4. The legal character and legal effect of Mercosur law

The majority of authors agree that the organic structure of Mercosur, as elaborated in chapter II of TA is an intergovernmental organisation with community objectives, but not a supranational organisation<sup>19</sup>. The intergovernmental character also emerges from the division of powers between the Mercosur organs and the weak position of the SAM. However, Mercosur remarkably does possess legal personality (Article 34 POP) enabling the CMC to conclude treaties on its behalf.

Article 38, taken together with Article 42 of the Protocol, lays down various obligations for the States Parties. The decisions of the CMC, the resolutions of the GMC and the directives of the CCM are all binding on the States Parties<sup>20</sup>. All decisions are taken unanimously (Article 37 POP)<sup>21</sup>. Binding does not mean incorporated in domestic law and thereby a source of rights and duties for legal subjects. In short, the legal instruments of Mercosur have no direct effect whatsoever. Based on Article 42 POP, all States Parties are under the obligation to incorporate binding Mercosur decisions, to the extent of course that they need to be incorporated

---

<sup>17</sup> See Procedimiento general para reclamaciones ante la CMC, Annex to the Protocolo of Ouro Preto. See also section 6 of this article.

<sup>18</sup> CMC 16/02. See also <http://www.mercosur.org.uy/pagina1esp.htm>

<sup>19</sup> For a detailed explanation, see RUIZ DIAZ LABRANO, R., *op. cit.*

<sup>20</sup> Article 42 speaks of “carácter obligatorio”.

<sup>21</sup> For an overview of Mercosur law, see <http://www.mercosur.org.uy>. This source does not, however, shed any light on the degree of implementation and/or entry into force. For this, see <http://www.mercosul.org.uy/pagina1esp.htm>.

in domestic law<sup>22</sup>. Article 38 POP in addition includes a provision concerning loyalty to Mercosur comparable to Article 10 of the EC Treaty. Article 42 further provides that incorporation is to take place in accordance with the internal procedures of every State Party. All States Parties that ratify and incorporate have to notify the SAM. After the final notification the SAM informs the States Parties, within thirty days of which the rules in question will simultaneously enter into force in all States Parties<sup>23</sup>. Despite the strong intergovernmental influence, both in the adoption of decisions and in their entry into force, the importance of the community objectives in the TA must not be underestimated. In a dispute between Argentina and Brazil concerning the free movement of goods, quantitative restrictions and measures having equivalent effect, the non-entry into force of the customs union and the common market – argued by Brazil – was rejected by the court of arbitration<sup>24</sup>. A State Party is not allowed to suspend or undermine the community objectives, even if these have only been partly realised. It is interesting to note that the decision<sup>25</sup> frequently refers to European Community case law and uses concepts like interpretation in accordance with the treaty, effectiveness (*effet utile*), etc. In the organisation of Mercosur a conscious choice has been made in favour of intergovernmental arbitration instead of for a supranational jurisdictional authority<sup>26</sup>. Mercosur arbitration is regulated in the 1991 Protocol of Brasilia (PB)<sup>27</sup>, which has Article 43 POP as its legal basis. Article 43 POP also determines the subject-matter jurisdiction of the arbitration panel, namely concerning the interpretation, application or non-fulfilment of Mercosur law, i.e. both primary and secondary Mercosur law. The arbitration system is only open to States Parties. Mercosur organs and private parties do not have access to the arbitration system.

### 5. Realisation of the Mercosur objectives

The aim of Article 5 TA, namely the elimination of tariff-related and non-tariff-related customs obstacles and the realisation of a common external customs tariff, was only achieved in 1995, i.e. one year after the deadline, and was moreover only partially successful. All States Parties were granted hundreds of exceptions and at this point the transitional periods for a number of products and customs procedures will not end until 2006. The States Parties may furthermore invoke a safety clause when the import of a certain product shows a dramatic increase implying possible dumping.

---

<sup>22</sup> For example, decisions concerning the internal organisational structure of Mercosur do not need incorporation.

<sup>23</sup> Certain decisions provide for early entry into force as between the ratifying States.

<sup>24</sup> Concerning arbitration, see section 6.

<sup>25</sup> Laudo 1 Comunicados Decex, *Argentina v. Brazil*, 1999.

<sup>26</sup> This choice has been labelled regrettable in the literature. See, e.g., RUIZ DIAZ LABRANO, R., *op. cit.* and DROMI, R. *et al.*, *op. cit.*

<sup>27</sup> See also CMC 17/98 for its application.

The customs union <sup>28</sup> has therefore been partly erected and currently applies to around 90% of products. It remains a problem, however, that States make structural use of the safety clause and temporarily bar the entry of certain products by means of high customs tariffs. For this reason, the trade in cars, electronic equipment, chemicals, etc. is as yet far from liberalised. Further problems constantly occur involving all kinds of levies and contributions invented by the States Parties and of course involving double health certificates for agricultural products. European lawyers will be struck by a sense of *déjà vu*, calling to mind historical case law concerning the free movement of goods and the customs union. In Mercosur, however, trade conflicts are often more serious and also more often directed by the States themselves. During the eighties and nineties Argentina drastically liberalised and privatised its economy, while Brazil continued to adhere firmly to a mixed economic model. Soon instances of unfair competition and subsidised trade occurred. On the other hand it was Brazil that devalued its currency during the nineties, while Argentina clung to parity with the dollar. Argentina was forced to protect its much more expensive products on the domestic market against the import of cheap Brazilian products. All this led to serious trade conflicts in the automobile market <sup>29</sup> and in the sugar and grain markets <sup>30</sup>. Brazil has meanwhile become an important manufacturer of cars and it is no coincidence that sugar and grains are products of which both Brazil and Argentina monopolise the production globally. The service sector is still very much closed, although intense trade disputes have by now also arisen in the telecommunications sector <sup>31</sup>.

All this, however, does not alter the fact that a significant body of Mercosur law has by now been developed and that there is clearly a policy of harmonisation in a number of areas, such as for example agriculture and customs. In addition to this the partial entry into force of the customs union has resulted in a fivefold increase in internal trade within Mercosur <sup>32</sup>.

## 6. Judicial cooperation within Mercosur

Judicial cooperation is not expressly included in the Treaty, either as an objective or as an instrument. Nevertheless, judicial cooperation within Mercosur, both in the private law and the criminal law sense, has been an important priority from the start. Not only does this appear from the Protocols that have been concluded, but also from

---

<sup>28</sup> TATE, J.M., "Sweeping Protectionism under the RUG. Neoprotectionist measures among Mercosur Countries in the time of trade-liberalization", *Ga. J.Int'l & Comp. L.*, 27, 1999, p. 389. See also TULCHIN, J.S., e.a., *Paths to regional integration: the case of Mercosur*, Washington DC, Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2002, 31.

<sup>29</sup> SORENSEN, S.P., "Open Regionalism or Old-fashioned Protectionism? A Look at the Performance of Mercosur's Auto Industry", *Miami Inter-Am. L. Rev.*, 30 U, 1998, p. 371.

<sup>30</sup> See MAKUC, A., "Multilateral Trading System and Regional Integration", *Fla. J. Int'L.*, 13, 2000, p. 59.

<sup>31</sup> For the current state of affairs, see TULCHIN, J.S. *et al.*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>32</sup> For detailed economic data, see COFFEY, P., *Latin America-Mercosur*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1998.

the fact that some of the more important Protocols have already entered into force. As early as 1991 the CMC established the Assembly of Ministers of Justice<sup>33</sup>. On impulse from the Ministers of Justice various regional Mercosur agreements were elaborated in the field of private international law, cross-border civil procedural law and international criminal law. In 1996 the Assembly of Ministers of Home Affairs was created<sup>34</sup>. Over the past few years, these Ministers have been very active in the field of police cooperation and intelligence. The recommendations of the Assemblies are submitted to the CMC which practically always approves them in the shape of binding decisions.

In the field of private law<sup>35</sup> one of the first main results of the Justice Assembly was the 1992 Protocol of las Leñas<sup>36</sup>. This Protocol concerning judicial cooperation in civil and commercial matters, employment questions and administrative affairs was clearly inspired by the 1968 Brussels Convention<sup>37</sup>. The Protocol deals with both the mutual recognition of judgments concerning the private law interests of affected parties (i.e. with the exception of criminal law judgments) and the letters rogatory for obtaining evidence. In 1994 the Protocol of Buenos Aires concerning international jurisdiction with respect to contract law<sup>38</sup> was adopted, providing priority rules for determining jurisdiction. Also relevant are the Protocol of Ouro Preto as regards provisional measures<sup>39</sup> and the Protocol of Santa Maria<sup>40</sup> as regards international jurisdiction in consumer protection cases. In addition, regulations concerning cross-border legal assistance were approved in 2000<sup>41</sup>.

When Mercosur was established, matters of international criminal law were mostly dealt with in bilateral treaties. In 1992 the multilateral Treaty of Nassau concerning mutual legal assistance<sup>42</sup> was approved in the OAS. However, this Treaty was only ratified by a few States<sup>43</sup>. A regional legal assistance protocol along the

---

<sup>33</sup> CMC 7/91. This instrument was supplemented with an internal regulation 94/009 concerning the methods and establishment of technical working groups.

<sup>34</sup> CMC 7/96.

<sup>35</sup> See DREYZIN DE KLOR, A., *El Mercosur; generador de una nueva fuente de derecho internacional privado*, Buenos Aires, Zavalia, 1997 and TELECHEA BERGMAN, E., "La cooperación jurídica internacional en el Mercosur", in *Mercosur. Balances y Perspectivas*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 111-133.

<sup>36</sup> CMC 5/92 Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, entered into force in March 1996.

<sup>37</sup> *OJ*, n° L 319, 25 November 1988, now implemented in Community law by means of Council Regulation (EC) 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ*, n° L 12/1, 16 January 2001, p. 1-23.

<sup>38</sup> CMC 1/94.

<sup>39</sup> CMC 27/94.

<sup>40</sup> CMC 10/96.

<sup>41</sup> CMC 49/00, Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y asistencia jurídica gratuita entre los estados partes del Mercosur.

<sup>42</sup> <http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/a-55.html>

<sup>43</sup> None of the Mercosur States have ratified this treaty.

lines of the private law conventions was subsequently negotiated within Mercosur<sup>44</sup>. In 1996 the Protocol of San Luis concerning judicial cooperation in criminal matters was adopted<sup>45</sup>. Notably, this Protocol has been ratified and incorporated by all States Parties and is in force as of 2001<sup>46</sup>. In 2002, a supplementary agreement<sup>47</sup> standardised the documents for requests for mutual legal assistance. At least according to European standards, this legal assistance protocol is a classic, although on some specific points it is surprisingly different<sup>48</sup>. Requests for mutual legal assistance, for the exchange of information, for the performance of investigative acts (e.g. the questioning of witnesses), for the temporary transfer of persons within the framework of criminal proceedings, etc., can be made by any judicial authority<sup>49</sup> and the judicial authorities of the requesting State may also be present at the fulfilment of the request for mutual legal assistance in the requested State. It is not required that the principle of double criminality be fulfilled. Requests for proactive investigative acts or the use of special investigative methods, such as infiltration, controlled supply, etc., have not been included in the Protocol. The requests are dealt with between the central authorities of the States Parties. The classical royal route is not used<sup>50</sup>, therefore, but neither is there direct cooperation between the enforcement authorities themselves. Furthermore, the central authority for this Mercosur protocol is not automatically the same central authority as for the bilateral treaties. The authority for Mercosur in Argentina, for example, is part of the Ministry of Foreign Affairs. The Protocol includes a duty to cooperate, but it has been watered down by a classic series of exceptions, like exceptions for military, tax, and political offences or violations of public order or security. Worth mentioning is that the *non bis in idem* principle has also been listed as a ground for exception. The execution of the request in the requested State is subject to the *lex locus regit actum* rule, but the requesting State may request the application of special aspects of its law (*lex forum regit actum*) on condition that this does not conflict with the domestic law of the requested State. The requests may also extend to seizure and provisional measures with respect to illegally

---

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ, G.D., *El Mercosur y la regionalización del derecho penal*, Montevideo, 1992.

