

Le contrôle démocratique dans l'espace pénal européen

Anne WEYEMBERGH et Veronica SANTAMARIA ¹

1. Introduction

1. La présente contribution vise à étudier le contrôle démocratique au sein du troisième pilier du traité sur l'Union européenne. La problématique sera donc analysée en ce qui concerne l'un des pans seulement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à savoir la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Comparée à d'autres politiques de la construction européenne comme le « marché intérieur », l'implication de l'Union européenne dans le domaine pénal est assez récente. Mais, malgré son évolution et certaines améliorations, elle souffre, depuis ses origines, d'un cruel déficit démocratique.

2. Ce déficit a fait l'objet de bien des critiques, lesquelles mettent en cause la légitimité même des travaux menés. Elles sont d'autant plus vives que la démocratie est et a toujours été une valeur cardinale du projet européen ². On voit mal en outre comment concilier ce déficit démocratique avec l'objectif, de plus en plus central, de l'Union qui

¹ Les auteurs remercient Serge de Biolley, expert détaché au Secrétariat général du Conseil de l'Union européenne, pour ses commentaires. Toutes erreurs ou insuffisances ne sont dues qu'aux auteurs.

² Voy. notamment le préambule du traité sur l'Union, de même que son article 6. Cet objectif a entre autres également été consacré par les conclusions du Conseil européen de Tampere (voy. notamment le paragraphe 1), de même que par la déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Union européenne annexée aux conclusions du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 (SN 300/1/01, en particulier p. 19, 21 et 22), etc. Sur la problématique du déficit démocratique et sa résorption progressive, voy. entre autres P. MAGNETTE, « Le principe démocratique au-delà de la représentation », in P. MAGNETTE (éd.), *La Constitution de l'Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 2000, p. 136 et s.

est de se rapprocher des citoyens ³. Cette conciliation est particulièrement malaisée dans le domaine pénal, qui présente une sensibilité particulière et entretient un rapport complexe avec les libertés et droits fondamentaux. Il convient en effet d'entrée de jeu de souligner l'importance que revêt le contrôle démocratique dans cette matière.

L'édiction de lois pénales consiste à définir les conditions d'exercice du *droit de punir*. Cette définition doit en principe être réservée aux destinataires de la loi pénale eux-mêmes, c'est-à-dire aux citoyens, à travers leurs représentants élus démocratiquement. C'est ce qu'exprime le principe de la légalité des délits et des peines, dans sa composante formelle. Conformément à celle-ci, c'est en théorie à la loi qu'est réservé le monopole de la réglementation de la répression pénale. Il s'agit là d'une application du principe de la séparation des pouvoirs ⁴, plus précisément d'une séparation des fonctions législative et juridictionnelle qui se double d'une séparation des pouvoirs entre fonctions législative et exécutive ⁵. Ce principe implique que la répression pénale trouve sa source dans un acte voté par des assemblées élues selon des modalités qui leur confèrent une légitimité démocratique. C'est précisément cette origine qui justifie la confiance placée dans la loi pénale ⁶. Il est en effet traditionnellement admis que la répression pénale doit être une contrainte sociale surveillée et orientée ⁷. Surveillée, dans ce sens que sa définition doit être réservée à ceux qui en sont les destinataires : la légalité pénale représente pour chacun la contrepartie d'une liberté négociée. Parce qu'elle porte atteinte à la liberté de ceux qu'elle vise, la répression pénale n'est pas acceptable à n'importe quelle condition, les auteurs du pacte social entendant conserver la maîtrise de leur propre liberté ⁸. En tant que contrainte sociale orientée, la répression pénale se doit de traduire de la manière la plus transparente et la plus immédiate les valeurs sociales qui fondent la société. Le Parlement étant le mieux à même de déterminer les exigences qu'une société entend s'imposer, le caractère démocratique du droit pénal est la condition de sa concordance naturelle avec l'évolution de la collectivité à laquelle il s'applique.

3. Pour traiter du thème retenu, nous adopterons une approche chronologique : après avoir brièvement rappelé l'ampleur du déficit démocratique caractérisant les travaux européens en matière pénale avant l'adoption du traité d'Amsterdam (2), nous verrons que ce traité, bien qu'il ait apporté certaines améliorations, a laissé subsister de graves lacunes (3). Enfin, nous envisagerons les perspectives d'avenir (4).

³ Voy. notamment le préambule du traité sur l'Union, de même que son article 1.

⁴ Sur ce principe, voy. naturellement MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Loix*, Paris, Flammarion, 1979, vol. I, livre XI, p. 291 et s.

⁵ M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 98 et 99.

⁶ *Ibid.*, p. 103.

⁷ *Ibid.*, p. 713 et s.

⁸ Il s'agit là d'un héritage du siècle des Lumières : dans le contexte d'un régime fondé sur la fiction du contrat social, le droit pénal est, à la base, une contrainte que chacun accepte de subir, mais en contrepartie de la parcelle de liberté ainsi abandonnée, chacun entend que l'usage de cette liberté concédée soit réservé aux représentants les plus directs du corps social, parce qu'ils sont les moins enclins à en abuser. L' élu hésitera en effet à braver l'impopularité et à compromettre sa réélection par des mesures attentatoires à la liberté de ceux qui l'ont investi.

2. Avant le traité d'Amsterdam : un profond déficit démocratique

4. Dès leurs origines, la coopération policière et la coopération judiciaire pénale entre les membres de l'Union ont été marquées par un sérieux déficit démocratique (A). Celui-ci s'est à peu de choses près maintenu sous le traité de Maastricht (B).

