



COMMENTAIRES DU CCBE SUR LA PROPOSITION DE DÉCISION D'ENQUÊTE EUROPÉENNE

Commentaires du CCBE sur la proposition de décision d'enquête européenne

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) est l'organe représentatif d'environ un million d'avocats européens, appartenant aux barreaux qui en font partie, dans 31 pays membres effectifs et 11 pays associés et observateurs. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

Le CCBE souhaite apporter les commentaires suivants en réponse à la proposition de *décision d'enquête européenne*.

I Histoire

Le 29 avril 2010, 7 États membres (l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, l'Espagne, l'Estonie, la Slovaquie et la Suède) ont déposé une proposition de « *décision d'enquête européenne* » (EIO, *European Investigation Order*). Cette proposition vise à remplacer non seulement les deux instruments existants dans le domaine de l'entraide, le « *mandat européen d'obtention de preuves* » (2008/978/JAI) et la « *décision-cadre 2003/577/JAI relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve* » (2003/577/JAI), mais également tous les autres instruments juridiques dans ce domaine comme la « *Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale* » de 1959 (ratifiée par tous les États membres), le premier et le deuxième protocole de cette Convention ainsi que des parties de la convention de Schengen (articles 48-53) et certains de ses protocoles.

L'article 82 (2) (a) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le traité de Lisbonne, est censé être la base juridique de cette proposition. Étant donné que la proposition est fondée sur le traité de Lisbonne, elle est soumise au vote à la majorité qualifiée et aucun droit de veto ne peut être invoqué par les États membres.

II Champ d'application de la décision d'enquête européenne

La proposition peut être résumée de la manière suivante :

- Le mandat européen d'obtention de preuves était fondé sur le type de preuves à recueillir, tandis que la décision d'enquête européenne l'est sur les mesures d'enquête en tant que telles. L'État d'émission décide de ce qu'il veut et de quelle manière le matériel doit être recueilli par l'État d'exécution ;
- La décision d'enquête européenne couvre **toutes** les mesures d'enquête à l'exception des très rares mesures explicitement exclues ;
- L'autorité d'émission décide de la mesure qui doit être exécutée par l'autorité d'exécution, l'État d'exécution n'a aucun pouvoir de décider si d'autres moyens moins coercitifs peuvent être plus appropriés pour atteindre l'objectif recherché avec un nombre très limité d'exceptions ;
- Une nouvelle forme de décision d'enquête européenne doit être utilisée et des délais clairs sont établis ;
- Une décision d'enquête européenne peut être délivrée aussi bien dans les procédures pénales qu'administratives ;
- Les agents de l'autorité d'émission sont autorisés à participer à l'exécution au sein de l'autorité d'exécution ;
- Il n'y a guère de motifs de refus, (non bis in idem, double incrimination, territorialité, etc. n'étant pas des motifs de refus) ;

- Il n'est fait mention d'aucun droit de la défense, les droits de l'homme ne sont abordés que de la manière la plus générale possible, et il n'y a pas d'évaluation de l'effet des violations potentielles des droits de l'homme par la proposition ;

III Commentaires du CCBE

a. Base juridique

L'article 1 de la décision d'enquête européenne est formulé de la manière suivante : « *La décision d'enquête européenne est une décision judiciaire émise par une autorité compétente d'un État membre (ci-après dénommé « État d'émission ») afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre (ci-après dénommé « État d'exécution ») en vue de recueillir des preuves dans le cadre des procédures visées à l'article 4* ».

Selon l'article 1, il n'existe pas de définition de la ou des « *mesures d'enquête* ». Sans une évaluation adéquate, on en conclut que la définition d'une « *mesure d'enquête* » varie dans les 27 États membres. Le CCBE s'interroge : par exemple, le fait de parler à des informateurs sera-t-il considéré comme une mesure d'enquête, un agent de police qui garde un œil dans le domaine public réalise-t-il une mesure d'enquête, quid encore d'un agent de police qui demande au gérant d'un magasin s'il peut regarder les enregistrements de sa vidéosurveillance, etc., etc. ?

Cette absence de définition d'une « *mesure d'enquête* » suscite un certain nombre d'inquiétudes.

Le premier problème remonte à la base juridique. Les questions opérationnelles de maintien de l'ordre vont au-delà du principe de reconnaissance mutuelle. Cela signifie que la règle de vote ne serait pas la majorité qualifiée mais l'unanimité (art. 89 du traité de Lisbonne) au Conseil en consultation avec le Parlement européen. Par conséquent, sans définition convenable, nous doutons que la base juridique de la proposition soit suffisante.