<sup>45</sup> CMC 2/96. For literature on criminal law legal assistance, see the contributions in CERVINI, R., *Curso de cooperación penal internacional*, Montevideo, Uruguay, 1994 and CERVINI, R. & TAVARES, J., *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>46</sup> CMC 12/01 extends its application to Chile and Bolivia.

<sup>47</sup> CMC 27/02.

<sup>48</sup> For a comparison with private law legal assistance, see TELLECHEA BERGMAN, E., “La cooperación judicial internacional en material penal con especial referencia al ámbito del Mercosur y estados asociados”, *La Justicia Uruguaya*, 126, 2002, p. 3-16.

<sup>49</sup> This broad wording takes account of the differences in the procedural law systems. Not all countries have an examining magistrate and until recently Chile did not even have a public prosecutor's office.

<sup>50</sup> By the royal or diplomatic route is meant that both the Ministry of Justice and the Ministry of Foreign Affairs have to give authorisation.

obtained property, in the framework of the cross-border fight against organised crime and money laundering.

As regards extradition, the Mercosur States Parties have concluded many bilateral treaties, which were mostly ratified before Mercosur's entry into force. The only multilateral treaty, the Inter-American Extradition Convention of Caracas (1981)<sup>51</sup>, has not been ratified widely. For this reason, the Extradition Agreement of Rio de Janeiro (1998)<sup>52</sup> was approved in the framework of Mercosur. This is another classic regulation with a few surprising aspects. The agreement includes a duty to extradite for offences punishable in both States by a maximum of no less than two years' imprisonment. Political and military offences have been made exceptions, but it is expressly provided that war crimes or crimes against humanity, attacks on political authorities and terrorism do not fall under this heading. Military offences are only excepted insofar as they are of an exclusively military character. Tax offences therefore do not come under the exception. Another striking aspect is that the extradition of one's own nationals is the rule, unless a State Party's constitutional provisions determine otherwise. In that case the State in question is not obliged to extradite. Extradition for the purpose of standing trial before *ad hoc* tribunals is also excluded. Moreover, the requesting State Party is not allowed to impose the death penalty or life imprisonment<sup>53</sup>. In such cases the penalty must be limited to the maximum penalty which could be imposed in the State asked to extradite. The procedure is classic and uses the royal route<sup>54</sup>.

The field of customs cooperation<sup>55</sup> has also witnessed due progress. In 1997 an assistance agreement was concluded concerning the prevention and repression of customs infringements. The assistance can be used in the context of both administrative law and criminal law enforcement procedures and the information obtained may be passed on between the administrative and judicial authorities. This is direct assistance, either by request or voluntary, between the mutual customs authorities. The requests may concern the exchange of information, the performance of controls or the special supervision of persons or goods. The assistance cannot be used for the execution of fines, taxes, customs arrears, etc. In 2000<sup>56</sup> the Committee of Customs Directors was

---

<sup>51</sup> See TELLECHEA BERGMAN, E. & ALVAREZ COZZI, C., *Extradición. Normas nacionales y convencionales*, Montevideo, Uruguay, 1997, for a commentary on the bilateral treaties and on the Inter-American Convention.

<sup>52</sup> CMC 14/98. Extended to Chile and Bolivia pursuant to CMC 15/98. These agreements have not yet entered into force.

<sup>53</sup> The provisions concerning *ad hoc* tribunals, the death penalty and life imprisonment may of course be explained by the recent dictatorships in Latin American history, but are also relevant in the light of the negotiations with the US.

<sup>54</sup> For an opinion from the point of view of applicable law, see ANTONINI, M.A., *Ley de Cooperación en material penal. La extradición y la opción*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.

<sup>55</sup> See VAZQUEZ, V.J.C., "El código aduanero del Mercosur y el delito de contrabando", *Revista del Mercosur*, 1988, p. 158 and TOSI, J.L., "Principios de cooperación aduanera", *Revista del Mercosur*, 2001, p. 181.

<sup>56</sup> GMC 87/00.

established, which is to give priority to the fight against smuggling<sup>57</sup>. The action plan for countering customs infringements was approved in 2001<sup>58</sup>. The plan contains a long list of concrete measures, ranging from the introduction of standardised customs controls to the exchange of knowledge in the field of customs intelligence.

In the field of financial regulations and the fight against money laundering<sup>59</sup> the results are less than impressive. There is only a framework agreement between the Central Banks<sup>60</sup>, providing duties to cooperate and obligations to perform to the best of one's ability, but lacking any obligation to establish financial intelligence units<sup>61</sup> or to introduce specific obligations for financial service providers.

The vitality demonstrated over the past few years by the Assembly of Ministers of Home Affairs has no doubt been the main cause of surprise, however. It strongly appears that an *acquis* is being built within Mercosur in the field of police cooperation and intelligence which is similar in many respects to the Schengen *acquis* and the cooperation within the third pillar of the EU, although in this case not with the aim of compensating for the abolition of internal borders. In 1999 an integrated security plan was approved<sup>62</sup>, elaborating the 1998 outlines of this plan<sup>63</sup>. The plan regulates the cooperation between police and security services of the States Parties in the field of the exchange of information and operational cooperation. It also provides for the establishment of an automated database for storing and exchanging information, the SISME<sup>64</sup>. *Ratione materiae* the cooperation is intended to prevent and detect crime, of which the trade in drugs and precursors, terrorism, trafficking in goods and people, vehicle theft<sup>65</sup> and organised crime are specifically regulated<sup>66</sup>, and to serve non-criminal law purposes. This last category comprises migration (forum shopping with respect to visas, political asylum, etc.), transnational protection of the environment and the trade in radioactive materials. Finally, due attention is paid to the common training of police and intelligence officers. The plan further elaborates the *modus operandi* concerning the exchange of data. For example, for terrorism which,

---

<sup>57</sup> GMC 10/01.

<sup>58</sup> CMC 3/01.

<sup>59</sup> BULIT, G., "El lavado de dinero en el Mercosur", *Revista del derecho comercial y de las obligaciones*, 32, 1999, p. 413-444.

<sup>60</sup> CMC 40/00.

<sup>61</sup> Directive 2001/97/EC, *OJ*, n° L 344/76, 28 December 2001.

<sup>62</sup> CMC 22/99 Plan General de Cooperación y Coordinación recíproca para la seguridad regional. This plan replaces the assistance agreement of 1998 and a secret security scheme named "Plan de Seguridad para la Triple Frontera".

<sup>63</sup> CMC 5/98 Plan de cooperación y asistencia recíproca para la seguridad regional en el Mercosur.

<sup>64</sup> Sistema de Intercambio de Información de Seguridad.

<sup>65</sup> See Memorandum in CMC 14/99.

<sup>66</sup> Decisions CMC 8/00 and CMC 10/00 broaden this competence to include economic and financial offences and illegal trade in endangered flora and fauna (CITES-protected species) respectively.

by the way, is not a specific punishable offence in most States Parties, a fast cross-border alerting system has been built into SISME. The access to and security of the SISME database <sup>67</sup> has been further detailed in a number of specific decisions and regulations <sup>68</sup>. The responsible SISME subcommittee is mainly a managing body and a coordinating body with respect to all the specific technical substantive committees (migration, terrorism, etc.). It has no function with respect to data protection. The way the operational cooperation is run remains vague and *ad hoc* agreements between the States Parties are referred to. Special technical working groups have been established under the Assembly of Ministers for topics like “Offences”, “Environment”, “Migration”, etc. In 2001 the cooperation was given further shape and substance and was made operational <sup>69</sup>. Regional operational cooperation was provided for drug trafficking and terrorism in a geographical zone to be agreed later. In addition, liaison officers were going to be appointed in each other’s regions. Finally, a special system for the exchange of information was elaborated with respect to bio-terrorism. In 2002, the training of police and intelligence officers was assigned to a Coordinating Centre for Police Training. The Centre is really a network under revolving chairmanship, rather than a Mercosur police academy.

In 2002, the CMC approved several agreements reached by the Ministers of Home Affairs. Agreement 15/02 provides for the intensified exchange of information concerning cross-border offences committed by means of aircraft. The Agreement applies to nineteen described offences committed with the aid of planes, such as terrorism, trafficking in human beings, smuggling, hazardous substances, counterfeiting, drug trafficking, etc. In addition to the exchange of information, Agreement 17/03 concerning the fight against border corruption also provides for a complaints committee. Agreement 19/02 provides measures in the fight against the cross-border movement of goods posing an environmental risk (including a threat to biodiversity). Finally, Agreement 23/02 provides for cooperation between police and intelligence forces in the fight against terrorism and related offences. This Agreement of Salvador do Bahia, which was negotiated in special technical working groups on terrorism, aims to supplement the classical legal assistance in criminal matters <sup>70</sup> with police assistance and mutual assistance between intelligence agencies. It not only regulates the exchange of information, but also the joint cross-border *ad hoc* operations. The initiative for this has to come from a recognised authority and the terms (time span, powers, geographical area, etc.) have to be established per *ad hoc* operation <sup>71</sup>. Other States <sup>72</sup> may participate in these operations, but only as observers.

---

<sup>67</sup> CMC 13/99 Reglamentos internos de la subcomision de seguimiento y control y de la comision administradora del sistema de intercambio de informacion Mercosur, Bolivia y Chile, including Annex III – Mercosur/RMI/Acuerdo 14/99 Reglamento interno comision administradora del SISME.

<sup>68</sup> CMC 18/00 and 19/00.

<sup>69</sup> CMC 13/01.

<sup>70</sup> See *supra*.

<sup>71</sup> Note the parallels with the Council framework decision concerning joint investigation teams, *OJ*, n° L 162, 20 June 2002.

<sup>72</sup> This is mainly intended for the law enforcement and intelligence agencies of the US.

A striking aspect is that this does not concern cross-border investigative acts, but rather police intelligence in the fight against terrorism. Neither “intelligence”, nor “terrorism” has been further defined and the boundaries between intelligence and law enforcement have been completely erased here <sup>73</sup>. During the Assembly of Ministers of June 2003 the CMC <sup>74</sup> widened the scope of application of the regional security scheme to include tobacco smuggling, theft of goods and imitation of goods and has introduced special measures against cross-border cattle smuggling.