Le deuxième problème est que les instruments d'entraide actuels concernent un certain nombre d'actions qui peuvent difficilement être considérées comme des « *mesures d'enquête* ». On peut penser aux actes mentionnés par exemple dans l'article 49 de la Convention de Schengen. Qu'advient-il de ces actes si les instruments qui les contiennent sont supprimés après l'introduction de la décision d'enquête européenne.

L'absence d'une définition correcte de « *mesure d'enquête* » fait que cette proposition, qui aura un effet très important sur tous les citoyens de l'Union européenne, ne contient pas en tant que telles la sécurité et la clarté juridique nécessaires.

b. Non-participation

Sur le principe des protocoles 21 et 22, le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark peuvent refuser la proposition. Bien que le Royaume-Uni et l'Irlande aient notifié leur souhait de participer à l'adoption, le Danemark, quant à lui, ne participera pas. Si un ou plusieurs pays de l'Union ne participent pas à la proposition, la question se pose de savoir quel sera le statut des anciens instruments qui seront abolis entre les États membres adoptant la proposition.

c. Droits de la défense

La proposition vise à traiter toutes les « *mesures d'enquête* » imaginables.

Un nombre très limité de « *mesures d'enquête* » est explicitement exclu de la proposition. L'article 3.2 prévoit que la mise en place d'une équipe commune d'enquête et l'obtention de preuves par celle-ci soient exclues. Il en va de même pour un type spécifique d'interception des télécommunications (en lien avec l'article 18(1)(a) et 18(2) (a) et (c) et l'article 20 de la convention du 29 mai 2000).

Un certain nombre de mesures sont très explicitement abordées comme le transfèrement temporaire de personnes détenues à l'État d'émission aux fins d'une enquête (article 19), l'audition par vidéoconférence (article 21), l'audition par téléconférence (article 22), les informations relatives aux comptes bancaires (article 23), les informations relatives aux transactions bancaires (article 24), le

suivi des transactions bancaires (article 25), les livraisons surveillées (article 26) et les mesures d'enquête impliquant l'obtention de preuves en temps réel, de manière continue et au cours d'une période déterminée (article 27).

Il existe toutefois un point que **toutes** les « *mesures d'enquête* » traitées spécifiquement ou non ont (ou non) en commun : elles ne contiennent aucune mention de la défense ou des droits de la défense. Les droits de la défense sont totalement inexistantes dans la proposition. Toutes ces mesures peuvent avoir un effet important sur les droits fondamentaux des citoyens de l'Union. C'est pour cette raison affligeante qu'aucune pensée n'a été accordée aux droits de la défense. Le CCBE pense qu'il est absolument nécessaire de garantir le respect, dans la proposition, des droits de la défense, du principe d'un procès équitable et de l'égalité des armes dans les procédures pénales.

Non seulement il existe un besoin évident d'extension des droits de la défense en ce qui concerne les « *mesures d'enquête* » qui seront réalisées grâce à l'utilisation d'une mesure d'enquête européenne, ces droits doivent aussi être à la disposition de ceux qui sont touchés par la délivrance ou l'exécution de la décision elle-même. Le CCBE en déduit que le fait que les droits de la défense soient également disponibles pour les personnes touchées par la délivrance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne constitue une exigence de base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Encore une fois, un examen et une évaluation plus approfondis de l'effet exact de la proposition sont nécessaires, mais nous sommes certains que les personnes touchées par la délivrance d'une décision d'enquête européenne et celles qui sont affectées par son exécution devront avoir accès à des recours juridiques. Ces voies de recours devront être instaurées non seulement après la réalisation d'une mesure (ou il y aura de très graves objections), avant ce moment, mais également le plus tôt possible. Une des principales caractéristiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est que les voies de recours doivent être pratiques et efficaces et non théoriques et illusoire.

La proposition ne prévoit pas la possibilité pour la défense de faire usage d'une décision d'enquête européenne. Il va sans dire qu'une défense adéquate exige parfois d'interroger les témoins à l'étranger, d'obtenir des pièces de l'étranger pour les verser au dossier, etc. Il ressort de l'affaire Dayanan (CEDH, le 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, 7377/03, paragraphe 32) que « *l'accusé doit être en mesure d'enquêter sur les faits et, en particulier, de rechercher des éléments de preuve potentiellement favorables* ». La proposition doit contenir un article explicite concernant la possibilité pour la défense de faire usage d'une décision d'enquête européenne.

d. Type de procédure pour laquelle la décision d'enquête européenne peut être délivrée

La proposition ne se limite pas aux procédures pénales, puisque des « *mesures d'enquête* » peuvent également être demandées au sein de procédures administratives. Il n'existe pas de définition précise des procédures administratives. Sans évaluation adéquate, le CCBE estime qu'il se peut qu'il y ait toute une série de procédures administratives dans l'Union. Un grand nombre de questions qui peuvent être traitées par une procédure administrative (par exemple, la licence d'un débit de boisson ou d'une entreprise) peut contenir des questions « *pouvant donner lieu à une procédure auprès d'une juridiction compétente notamment en matière pénale* » (allégations de dépassement des restrictions de la licence, par exemple pour la vente d'alcool aux mineurs). (Article 4 (b), « *dans des procédures pour des faits qui sont punissables selon le droit national de l'État d'émission au titre d'infractions aux règlements poursuivies par des autorités administratives dont la décision peut donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment en matière pénale* »). Il se pourrait bien que le maire d'un village ayant l'intention de fermer un débit de boisson parce que le propriétaire ne dispose pas de la licence adéquate ou dont la licence devrait être révoquée parce qu'il a vendu de l'alcool à un mineur soit engagé dans une procédure administrative selon la proposition ?

L'autorité de délivrance et d'exécution d'une décision d'enquête européenne ne se limite pas aux autorités judiciaires (art. 2(1) et art. 2(2) en relation avec l'art. 28(1) (a) et l'art. 6(2)). Le CCBE se demande si cela signifie qu'un employé communal peut ordonner aux autorités d'une juridiction étrangère de procéder à des écoutes téléphoniques dans ce pays ?

e. Motifs de refus

L'article 10 de la proposition contient quatre motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution :

- une immunité ou un privilège en vertu de la loi de l'État d'exécution ;
- les intérêts de sécurité nationale qui mettront en danger la source des informations ou qui impliquent l'utilisation d'informations classifiées relatives aux activités spécifiques des services de renseignement ;
- lorsque la « mesure d'enquête » indiquée par l'autorité d'émission n'existe pas en vertu de la loi de l'État d'exécution ou que son utilisation se restreint à une liste ou une catégorie d'infractions qui ne sont pas concernées par la décision d'enquête européenne et qu'aucune « mesure d'enquête » disponible ne permet d'obtenir de résultat similaire ;
- dans les procédures intentées par les autorités judiciaires ou administratives concernant les actes punis par la loi nationale de l'État d'émission dont la décision peut donner lieu à une procédure devant une juridiction compétente notamment en matière pénale et lorsque la mesure ne serait pas autorisée dans une affaire nationale similaire.

Il n'existe pas d'autres motifs de refus. La différence avec le mandat d'arrêt européen (MAE) et le mandat européen d'obtention de preuves (et les décisions de gel) est frappante. Il n'y a aucune raison de refuser une décision sur le principe « *non bis in idem* », ce qui est inimaginable car le principe de double incrimination est un droit fondamental consacré par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE.

La double incrimination n'est pas un motif de refus. Jusqu'à présent, l'exigence de double incrimination n'a été supprimée que dans une liste officielle de 32 crimes dont le seuil de peine est d'au moins 3 ans. Cette fois-ci, le principe de double incrimination a été complètement abandonné.

Il en va de même pour l'exception de territorialité. Maintenant, l'autorité concernée devra (sans la moindre possibilité d'exception) coopérer pour fournir des preuves contre une personne qui n'a commis aucun crime sur le sol de l'État d'exécution. Par exemple, la police néerlandaise devra effectuer une perquisition chez un médecin généraliste parfaitement respecté qui est impliqué dans un processus d'euthanasie respectant pleinement la réglementation néerlandaise si une autorité (administrative) étrangère estime qu'il convient de procéder à l'opération.

f. Droits de l'homme

Bien que le préambule de la proposition indique clairement qu'elle respecte les droits fondamentaux et observe le principe reconnu par l'article 6 du traité de l'Union européenne et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment le titre VI, l'autorité d'exécution ne dispose d'aucun motif de refus si elle arrive à la conclusion que l'exécution conduirait à une violation de ces droits. Il est évident qu'un certain nombre de droits établis par la Charte peuvent être pertinents dans le contexte de la décision d'enquête européenne : le droit à la liberté et la sécurité, l'interdiction de la torture et des traitements ou châtiments inhumains ou dégradants, les droits de l'enfant, la protection des données à caractère personnel, la protection en cas d'éloignement, l'expulsion et l'extradition, la liberté d'expression et d'information, la présomption d'innocence et le droit à la défense, le droit de ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour la même infraction pénale, le droit à un recours effectif et à un procès équitable.