Mercosur has thus adopted far-reaching operational measures, but has done so without first harmonising the underlying criminal (procedural) law <sup>75</sup>. Are the States Parties of the opinion that the Treaty of Asuncion does not provide the necessary legal basis for this? Quite the opposite, the prevailing view is that Article 1 TA includes this legal basis. Recital 2 of the legal assistance (criminal matters) agreement of San Luis <sup>76</sup> also expressly refers to the States Parties’ compromise to harmonise their internal laws with a view to the common objectives established. In a decision of 2001 <sup>77</sup> the CMC assigned a study on the provisions on terrorism in the Mercosur States as compared to the legislation of other countries on the American continent and in Europe. Also in 2001, the CMC <sup>78</sup> decided to elaborate measures for the harmonisation of provisions and penalties concerning smuggling and imitation goods. It therefore looks as if criminal law harmonisation, especially of substantive criminal law, will pick up in the coming years <sup>79</sup>. Meanwhile, the Mercosur States have already harmonised a number of offences, such as corruption and money laundering, but this took place based on international obligations assumed in the context of the UN or the OAS. Over the past decade, criminal procedural law in Latin America and in the Mercosur States Parties has been modernised considerably <sup>80</sup>. It has proved to be possible, following periods

---

<sup>73</sup> In the US, the Patriot Act (post-11 September anti-terrorism legislation) has nearly completely eliminated the division between the intelligence services and enforcement bodies (PL 107-56, 2001 HR 3162) and several European countries have to a certain extent followed this example.

<sup>74</sup> CMC 05/03.

<sup>75</sup> In contrast, see ALVAREZ, A.E., “L’internationalisation du droit pénal. L’exemple du Mercosur”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1999, p. 741-754.

<sup>76</sup> CMC 2/96.

<sup>77</sup> CMC 13/01.

<sup>78</sup> CMC 3/01.

<sup>79</sup> The need for harmonisation is also recognised by the regional forum for criminologists and criminal law lawyers, see Primeiro Fórum de Criminologia e Política Criminal do Mercosul, Portalegre, 1998, tópico 4 “Cooperação criminológica-penal internacional”, in CERVINI, R. & TAVARES, J., *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, São Paulo, Brasil, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 40. See also ALBERTO GONZÁLEZ, C., “La necesidad de armonizar una Justicia Penal transfronteriza en el Mercosur ante el auge del crimen organizado”, *Revista del Mercosur*, 1998, p. 18-85.

<sup>80</sup> See MAIER, J.B.J., AMBOS, K. & WOISCHNIK, J., *Las Reformas Procesales Penales en América Latina*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.

of dictatorship, to organise the criminal procedure system in a constitutional way and to provide the right to be heard in procedures based on the principle of immediacy and thereby to abolish the written and secret prosecution procedures before, sometimes, single judges. By the reform the public prosecutor's office has also been strengthened and organised constitutionally. Remarkably, though, the reforms have not addressed aspects of cross-border cooperation in criminal matters or international criminal law<sup>81</sup>. Still, some<sup>82</sup> already dare to dream of common criminal law jurisdiction within Mercosur.

## 7. Conclusion

Mercosur is an intergovernmental organisation<sup>83</sup>, with community objectives, which is directed from the political centres of the States Parties and is therefore greatly dependent upon the political economic cycles in the States Parties. In the short term, this can be an advantage for safeguarding the political feasibility of the project, but in the medium term it is manifestly disadvantageous. Regional integration is not always a path strewn with roses and conflict among States, among private entities, be they natural or legal persons, and among private individuals and national and/or regional authorities forms an integral part of regional integration. It is essential that these parties be given the necessary tools and autonomy to enforce their rights. This of course presumes that they are able to invoke the integrated rules and have access to legal remedies which they can use to have their cases decided by an impartial and independent body competent to impose binding decisions on the parties. The history of European integration proves that the Member States alone are unable to realise the regional integration and that a purely intergovernmental model does not suffice. That is not to say that a strong supranational organisation with supranational jurisdiction has to be created at any cost and at once. It is important, however, that some kind of common administration is established, in which national and regional authorities give shape and content to the regional integration through a system of checks and balances. It is also important that an independent body with judicial authority is able to cut knots and take decisions on principles, independent of the economic or political interests of the parties.

Against this background it is clear that Mercosur is struggling with the dilemma between community objectives and intergovernmental instruments. The position of the SAM is very weak and the right to introduce legislation is exclusively in the hands of the States Parties. The entry into force of Mercosur law is too complex and too dependent upon internal procedures and agendas in the States Parties. Because of the

---

<sup>81</sup> In Latin America, this branch of the law is practised exclusively by lawyers who specialise in international law or private international law.

<sup>82</sup> CERVINI, R. & VIANA GARCIA, C., "Reflexões sobre um eventual Tribunal Penal Comunitario no Ambito do Mercosul", *Revista da Academia Brasileira de Direito Criminal*, 1/1, 2000, p. 56.

<sup>83</sup> HAINES-FERRARI, M., "Mercosur: A new model of Latin American integration?", *Case Res. J. Int'l L.*, 5, 1993, p. 413.

non-recognition of the direct effect of Mercosur law the legal subjects' position in domestic law is weak. Mercosur law provides no instruments for forcing compliance either by the States Parties, by Mercosur institutions or by legal subjects. In short, the parties who could ensure the autonomy of Mercosur law<sup>84</sup> are not given much leeway under the intergovernmental structure. It is clear that still a lot of mutual trust is lacking between the States. They are afraid to give away national autonomy to the Mercosur institutions and make of them full supranational institutions instead of intergovernmental bodies. For the moment being there is no trust enough to build out the SAM secretariat into something similar to the European Commission. Another problem linked to insufficient mutual trust is the weak incorporation of Mercosur norms in the domestic legal orders of the States. States should give to the Mercosur instruments not only binding legal effect, but also direct effect.

On the other hand, the Mercosur *acquis* as it was built up over the past decade is not without meaning. With respect to the customs union and the common market significant progress has been made. These are also the areas where the arbitral awards, which are comparable to important case law of the European Court of Justice as regards content and purport, have had an influence. Notable too is the fact that, despite the as yet only partial realisation of the customs union, considerable action has already been taken in the field of positive integration. Mercosur law is developing rapidly and the tentative outlines of, for example, Mercosur environmental law, are becoming visible. The same is true of the harmonisation of competition law, trademark law, etc. The States Parties are also aware of the *acquis* that has been built up and do not wish to see it undermined, for example, by *a posteriori* international agreements<sup>85</sup>. However, realism is in order here. The free movement of persons, services and capital is still in its infancy.

The most striking aspect is no doubt that with an incomplete customs union and a common market still waiting in the wings considerable progress has been made in the field of judicial cooperation in civil, criminal and security matters. The dynamism displayed by the Ministers of Justice and of Home Affairs seems to exceed that of the economic Ministries. Within a relatively short time an impressive *acquis* has been elaborated, not only with respect to the regulation of judicial cooperation, but also with respect to immigration, information management and joint operational competence. A cause for concern is no doubt that these developments are insufficiently linked with the political rights of citizens and therefore remain separate from Mercosur citizenship. Moreover, they are not at all embedded in any setting of human rights<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> PALACIO DE CAEIRO, S.B., "El derecho administrativo del Mercosur", *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, 2002, p. 131-147.

<sup>85</sup> CMC 32/00 provides that States Parties cannot conclude new bilateral agreements in the field of external trade relations and thereby confirms the exclusive competence of Mercosur in this area.

<sup>86</sup> PIERINI, A., "Derechos Humanos en el Mercosur, Archivos del Presente", *Revista Latinoamericana de temas internacionales*, 2, 2000, p. 145-152; CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur", in *Principios del procedimiento administrativo de los organos del Mercosur, Actualidad en el Derecho Publico*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, p. 25.

– as guaranteed by the Inter-American Convention of Human Rights – or to references of general principles of Mercosur law. The States Parties, partly due to the pressure of the post-11 September context, seem determined to keep adding to the judicial area. We do see here an increasing mutual trust between the States and between some actors of the law enforcement system, especially the police forces and the intelligence agencies. They have been able to build out a common security policy, both in theory and practice.

In my opinion, this example of mutual trust is rather an example of corporate mutual trust between some security actors of the State, which is not enough to establish mutual trust, *fides in res publica*. We do not need only mutual trust between the States and between all actors of the criminal justice system, including the judiciary, but foremost mutual trust of the citizens in their and in each other criminal justice systems. Trust of the citizen in the efficiency of the criminal justice system and trust in the respect of due process and of the rule of law are substantive parts of a common area of freedom, security and justice. Citizens want to enjoy their freedoms in the common area, want to live in peace and in security and want also a criminal justice system embedded in European shared values of the rule of law and due process.



# Conclusions

Gilles DE KERCHOVE

La confiance que les Etats membres, leurs fonctionnaires, leurs policiers et leurs magistrats, éprouvent les uns envers les autres est, assurément, l'ingrédient principal de la réalisation de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

La nécessité d'une confiance mutuelle entre les acteurs de cet espace n'est certes pas nouvelle. Daniel Flore montre qu'elle fondait déjà les instruments de coopération dans le cadre du Conseil de l'Europe. Elle revêt cependant une acuité particulière à la suite des décisions prises par le Conseil européen, en 1999 à Tampere et en 2004 à Bruxelles lors de l'adoption du programme de La Haye, de soumettre la coopération judiciaire pénale et la coopération policière, respectivement, à deux approches radicalement nouvelles. Il s'agit du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires d'une part, du principe de disponibilité des informations policières, d'autre part.

Ces deux principes s'inscrivent dans la logique de la notion constitutionnelle d'espace que le traité d'Amsterdam a inscrite dans le traité sur l'Union européenne. Opérant un véritable changement de paradigme, la notion d'espace conduit, en effet, à substituer à une coopération entre Etats souverains des relations directes entre policiers et magistrats au sein d'un espace commun. Serge de Biolley relève le double mouvement de judiciarisation et de juridicisation de la relation qu'entraîne ce partage de souveraineté.

Qualifié de pierre angulaire de la coopération judiciaire, le principe de reconnaissance mutuelle a fait l'objet de plusieurs concrétisations : les décisions judiciaires tendant à l'arrestation et à la remise de personnes en vue de leur jugement ou de l'exécution d'une peine d'emprisonnement (le mandat d'arrêt européen), au gel d'avoirs et de preuves, à la confiscation de ceux-ci ou à l'imposition de sanctions pécuniaires sont dorénavant appelées à être reconnues et exécutées dans l'espace avec

un minimum d'entraves. Plusieurs autres décisions ou mesures sont en voie d'être soumises au même régime. Elles portent, entre autres, sur l'obtention des preuves. Le programme de mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle adopté par le Conseil en 2000 et le plan d'action mettant en œuvre le programme de La Haye – adopté par le Conseil des 2 et 3 juin 2005 – identifient plusieurs autres types de décisions ou mesures auxquelles le principe devrait être étendu : mesures de contrôle pré-sentencielles non privatives de liberté, décisions de déchéances du droit de conduire, peines de substitution et condamnations avec sursis...

Le principe de disponibilité, plus récent, n'a pas encore été concrétisé en tant que tel. Dans sa déclaration sur le terrorisme adoptée au lendemain des attentats terroristes de Londres le 7 juillet 2005, le Conseil a invité la Commission à lui soumettre une proposition de décision-cadre pour le mois d'octobre 2005 au plus tard. Plusieurs initiatives s'efforcent dès à présent d'en faciliter la mise en œuvre : un projet de décision-cadre d'initiative suédoise, tendant à étendre le type d'informations policières pouvant faire l'objet d'un échange par la voie de la coopération policière plutôt que celle de l'entraide pénale, est en cours de négociation ; le Conseil est, par ailleurs, en train d'examiner les modes d'accès les plus appropriés (accès direct « en ligne », accès indirect par un système « *hit/no hit* », coopération policière classique) aux bases de données contenant des informations relatives à l'ADN, aux empreintes digitales, aux plaques d'immatriculation, notamment. Enfin, sept Etats membres ont signé, en dehors du cadre institutionnel de l'Union, un traité (le « traité de Prüm ») tendant à faciliter le partage transfrontalier des informations policières.

Les principes de reconnaissance mutuelle et de disponibilité ne sont cependant pas absolus.

La reconnaissance mutuelle n'a pas entraîné la suppression de tous les contrôles par les magistrats de l'Etat membre d'exécution. Les décisions-cadres adoptées à ce jour contiennent, comme le montre Hans Nilsson, une série de motifs obligatoires ou facultatifs de refus. Deux d'entre eux sont particulièrement emblématiques de l'état actuel de la confiance mutuelle entre Etats membres.

Il s'agit, d'une part, de la clause de refus basée sur la violation des droits fondamentaux. A l'exception de la décision-cadre mettant en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions imposant des sanctions pécuniaires et de celle sur les décisions de confiscation, les autres décisions-cadres se bornent à affirmer, dans leur dispositif, qu'elles ne peuvent 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. Plus de deux tiers des Etats membres ont estimé nécessaire d'inscrire, dans leur loi de transposition de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, une cause explicite de refus de reconnaissance et d'exécution d'une décision judiciaire émise dans un autre Etat membre lorsque le juge de l'Etat d'exécution estime que les droits fondamentaux n'ont pas été respectés. Pareille transposition ne paraît conforme ni avec l'esprit de la reconnaissance mutuelle, ni avec le prescrit des décisions-cadres elles-mêmes. Sauf cas de violation flagrante, c'est, en effet, dans l'Etat d'émission que le contrôle du respect des droits fondamentaux doit avoir lieu. Inviter le juge de l'Etat d'exécution à procéder à ce contrôle revient à rétablir une forme d'*exequatur* que la reconnaissance mutuelle a

précisément pour but de supprimer. Il témoigne par ailleurs surtout d'une confiance sous condition, dont Susie Alègre vante les mérites en l'état actuel des traités.

Il s'agit d'autre part de la clause de territorialité. A rebours de la notion d'espace, plusieurs Etats membres ont insisté, lors de la négociation de la décision-cadre établissant le mandat d'arrêt européen, sur l'insertion d'une disposition permettant au juge de l'Etat d'exécution de refuser de reconnaître et d'exécuter un mandat d'arrêt européen émis pour des faits commis en tout ou en partie sur son territoire. La Cour constitutionnelle allemande vient du reste d'annuler la loi allemande de transposition du mandat d'arrêt européen parce que celle-ci ne reprenait pas ce motif de refus. Si le motif de refus paraît justifié lorsque les faits ont eu lieu dans leur intégralité sur le territoire de l'Etat d'exécution, on est moins convaincu de la justesse de celui-ci lorsqu'ils ont eu lieu marginalement sur le territoire de cet Etat. L'expérience montre, du reste, que les magistrats de certains Etats membres invoquent systématiquement ce motif de refus, sans que les faits fassent ensuite l'objet d'une poursuite au sein de ceux-ci.

Le principe de disponibilité n'est, lui non plus, pas absolu, comme le montre Roland Genson. Le programme de La Haye en définit les limites. Parmi celles-ci, l'on notera que l'échange d'informations ne peut avoir lieu que pour permettre l'accomplissement de tâches légales, que l'intégrité des données à échanger doit être garantie, que les sources d'informations doivent être protégées, que la confidentialité des données doit être assurée à tous les stades de l'échange et après celui-ci, etc. ; par ailleurs, le principe ne porte pas sur l'information collectée par les services de renseignements : il doit en effet s'agir d'informations policières.

La confiance mutuelle est-elle exportée hors de l'Union européenne ? Cette question est au cœur de la contribution d'Anne Weyembergh et de Sarah Khabirpour. Peut-on imaginer d'étendre la confiance mutuelle à la Norvège, à l'Islande et à la Suisse ? En dépit de l'étroite association de ces trois Etats tiers au développement de l'acquis de Schengen et de leur participation au Conseil de l'Europe, le Conseil a, à raison, considéré que la reconnaissance mutuelle supposait un degré d'intimité institutionnelle que seule la participation à l'Union européenne permet d'atteindre. L'extension de la confiance mutuelle – au sens que lui donne et qu'implique le processus de la reconnaissance mutuelle – aux autres Etats membres du Conseil de l'Europe est *a fortiori* d'autant moins imaginable. Ces deux enceintes sont en effet bien différentes l'une de l'autre tant au plan institutionnel qu'en ce qui concerne leurs objectifs. A cet égard, les clauses de déconnexion insérées dans les trois conventions du Conseil de l'Europe de mai 2005 sont d'ailleurs particulièrement révélatrices.

Mark Richard (Etats-Unis) et John Vervaele (Mercosur) montrent, si besoin en est, combien la démarche entreprise par l'Union européenne est originale. Sans mettre en cause cette originalité, la contribution de Fabrice Filliez témoigne pour sa part de l'intérêt qu'il pourrait y avoir pour l'Union de trouver des sources d'inspiration dans des expériences étrangères, notamment celle de la Suisse.

Les diverses contributions au présent ouvrage montrent avec clarté que ni la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, ni la mise à disposition des informations policières ne seront effectives sans un degré élevé de confiance mutuelle entre les autorités judiciaires et policières des Etats membres. Confiance

dans la qualité de leurs systèmes juridiques et judiciaires respectifs. Confiance dans l'intégrité et le professionnalisme des femmes et des hommes qui ont la charge de les mettre en œuvre.

Comme le montre Emanuele Pitto, cette exigence explique que les Etats membres aient inséré, dans le traité d'adhésion des dix nouveaux Etats membres et dans celui relatif à l'accession de la Bulgarie et de la Roumanie, une clause de sauvegarde permettant à la Commission, pendant une période de trois ans, de suspendre la mise en œuvre des instruments de reconnaissance mutuelle au cas où un nouvel Etat membre viendrait à violer gravement l'acquis de l'Union en matière de justice et d'affaires intérieures. Zuzana Štofová montre, quant à elle, les efforts considérables entrepris par les candidats à l'adhésion pour se mettre en conformité avec les exigences de l'acquis de l'Union en ces matières.

Au delà de cette manifestation de prudence à l'égard des « nouveaux » Etats membres, l'expérience montre que la confiance mutuelle entre « anciens » Etats membres est loin d'être acquise, en dépit de sa consécration jurisprudentielle (arrêt *Gözütok et Brügger* de la Cour de justice) et constitutionnelle (article I-42 du traité instituant une Constitution pour l'Europe).

Pour conforter, voire renforcer, la confiance mutuelle, quatre mesures d'accompagnement de la reconnaissance mutuelle et de la mise à disposition des informations policières font l'objet d'approfondissements dans la contribution de Serge de Biolley. On les passe en revue brièvement.

### 1. *Le rapprochement du droit pénal*

Comme le montrent notamment la contribution de Gisèle Vernimmen et celle d'Anne Weyembergh et de Sarah Khabirpour, reconnaissance mutuelle et harmonisation du droit pénal ne sont antinomiques qu'en apparence.

Le rapprochement du droit pénal matériel, et surtout du droit pénal procédural, contribue à dissiper le soupçon naturel que les magistrats nourrissent à l'encontre des décisions judiciaires prises sur la base de législations qui leurs sont étrangères. C'est la raison pour laquelle la Commission a saisi le Conseil d'un projet de décision-cadre tendant à harmoniser les garanties procédurales à accorder aux prévenus et aux accusés dans le cadre d'un procès. C'est également la raison pour laquelle le plan d'action mettant en œuvre le programme de La Haye invite la Commission à saisir le Conseil de projets de rapprochement des législations, ou de livres verts, portant sur la présomption d'innocence, la collecte des preuves, les jugements par défaut, etc. Le récent arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Pupino* qui fait obligation aux juges nationaux d'interpréter les législations nationales en conformité avec les décisions-cadres donne au rapprochement des législations pénales une dimension nouvelle.

De la même manière, et comme le montre Fernando Irurzun Montoro, le principe de disponibilité ne pourra être pleinement concrétisé sans l'adoption d'un ou de plusieurs instruments législatifs établissant les règles de protection des données personnelles applicables à la coopération policière et judiciaire pénale.

## 2. *L'évaluation des systèmes respectifs*

En raison de l'absence de recours en manquement permettant de sanctionner un Etat membre qui n'exécuterait pas ses obligations au titre de l'Union, le Conseil a développé ces dernières années plusieurs mécanismes d'évaluation par les pairs. Ceux-ci ont porté sur les dispositifs nationaux d'entraide judiciaire pénale, de lutte contre le trafic de drogue, d'échange d'informations policières, de lutte contre le terrorisme établis en exécution des décisions et des législations de l'Union. Ces évaluations ont contribué à identifier des faiblesses mais également des bonnes pratiques. Elles ont surtout permis aux Etats membres de mieux comprendre les particularités de leurs systèmes respectifs et donc, indirectement, contribué à accroître la confiance mutuelle. Ce n'est du reste pas un hasard si le traité constitutionnel dans un même mouvement consacre le principe de reconnaissance mutuelle et prévoit la création d'un mécanisme général d'évaluation de la mise en œuvre par les Etats membres de politiques de l'Union en matière de justice et d'affaires intérieures (article III-260).

## 3. *La formation et la socialisation des acteurs*

La méfiance est fille de l'ignorance. Afin de développer une culture judiciaire européenne, que le programme de La Haye appelle de ses vœux, il est nécessaire de renforcer le réseau de formation des Ecoles de formation des magistrats. On se réjouit, à cet égard, que le programme de La Haye ait complété, sur ce point, les conclusions du Conseil européen de Tampere qui se bornait à prévoir la création d'un Collège européen de police. L'on se réjouit également des références faites, dans le programme de La Haye et dans son plan d'action, aux divers autres réseaux qui se sont constitués ces dernières années, comme le réseau judiciaire européen, le réseau des Conseils supérieurs de la magistrature ou celui des Cours de cassation.

Il est également nécessaire de pérenniser le programme d'échange de magistrats (« Erasmus des juges »).

Enfin, l'on ne saurait passer sous silence la contribution essentielle qu'Eurojust apporte au renforcement de la confiance mutuelle : c'est ce que développe José Luis Lopes da Mota.