Il semble que les rédacteurs de la proposition n'aient pas assez mûrement réfléchi à ce que ces droits impliquent en réalité. Nous ne pouvons pas aborder dans les temps impartis une étude adéquate sur toutes les « *mesures d'enquête* » potentielles qui seront concernées par cette proposition ni ses effets sur les droits fondamentaux des citoyens de l'Union. Une telle étude devra néanmoins être réalisée : elle mènera sûrement à la conclusion que les motifs de refus doivent être ajoutés.

g. Proportionnalité et subsidiarité

« L'espace de liberté, de sécurité et de justice » est un enjeu majeur à l'ordre du jour européen. En vertu de celui-ci, les citoyens ont un certain nombre de droits tels que la libre circulation des marchandises (art. 28), la libre circulation des travailleurs (art. 45), des services (art. 56), des capitaux (art. 63), etc. Des atteintes à ces droits sont possibles uniquement lorsqu'elles sont proportionnelles. Ces mêmes principes de droit de l'Union se retrouvent à l'article 49(3) de la Charte des droits fondamentaux. Avant l'introduction du traité de Lisbonne, la Cour de justice européenne a déjà établi que les principes de subsidiarité et de proportionnalité étaient des principes fondamentaux du droit européen (Ferwerda, CJCE, 5 mars 1980, 256/78 et Hauer, CJCE, 13 décembre 1979, 44/79). De sérieuses inquiétudes se font jour à ce sujet dans un certain nombre d'évaluations de la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen.

L'État d'exécution devrait être en mesure de refuser l'exécution s'il arrive à la conclusion que l'exécution de la décision d'enquête européenne sera disproportionnée ou en infraction avec le principe de subsidiarité.

C'est sur la base des principes fondamentaux du droit communautaire que l'État d'exécution devra être autorisé à décider de quelle manière une enquête particulière sur son territoire devra être traitée. En dehors de cela, il est difficile de concevoir qu'un État d'émission puisse décider du moyen le plus approprié et efficace de faire face à un certain type d'enquête dans un autre État.

h. L'absence de contrôle judiciaire.

La proposition révèle un manque global de contrôles et d'équilibre judiciaires. La compétence des autorités de délivrance, d'autre part, est de grande envergure. Voici quelques exemples :

Une décision d'enquête européenne peut être délivrée par une autorité judiciaire compétente pour ordonner la collecte de preuves, y compris les autorités de police.

Un système dans lequel les autorités de police associées de l'État d'exécution décident de reconnaître et d'exécuter ou non la décision n'est pas un système qui fournit les contrôles et les équilibres indispensables. L'autorité policière chargée de l'enquête n'a pas la distance nécessaire pour faire ce genre d'évaluation.

Pour qu'une décision d'enquête européenne soit reconnue et exécutée, il ne semble même pas nécessaire d'avoir évalué qu'une infraction a été effectivement commise.

La décision d'enquête européenne ne restreint pas l'utilisation des preuves obtenues, pas même lorsque l'État d'émission ne les exige plus. En raison de l'énorme quantité de données disponibles de nos jours, de nombreuses données à caractère privé concernant les suspects et de nombreux tiers souffrent de manque de protection.

L'organisation d'auditions de spécialistes ou de témoins par vidéoconférence plutôt qu'en personne se limite au fait de savoir si l'autorité d'émission estime qu'il n'est pas « souhaitable » que le témoin ou l'expert soit présent en personne.

Bien que la décision d'enquête européenne ne s'applique pas à la surveillance transfrontalière, elle semble s'appliquer à la surveillance à l'échelle de l'État, bien que celle-ci soit une mesure de plus grande portée.

La proposition permet le transfert immédiat des éléments de preuve obtenus sans le consentement préalable d'un juge indépendant de l'État d'exécution.

Par conséquent, l'absence de contrôle judiciaire peut conduire à des actions policières arbitraires, sans aucune attention envers la protection des droits des parties du suspect ou des tiers. Le contrôle judiciaire demeure la meilleure garantie d'indépendance, d'impartialité et de bonne procédure et donc d'un procès équitable.

i. Conclusion

Le CCBE espère que les points ci-dessus soulignent les nombreux problèmes de la proposition et est prêt à donner davantage d'informations concernant l'un des points soulevés.