## 4. *Le contrôle juridictionnel*

Les contributions d'Olivier de Schutter, d'Henri Labayle, d'Anabela Miranda Rodrigues et de Lorenzo Salazar montrent combien l'intensité de la confiance mutuelle dépend de la qualité de la protection juridictionnelle assurée par les juridictions nationales, la Cour de justice et la Cour de Strasbourg.

Le juge national, tout d'abord. Le droit à la protection juridictionnelle effective, consacré par les articles I-29, par. 1<sup>er</sup>, al. 2 et II-107 du traité constitutionnel, impose aux Etats membres d'instituer les recours internes nécessaires, en sorte que les particuliers puissent obtenir la protection des droits que leur ouvre le droit de l'Union.

La Cour de justice, ensuite. Le traité sur l'Union européenne est très insatisfaisant, s'agissant de la protection des individus contre d'éventuels actes illégaux de l'Union en matière de justice pénale et de coopération policière. Ceux-ci ne bénéficient ni de

l'accès direct au prétoire contre les actes illégaux (recours en annulation), ni – dans douze Etats membres – de l'accès indirect du renvoi préjudiciel. Le report de l'entrée en vigueur du traité constitutionnel, qui opérait pourtant, pour reprendre l'expression d'Henri Labayle, un retour à la normale bienvenu, amène à suggérer que ces douze Etats membres (le Danemark, l'Irlande, le Royaume-Uni et tous les nouveaux Etats membres à l'exception de la République tchèque) reconsidèrent, dans les meilleurs délais, leur refus de permettre à leur juge de poser des questions préjudicielles. Emmanuel Barbe suggère, fort opportunément, qu'un effort de pédagogie soit entrepris auprès des juges en charge d'affaires pénales afin qu'ils fassent un recours plus systématique au renvoi préjudiciel. Les trois premiers arrêts de la Cour de justice dans le domaine de la coopération judiciaire et policière (*Gözütok*, *Miraglia* et *Pupino*) témoignent d'un intérêt et d'une audace remarquables de la Cour pour ces questions.

La Cour de Strasbourg, enfin. La contribution d'Olivier de Schutter évoque le conflit auquel est confronté le juge national, amené à reconnaître et à exécuter une décision judiciaire, pré-sentencielle ou définitive, émise dans un autre Etat membre. Soit il entreprend, comme l'y invite la jurisprudence de la Cour des droits de l'homme, d'examiner la compatibilité de celle-ci avec les droits fondamentaux et se met en contradiction avec le droit de l'Union. Soit il exécute celle-ci sans égard pour le respect des droits fondamentaux par l'Etat d'émission et se met en contradiction avec les obligations imposées par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette contradiction conduit à suggérer que la Cour européenne des droits de l'homme intègre la notion d'espace dans son appréciation du respect des droits fondamentaux par les Etats parties à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il serait à cet égard judicieux, si le traité constitutionnel venait à entrer en vigueur, de négocier ce changement à l'occasion de l'adhésion de l'Union à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

# Postface

L'espace de liberté, de sécurité et de justice, véritable laboratoire d'une future « Europe de la Justice », est fondé sur la confiance mutuelle. La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires exige que la confiance règne au sein de l'espace pénal européen.

Qui dit confiance dit respect. En effet, la confiance présuppose le respect de l'autre et de ses traditions et spécificités mais également la certitude d'un partage de conceptions qui forment le socle des valeurs fondamentales de l'Europe, rappelées à de multiples reprises par les deux cours européennes.

Certes, l'espace judiciaire européen se distingue par une diversité enrichissante. Mais à l'instar d'un orchestre où les instruments, ayant en partie du moins leur individualité et personnalité propres, doivent jouer au diapason pour, dans un esprit d'harmonie, éviter le chaos sonore, cet espace de liberté, de sécurité et de justice nécessite également une partition commune qui est acceptable et acceptée par tous les exécutants. Comme l'a rappelé le juge Koen Lenaerts à un autre endroit, « le principe de reconnaissance mutuelle, appliqué au domaine pénal, vise à fluidifier la circulation des décisions judiciaires nationales dans l'Union européenne en garantissant leur efficacité internationale en dépit de l'existence des frontières, des différences entre ordres juridiques nationaux et de la territorialité de la loi pénale » <sup>1</sup>. Or cette fluidité

---

<sup>1</sup> LENAERTS, K., « Préface », in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (sous la dir. de), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, cité par JAEGER, M., « Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal : l'institution d'une communauté de droit », *RDPC*, 2004, p. 1133 et *Bull. Laurent*, 2004-I, p. 63.

exige que la Justice rendue dans un Etat soit reconnue comme équivalente dans l'autre. Ce n'est que si cette condition est remplie que l'exécution d'une décision rendue par autrui est acceptable. Le rapprochement des législations constitue dans ce contexte une exigence primordiale pour une vraie reconnaissance mutuelle fondée sur la confiance réciproque <sup>2</sup> qui doit exister en amont et en aval du procès pénal <sup>3</sup>.

Cette confiance présuppose que toute décision soit rendue selon des critères de qualité qui font partie des valeurs fondamentales maintes fois rappelées. L'exigence de la « qualité de la Justice rendue » constitue un idéal commun à cet espace judiciaire et une condition indispensable à cette reconnaissance mutuelle au-delà des frontières et des traditions dans l'intérêt d'une justice efficace sans entrave.

Dans ce contexte, un rôle primordial doit être accordé au respect des droits fondamentaux et plus particulièrement aux droits de la défense. Toute lutte efficace contre la criminalité se révèle à long terme illusoire si cette lutte n'est pas accompagnée d'un respect scrupuleux des droits de la défense. Comme on a pu le lire dans les priorités de la présidence luxembourgeoise du Conseil de l'Union européenne, une attention particulière doit être portée au développement des garanties procédurales indispensables pour maintenir un équilibre approprié entre besoins liés aux poursuites et ceux relatifs aux droits de la défense, permettant ainsi de mieux appuyer la confiance mutuelle entre Etats membres de même que la confiance des citoyens européens dans l'Europe judiciaire <sup>4</sup>. Saluons dans ce contexte qu'en février 2003 déjà, la Commission a publié un Livre vert sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales <sup>5</sup>. En avril 2004, une proposition de décision-cadre du Conseil visant à définir des normes minimales communes concernant certains droits procéduraux à accorder dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne a été présentée <sup>6</sup>. L'objectif est de renforcer de manière générale les droits de tous les

---

<sup>2</sup> Voy. la brillante démonstration de WEYEMBERGH, A. dans sa thèse, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, spéc. p. 152 et suiv.

<sup>3</sup> Notons que parmi les priorités de la présidence luxembourgeoise du Conseil de l'Union européenne (janvier-juin 2005) figurent « [l']extension du principe de reconnaissance mutuelle aux condamnations pénales et aux déchéances [qui] constituera la prochaine étape en vue d'un développement cohérent et homogène de l'espace judiciaire européen en respectant les principes de subsidiarité, de proportionnalité et de solidarité. De par ces initiatives, l'idée d'un « casier judiciaire européen » a enfin pris racine et complète efficacement les dispositifs déjà en place pour les phases pré-sententielles de la procédure pénale » (ces priorités de la Présidence peuvent être consultées sur le site [http://www.eu2005.lu/fr/presidence/priorites\\_et\\_pgm/priorites/index.html](http://www.eu2005.lu/fr/presidence/priorites_et_pgm/priorites/index.html)). Sur la possibilité d'un casier judiciaire européen, déjà en 1984 (!), voy. SPIELMANN, A., « Un casier judiciaire européen ? », *Rev. sc. crim.*, 1984, p. 633 et suiv.

<sup>4</sup> Voy. les priorités de la Présidence luxembourgeoise du Conseil de l'Union européenne, janvier-juin 2005 (disponibles sur le site précité).

<sup>5</sup> COM (2003) 75, 19 février 2003.

<sup>6</sup> Proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne, SEC (2004) 491, COM/2004/0328 final, CNS 2004/0113, 28 avril 2004.

suspects et personnes mises en cause. Comme le note un auteur, l'octroi d'un niveau équivalent de protection aux suspects et personnes mises en cause à travers l'Union européenne grâce à ces normes minimales communes devrait faciliter l'application du principe de reconnaissance mutuelle <sup>7</sup>. En cherchant à améliorer, à titre général, les droits garantissant un procès équitable, elle devrait avoir aussi pour effet d'assurer un niveau raisonnable de protection aux suspects et personnes mises en cause d'origine étrangère en particulier <sup>8</sup>.

L'on ne saurait sous-estimer le rôle qu'aura à jouer la Constitution européenne et plus particulièrement la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En effet, la Constitution pour l'Europe, en consacrant l'espace de liberté, de sécurité et de justice, offrira à l'Union des moyens appropriés pour assurer la libre circulation des personnes, lutter contre le terrorisme et les crimes graves, gérer les flux migratoires. En particulier, le Parlement européen et le Conseil pourront fixer des sanctions communes pour une série de crimes graves et transnationaux. Du côté procédural, la Constitution permettra de renforcer les mécanismes de coopération judiciaire entre Etats membres déjà existants, tel Eurojust, et le Conseil pourra décider à l'unanimité de l'instauration d'un Parquet européen. D'après la Constitution, dans le domaine de la coopération policière, Europol sera soumis au contrôle du Parlement européen et des parlements nationaux. L'Union pourra également adopter des lois-cadres en matière de procédure pénale, concernant les droits des victimes et les droits des personnes dans la procédure pénale <sup>9</sup>.

Il va sans dire, et on l'a vu, que tous ces moyens devront être utilisés dans le strict respect des droits fondamentaux sous le contrôle du juge européen. Dans ce contexte, l'impact de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le droit pénal et la procédure pénale sera considérable. Elle permettra assurément de renforcer une confiance mutuelle déjà existante.

Ce n'est que si toutes ces conditions sont remplies que la confiance mutuelle, se traduisant par la reconnaissance mutuelle des décisions et le rapprochement des législations, combinée au développement indispensable des garanties procédurales, deviendra l'élément déterminant pour arriver à l'Europe de la Justice.

Dean SPIELMANN  
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

---

<sup>7</sup> MANACORDA, S., « Chronique internationale. Droit de la Communauté et de l'Union européenne. Espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne (2003-2004) », *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 976.

<sup>8</sup> MANACORDA, S., *op. cit.*

<sup>9</sup> Voy. sur cette influence sur le droit national, SPIELMANN, D. et SPIELMANN, A., *Droit pénal général luxembourgeois*, 2<sup>e</sup> éd., 2004, p. 70 et suiv.



## Annexe



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 19.5.2005  
COM(2005) 195 final

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT  
EUROPEEN**

**Communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière  
pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres.**

(SEC(2005) 641)

## COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT EUROPEEN

### Communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres.

#### 1. INTRODUCTION

1. Présenté en 1999 comme la « pierre angulaire » de la construction de l'espace judiciaire européen lors du Conseil Européen de Tampere, et consacré dans le texte de la Constitution, le principe de reconnaissance mutuelle (RM) a vu son caractère essentiel réaffirmé dans le programme de La Haye qui lie son développement à l'accroissement de la confiance mutuelle entre Etats membres.
2. Presque 5 ans après l'adoption par le Conseil et la Commission du programme de reconnaissance mutuelle destiné à mettre en œuvre les orientations du Conseil européen de Tampere, la présente communication vise à présenter les réflexions de la Commission d'une part sur la poursuite des travaux de mise en œuvre du principe de RM à la lumière des premières expériences déjà réalisées, et d'autre part sur les éléments d'un programme d'action visant à renforcer la confiance mutuelle entre les Etats membres.
3. Cette communication s'inscrit dans la démarche générale de la Commission d'élaboration du plan d'action pour la mise en œuvre du programme de La Haye. Tout en traçant des perspectives générales pour les 5 ans à venir (voir SEC(2005) 641), elle insiste particulièrement sur la première phase de mise en œuvre (2005-2007), sachant qu'une révision à mi parcours sera rendue nécessaire suite à l'entrée en vigueur de la Constitution. En outre, le programme de La Haye ayant insisté sur l'importance de l'évaluation de la mise en œuvre des politiques, les résultats des évaluations menées devront être pris en compte et seront susceptibles d'amender les priorités dégagées.

#### 2. POURSUIVRE LA MISE EN ŒUVRE DU PRINCIPE DE RECONNAISSANCE MUTUELLE

4. La mise en œuvre du principe de RM a été depuis quelques années un des domaines principaux d'activité de l'Union européenne en matière de justice pénale, et sans doute l'un des plus prometteurs. Après plus de quatre ans d'application du programme adopté en décembre 2000, la moitié environ des mesures envisagées a donné lieu à des instruments législatifs adoptés ou en cours d'adoption. Parmi ceux-ci toutefois, c'est seulement pour la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise<sup>1</sup> que le délai de transposition dans les législations nationales est échu.

---

<sup>1</sup> JO L 190 du 18 7 2002 p 1

5. La présente communication est axée sur les aspects non encore mis en œuvre du programme de RM afin de redessiner les priorités des années à venir à la lumière des orientations du programme de La Haye, et de l'analyse des premières réalisations achevées.

## **2.1. La reconnaissance mutuelle dans la phase préalable au procès pénal**

### *2.1.1. Le principe de reconnaissance mutuelle et le recueil de la preuve<sup>2</sup>*

6. Le programme de La Haye demande au Conseil d'adopter la proposition relative au mandat d'obtention de preuve avant la fin 2005. Après l'adoption de la décision-cadre sur le gel des avoirs<sup>3</sup>, ce texte constitue la première étape importante pour l'application du principe de RM dans la phase de recherche de la preuve qui précède le procès pénal. Le mandat d'obtention de preuve ne couvrira cependant pas toute la gamme des preuves nécessaires. Des investigations telles que des interrogatoires de suspects, témoins, experts, ou la mise en place de surveillance de comptes bancaires ou de lignes téléphoniques devront également pouvoir être incluses dans des instruments de RM. L'objectif final est de créer un instrument législatif unique facilitant la recherche de la preuve pénale, quelle qu'elle soit, sur le territoire de l'Union. Selon la Commission, l'application en cette matière du principe de RM doit conduire à laisser la maîtrise des investigations à l'Etat d'émission, car la décision d'obtenir tel ou tel élément de preuve ne saurait être remise en cause dans l'Etat membre d'exécution. C'est notamment pour cette raison que la Commission préconise l'abandon du principe de double incrimination dans toutes les matières liées à la recherche de la preuve. En ce qui concerne les modalités d'obtention de la preuve, les règles nationales applicables dans chaque Etat membre pour le type d'investigations concernées devront être respectées, sous réserve de l'application, déjà prévue par l'article 4(1) de la Convention du 29 mai 2000, par l'Etat membre d'exécution de certaines formalités ou procédures expressément indiquées par l'Etat membre d'émission. Enfin, l'adoption d'éléments minimaux d'harmonisation en matière de recueil de la preuve (cf. infra 3.1.1.2.) devrait aider à faire en sorte que les éléments de preuve légalement recueillis sur le territoire d'un Etat membre puissent être utilisés devant les juridictions des autres Etats membres.
7. L'extension du principe de RM à l'ensemble du domaine de la recherche de la preuve conduira à s'interroger sur le devenir de la Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne<sup>4</sup> et de son protocole de 2001<sup>5</sup> qui ne sont d'ailleurs pas encore en vigueur, faute d'un nombre suffisant de ratifications. En complément de la mise en place d'un instrument global de reconnaissance mutuelle pour l'obtention de la preuve, il faudra envisager le reformatage du reliquat des dispositions de ces deux instruments après l'entrée en vigueur de la Constitution sous forme de loi ou loi-cadre européenne.
8. Au nombre des difficultés identifiées, il faut aussi noter les différences entre les compétences respectives des autorités judiciaires et policières dans les Etats

<sup>2</sup> Voir aussi sur ce sujet le livre vert de la Commission sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen COM (2001) 715 final du 11.12.2001

<sup>3</sup> JO L 196 du 23.2003 p 45; délai de transposition 2 août 2005

<sup>4</sup> JO C 197 du 12.7.2000

<sup>5</sup> JO C 326 du 21.11.2001

membres. Celles-ci peuvent rendre floues les limites de chacun de ces types de coopération, qui, pour être complémentaires, n'en obéissent pas moins à des règles différentes. Des propositions seront formulées par la Commission à l'occasion de la mise en oeuvre du principe de disponibilité des informations en matière répressive.

2.1.2. *La reconnaissance mutuelle des mesures de contrôle présentencielles non privatives de liberté*

9. La Commission a publié en août 2004, un livre vert sur la RM des mesures de contrôle présentenciel non privatives de liberté<sup>6</sup>. Constatant que le recours excessif à la détention provisoire est une des causes du surpeuplement carcéral, et que les solutions alternatives existant en droit national sont souvent impossibles à mettre en oeuvre lorsque la personne réside dans un autre Etat membre, le livre vert envisage différentes solutions. Au terme de la consultation engagée, la Commission formulera en 2005 des propositions législatives.

**2.2. La reconnaissance mutuelle des décisions définitives**

10. L'application du principe de RM implique que l'existence d'une décision définitive dans un Etat membre emporte une série de conséquences dans les autres Etats membres. Outre le mandat d'arrêt européen, deux aspects particuliers de cette question ont déjà été traités dans les propositions de décisions-cadre relatives à l'application du principe de RM respectivement aux sanctions pécuniaires<sup>7</sup>, et aux décisions de confiscation<sup>8</sup>. Il reste néanmoins à examiner plusieurs aspects fondamentaux.

2.2.1. *L'information mutuelle sur les condamnations*

11. La RM des condamnations a pour préalable une bonne circulation entre les Etats membres des informations relatives à celles-ci. Reprenant une idée qui figurait déjà dans les conclusions du Conseil européen des 25 et 26 mars 2004, le programme de La Haye a invité la Commission à présenter des propositions « en vue d'intensifier l'échange d'informations issues des registres nationaux des condamnations et déchéances, notamment celles concernant les délinquants sexuels, afin que le Conseil puisse les adopter pour la fin 2005 ». La Commission a présenté en janvier 2005 un livre blanc qui analyse les principales difficultés de l'échange d'informations sur les condamnations pénales, et formule des propositions pour la création d'un système informatisé d'échange d'informations. Des propositions seront présentées en 2005 suite aux premières discussions du Conseil sur ce sujet.

2.2.2. *Le principe de non bis in idem*

12. Aux termes de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « nul ne peut être légalement poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif ». La Charte élargit le champ d'application territoriale du principe du non bis in idem à tout le territoire de l'Union, ce qui constitue un progrès

<sup>6</sup> COM(2004) 562 final

<sup>7</sup> JO L76 du 22.3.2005 p.16

<sup>8</sup> JO C 184 du 2.8.2002

par rapport au protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui prévoyait son application au seul territoire de chaque Etat partie.

13. Ce principe a donné lieu à deux importants arrêts de la Cour de justice des Communautés<sup>9</sup> qui en précise la portée aux termes des dispositions de la Convention d'application des accords de Schengen qui affirme et aménage déjà le principe du non bis in idem dans ses articles 54 à 58. De premiers travaux relatifs à l'application du principe de non bis in idem se sont déroulés sur la base d'une initiative présentée par la Grèce<sup>10</sup>. Ils ont été suspendus du fait de leur lien étroit avec le problème des conflits de compétence (voir infra). Ces deux questions feront l'objet d'un livre vert de la Commission en 2005, puis d'une proposition législative en 2006.

#### 2.2.3. *La prise en compte des condamnations des autres Etats membres dans les procédures pénales*

14. Dans la plupart des Etats membres, l'existence de condamnations pénales antérieures a des effets à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale: la situation de récidive peut par exemple influencer les règles de procédure applicables, la qualification pénale retenue ou, plus fréquemment, modifier la nature et le quantum de la peine. La Commission vient de déposer une proposition de décision-cadre relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les Etats membres de l'Union Européenne qui pose pour règle générale que chaque Etat membre accorde à une condamnation prononcée dans un autre Etat membre les mêmes effets qu'à une condamnation nationale antérieure et précise certaines modalités d'application de cette règle. Un tel principe de reconnaissance de la récidive avait d'ailleurs déjà été affirmé à l'occasion de la décision-cadre du 6 décembre 2001 sur la protection de l'Euro<sup>11</sup>. Ce nouveau texte constituera un apport important au dispositif de RM des décisions finales.

#### 2.2.4. *L'exécution des décisions de condamnation*

15. Une condamnation prononcée dans un Etat membre doit pouvoir être exécutée sur tout le territoire de l'Union. La Commission a lancé en avril 2004 une consultation sur le rapprochement, la RM et l'exécution des sanctions pénales sur la base d'un livre vert<sup>12</sup>. L'Autriche, la Suède et la Finlande ont déposé une initiative qui vise à permettre l'exécution dans l'Etat membre de nationalité ou de résidence d'une condamnation à une peine d'emprisonnement prononcée dans un autre Etat membre. Ce texte devrait également faciliter l'application de certaines dispositions du mandat d'arrêt européen qui autorisent le refus de remise lorsque la peine est mise à exécution dans l'Etat d'exécution.
16. Il n'aborde toutefois ni la question de l'exécution des mesures non privatives de liberté, ni celle du sursis et des conditions éventuelles de sa révocation par une peine prononcée dans un autre Etat membre. Ces questions donneront lieu à des propositions législatives de la part de la Commission en 2007.

---

<sup>9</sup> Affaires C-187/01 et C-385/01 *Gozütok et Brugge*, du 11 février 2003 et affaire C-469/03 *Miraglia* du 10 mars 2005

<sup>10</sup> JO C 100 du 26.4.2003 p 24

<sup>11</sup> JO L 329 du 14.12.2001 p3

<sup>12</sup> COM (2004) 334 final

### 2.2.5. *La reconnaissance mutuelle des déchéances*

17. Les condamnations pénales donnent fréquemment lieu à des déchéances de droits (droit de travailler avec des enfants, de participer à des marchés publics, de conduire...) qui selon les Etats membres résultent soit de dispositions légales, soit de décisions judiciaires, soit sont de nature administrative. Cette question est particulièrement délicate, à la fois en raison du caractère très divers de ces déchéances, et des difficultés de circulation des informations les concernant. De premiers progrès importants pourront être réalisés lorsqu'une bonne circulation des informations sur les condamnations pénales sera assurée grâce à la mise en place du système informatisé d'échange d'information sur les condamnations pénales. De manière générale, la Commission préconise d'adopter dans ce secteur une approche sectorielle, par type d'infraction pénale, et déposera en 2005 une communication sur le sujet. Déjà, la Belgique a présenté en novembre 2004, une initiative relative à la RM des déchéances du droit de travailler avec des enfants consécutives à des condamnations pour infractions relevant de la pédopornographie. Le travail sectoriel se poursuivra en 2006, avec le dépôt d'une proposition relative à la RM des déchéances du droit de conduire.

## 3. **RENFORCER LA CONFIANCE MUTUELLE**

18. Le renforcement de la confiance mutuelle est la clef du bon fonctionnement de la RM. C'est un des messages importants du programme de La Haye et implique d'une part une action législative visant à assurer un niveau élevé de protection des droits des personnes sur le territoire de l'UE, et d'autre part, une série d'actions pratiques envers les professionnels de la justice visant à renforcer chez eux le sentiment de partager une « culture judiciaire commune ».

### 3.1. **Renforcer la confiance mutuelle par des mesures législatives**

19. Les premières applications du principe de RM, notamment avec le mandat d'arrêt européen, ont fait ressortir une série de difficultés qui pourraient en partie être réglées par l'adoption, au niveau de l'Union, de mesures législatives d'harmonisation. Celles-ci peuvent s'articuler autour de deux axes : d'une part s'assurer que les décisions de justice qui font l'objet de la RM répondent à des standards élevés en terme de garanties des droits des personnes, d'autre part s'assurer que les juridictions qui ont prononcé ces décisions étaient effectivement les mieux placées pour le faire. L'approfondissement de la RM pourra également impliquer de poursuivre la réflexion sur certaines mesures de rapprochement des législations de droit pénal matériel.

#### 3.1.1. *Harmonisation du droit pénal procédural*

##### 3.1.1.1. Améliorer les garanties dans les procédures pénales

20. En avril 2004, la Commission a déposé une proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne<sup>13</sup>. Celle-ci vise à assurer que les personnes mises en cause dans

---

<sup>13</sup> COM (2004) 328 final

les procédures pénales bénéficient de droits minimaux définis et identifiés dans tous les Etats membres de l'Union, en matière d'accès à l'avocat et aux interprètes traducteurs, de droit à la communication, notamment avec les autorités consulaires, d'information sur les droits, et de protection des personnes vulnérables. Le Conseil européen a demandé l'adoption de cette décision-cadre avant la fin 2005.

21. Il ne s'agit là que d'une première étape. Les travaux en cette matière devront être poursuivis dans les années à venir et constituer un accompagnement permanent au développement de la RM. Trois domaines devront notamment faire l'objet de travaux : la présomption d'innocence, le recueil de la preuve pénale, les décisions in absentia<sup>14</sup>. Pour chacun de ces thèmes, un travail important d'analyse et de consultation préalable devra avoir lieu tant avec les 25 Etats membres, qu'avec les professionnels de la justice pénale afin de cerner les difficultés et les solutions envisageables tenant compte des traditions juridiques des Etats membres.
- 3.1.1.2. Renforcer la présomption d'innocence.
    22. La présomption d'innocence constitue un des fondements essentiels du droit pénal. Affirmé par l'article 6 de la CEDH et repris dans l'article 48 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il existe dans tous les Etats membres, mais ne recouvre pas partout les mêmes concepts. La Commission publiera un livre vert sur ce sujet en 2005, visant à cerner le contenu de cette notion, à examiner son renforcement et la détermination de ses limites éventuelles.
  - 3.1.1.3. Elaborer des normes minimales en matière de recueil de la preuve
    23. L'action judiciaire transfrontière implique que des éléments de preuve recueillis dans un Etat membre puissent être utilisés dans un autre. Le respect des droits de la défense implique néanmoins que certaines règles minimales relatives au recueil de la preuve soient respectées partout dans l'Union. Sur la base d'une étude<sup>15</sup>, la Commission publiera en 2006 un livre vert proposant une harmonisation minimale des standards relatifs au recueil et à la divulgation de la preuve, aux critères d'admissibilité en justice, et aux éventuelles exceptions envisageables.
    24. Au terme d'une consultation approfondie sur la base des deux livres verts ci-dessus mentionnés, la Commission présentera une proposition de décision-cadre sur la présomption d'innocence et les normes minimales en matière de recueil de la preuve.
  - 3.1.1.4. Encadrer les décisions in absentia
    25. La question des décisions in absentia a souvent fait l'objet de débats dans l'UE et revient régulièrement dans les différents instruments adoptés. Dans la pratique, elle donne également lieu à discussion et l'expérience, ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, montrent qu'elle suscite des difficultés. La Commission proposera en 2006 un livre vert qui pourra être suivi de propositions législatives en vue de surmonter les difficultés constatées et de renforcer la sécurité juridique.

---

<sup>14</sup> Voir aussi sur ce sujet le livre vert de la Commission sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un procureur européen COM (2001) 715 final du 11.12.2001

<sup>15</sup> "Study of the laws of evidence in criminal proceedings throughout the EU", October 2004

### 3.1.1.5. Assurer la transparence quant au choix de la juridiction compétente

26. En matière pénale, lorsque plusieurs Etats membres sont compétents pour une même affaire, des investigations et des poursuites peuvent être entreprises simultanément par chacun d'entre eux. Ces poursuites multiples peuvent sérieusement affecter les droits des personnes et l'efficacité de l'action pénale. La mise en place d'une procédure permettant de déterminer le lieu le plus approprié pour l'exercice des poursuites s'avère donc de plus en plus nécessaire, et constituera un élément essentiel pour faciliter la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle. Elle devrait en effet faciliter tant la recherche de la preuve au stade avant jugement (les Etats membres s'étant préalablement mis d'accord sur le lieu de celui-ci, qui déterminera aussi le droit applicable) que l'exécution de la décision finale (les Etats membres ayant reconnu à l'avance que l'affaire a été jugée au lieu le plus approprié). Elle devrait également contribuer à éviter les cas dans lesquels le principe de non bis in idem trouverait à s'appliquer.
27. La Commission présentera en 2005 un livre vert sur les conflits de compétences et le non bis in idem, qui, sans toucher aux mécanismes nationaux de détermination de la compétence juridictionnelle, proposera des solutions pour régler les conflits de juridiction dans l'Union européenne, tenant compte notamment du rôle d'Eurojust aux termes de l'article III-273 de la Constitution et des demandes formulées par le programme de La Haye sur ce point.

### 3.1.2. *Poursuivre le rapprochement du droit pénal matériel*

28. Dans ce domaine un important travail de rapprochement a été accompli dans les années écoulées. Il doit être poursuivi en réfléchissant à l'intérêt de promouvoir au niveau de l'Union des types de sanction plus diversifiés, ne reposant pas uniquement sur les peines d'emprisonnement. L'accent devra également être mis d'une part sur l'évaluation de la mise en œuvre des instruments adoptés dont les premiers résultats sont décevants, et d'autre part sur le fonctionnement du mécanisme de la liste positive d'infractions donnant lieu à la suppression du contrôle de la double incrimination dans les instruments de RM afin, dans la mesure du possible, de remédier aux éventuelles difficultés identifiées.
29. De premières réflexions relatives à la nécessité de définir au niveau de l'Union des concepts tels que la responsabilité des personnes morales, ou le rapprochement des peines d'amendes ont été développées dans le livre vert sanctions. La Commission déposera sur ces sujets, suite au livre vert, une proposition de décision-cadre en 2007.

## 3.2. **Renforcer la confiance mutuelle par des mesures d'accompagnement pratiques**

### 3.2.1. *Renforcer les mécanismes d'évaluation*

30. Le Conseil européen a souligné que « l'évaluation de la mise en œuvre et des effets de chaque mesure est indispensable pour que l'action de l'Union soit efficace ». Les développements futurs du principe de RM en matière pénale devront effectivement dans l'avenir être étroitement liés à des mécanismes d'évaluation. Ceux-ci devraient permettre de remplir deux objectifs d'ordre méthodologique, qui sont distincts de la

vérification de la transposition correcte et dans les délais prescrits des actes adoptés par l'Union.

- évaluer les besoins concrets de la justice, notamment identifier quels sont les obstacles potentiels, préalablement à l'adoption de nouveaux instruments ; et
- évaluer les conditions pratiques spécifiques de la mise en œuvre des instruments adoptés par l'UE, en particulier les « best practice » et notamment la façon dont ils répondent aux besoins identifiés dans la phase préalable.

Ces deux objectifs devront s'appliquer à tous les instruments. Ils nécessitent un renforcement des outils d'analyse des pratiques judiciaires dont dispose la Commission.

31. Un troisième objectif, celui de procéder à une évaluation plus générale des conditions dans lesquelles sont élaborées les décisions de justice afin de s'assurer qu'elles répondent à des standards de qualité élevés permettant de renforcer la confiance mutuelle entre systèmes judiciaires, sans laquelle la RM ne pourra fonctionner, suppose une action plus globale et à plus long terme. Le programme de La Haye affirme le principe selon lequel « la confiance mutuelle doit reposer sur la certitude que tous les citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité les plus élevées », et demande la mise en place « d'un système d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des politiques de l'UE qui, dans le même temps, respecte pleinement l'indépendance du pouvoir judiciaire ». S'agissant de fortifier la confiance mutuelle par la certitude que les systèmes judiciaires qui produisent des décisions pouvant être exécutées sur tout le territoire de l'Union respectent des standards de qualité élevés, cette évaluation doit permettre d'appréhender les systèmes judiciaires nationaux dans leur globalité. La crédibilité et l'efficacité d'un système judiciaire doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, portant à la fois sur les mécanismes institutionnels et sur les aspects procéduraux. C'est là assurément une démarche délicate qui doit respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité ainsi que l'indépendance du judiciaire. Cet exercice devra permettre de produire des rapports réguliers, élaborés selon des critères stricts d'indépendance et de transparence, mettant particulièrement en lumière les bonnes pratiques.
32. Le Parlement européen a adopté une recommandation sur ce sujet en février 2005<sup>16</sup>, et, après une concertation étroite avec les organisations et institutions judiciaires, la Commission élaborera en 2006 une communication sur l'évaluation de la qualité de la justice.
  - 3.2.2. *Favoriser la mise en réseau des professionnels de la justice et développer la formation judiciaire*
33. Le programme de La Haye insiste sur l'importance d'améliorer la compréhension mutuelle entre les autorités judiciaires et les différents systèmes juridiques. Pour cela, il préconise en premier lieu de développer des réseaux d'organisations et d'institutions judiciaires tels que le réseau des Conseils supérieurs de la magistrature

---

<sup>16</sup> Recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil sur la qualité de la justice pénale et l'harmonisation de la législation pénale dans les Etats membres Final A6-0036/2005

et le réseau européen des Cours de cassation avec lesquels la Commission souhaite développer des relations étroites. En multipliant les rencontres entre professionnels, et en favorisant la réflexion notamment sur la mise en œuvre des instruments de l'Union et des thèmes de préoccupation transversaux tels que la qualité de la justice, de tels réseaux, qui doivent également inclure les avocats, devront jouer un rôle clef dans la constitution progressive d'une « culture judiciaire commune ».

34. En second lieu, le programme de La Haye insiste sur l'importance de la formation pour favoriser le développement de la confiance mutuelle. A la demande du Parlement européen, la Commission met en place depuis 2004, en complément au programme AGIS, un programme d'échanges à l'intention des magistrats, dans le cadre d'un projet pilote. Ce programme se poursuivra en 2005 et fera l'objet d'une évaluation en 2006 avant de donner lieu à des propositions.
35. Le développement du principe de RM a pour conséquence de donner à la décision judiciaire un impact s'étendant très largement au-delà des frontières nationales. En conséquence, la dimension européenne de la fonction judiciaire doit être pleinement intégrée dans les cursus de formation, à tous les stades de la carrière des juges et des procureurs. La formation des autorités judiciaires repose sur des entités nationales responsables de son organisation et de la détermination des contenus de formation. Celles-ci sont regroupées au sein d'un réseau qui fonctionne aujourd'hui sous une forme associative. Le programme de La Haye insiste sur l'importance de renforcer ce réseau afin qu'il devienne une structure efficace de rencontres et de coopération entre les autorités judiciaires. Après consultation, la Commission présentera, à la fin de l'année 2005, une communication sur la formation judiciaire dans l'Union européenne.

### 3.2.3. *Supporter le développement d'une justice de qualité*

36. Pour les prochaines perspectives financières 2007-2012, la Commission a déposé trois propositions de programmes d'action comportant un programme spécifique relatif à la justice pénale. Ce programme doit renforcer le soutien de l'Union à la coopération judiciaire, au développement de la RM et au renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres. Il a notamment pour objectifs de favoriser les contacts et les échanges entre praticiens, de renforcer la formation judiciaire, et d'améliorer les conditions d'accès des citoyens à la justice.

# Liste des abréviations

Ann. Conv.	Annuaire de la convention européenne des droits de l'homme
CAAS	Convention d'application de l'accord de Schengen
Case Res. J. Int'l	Case Western Reserve Journal of International Law
CCM	Comisión del Comercio del Mercosur
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CEE	Communauté économique européenne
CEPOL	Collège européen de police
CETS	Council of Europe Treaty Series
CISA	Convention implementing the Schengen Agreement
CITES	Convention on international Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora
CJ	Cour de justice des Communautés européennes
CMC	Consejo del Mercado Común
CMLR	Common Market Law Review
Commiss. eur. DH	Commission européenne des droits de l'homme
Cour eur. DH	Cour européenne des droits de l'homme
CPC	Comisión Parlamentaria Conjunta
CPS	Code pénal suisse
CPT	Committee for the Prevention of Torture
DPO	Data Protection Officer
EAW	European arrest warrant
EC	European Communities
ECHR	European Convention of Human Rights

ECLAN	European Criminal Law Academic Network
ECR	European Court Reports
EEC	European Economic Community
ELR	European Law Review
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
EPC	European Politic Cooperation
ETS	European Treaty Series
EU	European Union
FCES	Foro Consultivo Economico Social
FF	Feuille fédérale
Fla. J. Int'L.	Florida Journal of International Law
Ga. J.Int'l & Comp. L.	Georgia Journal for International and Comparative Law
GAFI	Groupe d'action financière sur le blanchiment des capitaux
GMC	Grupo del Mercado Común
GRECO	Groupe d'Etats contre la corruption
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
JAI	Justice et affaires intérieures
JBL	Journal of Business Law
JHA	Justice and Home Affairs
JO	Journal officiel des Communautés européennes
JT	Journal des tribunaux
JTDE	Journal des tribunaux. Droit européen
LAFTA	Latin American Free Trade Zone
LAIA	Latin American Association for Integration
LF	Loi fédérale (suisse) sur les banques et les caisses d'épargne
MB	Moniteur belge
Mercosur	Marché commun du sud (Mercado Común del Sur)
Miami Inter-Am. L. Rev.	Miami Inter-American Law Review
NAFTA	North American Free Trade Agreement
OAS	Organization of American States
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIPC	Organisation internationale de police criminelle
OJ	Official Journal of the European Communities
OLAF	Office de lutte antifraude
ONG	Organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
PB	Protocol of Brasilia
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
PHARE	Programme d'aide communautaire aux pays d'Europe centrale et orientale
POP	Protocol of Ouro Preto
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie

RDUE	Revue du droit de l'Union européenne
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
RECJ	Réseau européen des Conseils de la justice
REFJ	Réseau européen de formation judiciaire
Rev. sc. crim.	Revue des sciences criminelles
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RJE	Réseau judiciaire européen
RMC	Revue du marché commun
RMUE	Revue du marché unique européen
RO	Recueil officiel des lois (suisse)
RS	Recueil systématique du droit fédéral (suisse)
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
SAM	Administrative secretariat (Mercosur)
SIS	Système d'information Schengen
SISME	Sistema de Intercambio de Información de Seguridad
STCE	Série des traités du Conseil de l'Europe
STE	Série des traités européens
TA	Treaty of Asuncion
TAIEX	Technical Assistance Information Exchange
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TEU	Treaty on European Union
TPI	Tribunal de première instance
TUE	Traité sur l'Union européenne
TWF	Temporary work files
UE	Union européenne
UK	United Kingdom
UN	United Nations
US	United States of America
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft



# Liste des auteurs

Susie ALEGRE, Executive Officer for Human Rights in the EU at Amnesty international EU Office.

Emmanuel BARBE, magistrat de liaison de la France en Italie.

Serge DE BIOLLEY, attaché au Service public fédéral de la Justice, Belgique et collaborateur scientifique à l'Institut d'Etudes européennes (Université libre de Bruxelles).

Gilles DE KERCHOVE, directeur, Secrétariat général du Conseil de l'UE, professeur à l'Institut d'Etudes européennes (Université libre de Bruxelles), à l'Université catholique de Louvain et aux Facultés universitaires Saint-Louis.

Olivier DE SCHUTTER, professeur à l'UCL et Global Law Professor, New York University, coordinateur du Réseau UE d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux.

Fabrice FILLIEZ, conseiller juridique à la Mission suisse auprès de l'Union européenne.

Daniel FLORE, conseiller général au Service public fédéral de la Justice, Belgique, maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain et chargé de cours à l'Université de Liège.

Franco FRATTINI, vice-président de la Commission européenne.

Luc FRIEDEN, ministre de la Justice du grand-duché de Luxembourg.

Roland GENSON, conseiller JAI, Représentation permanente du grand-duché de Luxembourg auprès de l'Union européenne.

Fernando IRURZUN MONTORO, conseiller JAI, Représentation permanente de l'Espagne auprès de l'Union européenne.

Sarah KHABIRPOUR, ministère de la Justice, Luxembourg.

Henri LABAYLE, professeur à l'Université de Pau, Chaire Jean Monnet de droit communautaire.

José Luis LOPES DA MOTA, National Member for Portugal, Eurojust.

Hans G. NILSSON, chef de division au Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne et professeur au Collège d'Europe à Bruges.

Emanuele PITTO, chercheur à l'Institut d'Etudes européennes (Université libre de Bruxelles).

Mark RICHARD, Counsel for International Enforcement Matters, United States Department of Justice, US Mission to the European Union.

Anabela Miranda RODRIGUES, professeur de droit pénal et droit pénal européen à la Faculté de droit de Coimbra (Portugal), directeur de l'Ecole de formation de magistrats au Portugal et membre de la direction du réseau européen de formation de magistrats.

Lorenzo SALAZAR, magistrat, membre du cabinet de Franco Frattini, vice-président de la Commission européenne.

Dean SPIELMANN, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

Zuzana ŠTOFOVÁ, conseiller JAI, Représentation permanente de la République slovaque auprès de l'Union européenne.

Gisèle VERNIMMEN, chef d'unité, DG ELSJ, Commission européenne.

John A.E. VERVAELE, Professor of Economic and Financial Criminal Law at the University of Utrecht, Visiting Professor of European Criminal Law at the Europe College in Bruges.

Anne WEYEMBERGH, chargée de cours et directrice adjointe de l'Institut d'Etudes européennes (Université libre de Bruxelles).

# Table des matières

Préface	
Franco FRATTINI .....	9
Introduction	
Luc FRIEDEN .....	13

## PREMIÈRE PARTIE

### Problématique générale

La notion de confiance mutuelle : l'« alpha » ou l'« oméga » d'une justice pénale européenne ?	
Daniel FLORE .....	17
Mutual trust or mutual mistrust ?	
Hans G. NILSSON .....	29
Mutual trust – Lifting the mask	
Susie ALEGRE .....	41
Mutual Trust and Enlargement	
Emanuele PITTO .....	47
Une confiance mutuelle qui ne se limite pas au processus de la reconnaissance mutuelle	
Roland GENSON .....	69

## DEUXIÈME PARTIE

**Les mesures accompagnatrices de la confiance mutuelle****Titre I. – Le contrôle juridictionnel**

La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle Olivier DE SCHUTTER .....	79
Les perspectives du contrôle juridictionnel de la confiance mutuelle dans l'Union européenne Henri LABAYLE.....	123
Recherche recours préjudiciel désespérément Emmanuel BARBE .....	149
Réflexions sur le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes dans l'instauration de la confiance mutuelle entre magistrats : le triangle nécessaire Lorenzo SALAZAR.....	157
Confiance mutuelle et contrôle juridictionnel : une liaison nécessaire ? Anabela MIRANDA RODRIGUES .....	163

**Titre II. – Les autres mesures accompagnatrices**

Panorama des mesures accompagnatrices de la confiance mutuelle dans l'espace européen de justice pénale Serge DE BIOLLEY .....	175
La confiance mutuelle, un processus dynamique, un apprentissage et un facteur de progrès Gisèle VERNIMMEN .....	205
Renforcer la confiance mutuelle : principe parlementaire et sécurité juridique Fernando IRURZUN MONTORO .....	209
Eurojust as a link to mutual trust within the European Union José Luís LOPES DA MOTA .....	223
Promouvoir la confiance mutuelle : le point de vue d'un nouvel Etat membre Zuzana ŠTOFOVÁ .....	239

## TROISIÈME PARTIE

**Quelle confiance mutuelle ailleurs ?**

Quelle confiance mutuelle ailleurs ? Anne WEYEMBERGH & Sarah KHABIRPOUR.....	247
The US approach to mutual confidence Mark RICHARD .....	271
Pérégrinations dans l'espace pénal suisse. Rétrospective et réformes récentes Fabrice FILLIEZ.....	277

Mutual trust and Mercosur integration in South America	
John A.E. VERVAELE.....	291
Conclusions	
Gilles DE KERCHOVE.....	307
Postface	
Dean SPIELMANN.....	313
Annexe. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres (19 mai 2005) .....	317
Liste des abréviations.....	329
Liste des auteurs.....	333
Table des matières.....	335