A. Les origines

5. Les origines de l'espace pénal européen remontent aux années 1970. De cette période date la prise de conscience de l'internationalisation des menaces criminelles et surtout de la menace terroriste ou « euroterroriste »⁹. Pour lutter ensemble contre celles-ci, les Etats membres des Communautés européennes ont cherché à développer la coopération policière et la coopération judiciaire pénale. Ils ont poursuivi ces efforts dans la seconde moitié des années 1980, mais cette fois afin de compenser la suppression projetée des contrôles aux frontières intérieures. Pour ce faire, ils ont créé, hors du cadre institutionnel communautaire, de nouvelles structures de coopération telles le groupe de coopération policière dit « Trevi »¹⁰, mis sur pied à Rome en 1975 par les ministres de l'Intérieur¹¹, ou le groupe CPE – *coopération judiciaire – affaires pénales*¹². Ces enceintes étaient caractérisées par leur nature purement intergouvernementale¹³. Elles étaient entre autres marquées par une prédominance absolue du pouvoir exécutif, un manque criant de transparence et un cruel déficit démocratique. Ce dernier résultait de l'absence du Parlement européen combinée au rôle limité laissé aux Parlements nationaux. Les textes des conventions étaient en effet préparés et négociés par les experts issus des ministères compétents et adoptés par les ministres concernés. Ils étaient ensuite soumis aux Parlements nationaux pour ratification mais ceux-ci, n'ayant le plus souvent pas été tenus informés du cours des négociations, étaient en général mis devant le fait accompli et ne bénéficiaient plus d'une réelle marge de manœuvre. Ils se trouvaient face à une alternative fort stricte : soit ils rejetaient le texte adopté au niveau gouvernemental, soit ils le ratifiaient tel quel.

6. Quelques années plus tard, la coopération Schengen s'est mise en place, avec pour objectif de servir de « laboratoire » à l'Union en réalisant l'ouverture des frontières

⁹ Sur ce contexte, voy. entre autres D. BIGO, *Polices en réseaux : l'expérience européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 1996, p. 269 et s.

¹⁰ Allusion à la fontaine romaine et acronyme de Terrorisme, Radicalisme, Extrémisme, Violence Internationale.

¹¹ Sur Trevi, voy. notamment G. RENAULT, *Schengen un modèle pour l'Europe pénale ?*, Dossiers du JT, n° 6, Bruxelles, Larcier, 1995, p. 28.

¹² R. DE GOUTTES, « De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen », in *Mélanges G. Levasseur*, p. 11 et 12 ; Y. GAUTIER, « Titre VI : Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », in V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR, D. SIMON (dir.), *Le Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 833 et s.

¹³ Voy. notamment M. LEPOIVRE, « Le domaine de la justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence intergouvernementale de 1996 », *CDE*, 1995, p. 325 et s. ; D.M. CURTIN et J.F.M., POUW, « La coopération dans le domaine de la justice et des affaires intérieures au sein de l'Union européenne : une nostalgie d'avant Maastricht ? », *RMUE*, 1995, p. 15 et s.

entre un nombre réduit d'Etats. Afin d'éviter que la suppression des contrôles aux frontières intérieures ne profite aux criminels, une série de mesures compensatoires ont été adoptées. Celles-ci ont entre autres porté sur la coopération policière et la coopération judiciaire pénale. Elles se sont développées parallèlement aux travaux des enceintes précitées. Intervenant également dans un cadre de coopération de nature purement intergouvernementale, elles présentaient les mêmes déficiences, c'est-à-dire entre autres une prédominance totale du pouvoir exécutif, un manque de transparence et un profond déficit démocratique.

B. Le traité de Maastricht

7. Avec l'entrée en vigueur du traité de Maastricht et la création du titre VI ou troisième pilier du traité sur l'Union européenne, la plupart des groupes préexistants, comme le groupe Trevi ou le groupe « *ad hoc* coopération judiciaire pénale », ont disparu et leurs travaux ont été absorbés dans le cadre institutionnel de l'Union européenne. Cette intégration a toutefois connu une exception importante : en effet, à l'époque, la coopération Schengen a continué à se développer entre un nombre restreint d'Etats membres, hors du cadre de l'UE et ce jusqu'au traité d'Amsterdam.

Quoiqu'encore à très nette prédominance intergouvernementale, le troisième pilier du traité de Maastricht a soumis les travaux absorbés à d'importants changements institutionnels. Il a en effet injecté quelques éléments propres à la logique communautaire et y a ainsi associé les institutions communautaires existantes, entre autres le Parlement européen. Certes cette implication du Parlement européen constituait un progrès par rapport à la situation antérieure¹⁴. Elle restait toutefois fort limitée¹⁵. En effet, aux termes de l'article K 6,

« La présidence et la Commission informent régulièrement le Parlement européen des travaux menés dans les domaines relevant du présent titre.

La présidence consulte le Parlement européen sur les principaux aspects de l'activité dans les domaines visés au présent titre et veille à ce que les vues du Parlement européen soient dûment prises en considération.

Le Parlement européen peut adresser des questions ou formuler des recommandations à l'intention du Conseil. Il procède chaque année à un débat sur les progrès réalisés dans la mise en œuvre des domaines visés au présent ».

8. La faiblesse des pouvoirs du Parlement européen qui en résultait a été d'autant plus fortement critiquée qu'elle s'est confirmée dans la pratique. Les relations du Conseil et de la Présidence avec le Parlement européen n'ont en effet pas été caractérisées par un climat d'ouverture et de confiance mutuelle¹⁶. Les différentes Présidences

¹⁴ Y. GAUTIER, « Titre VI : Dispositions sur la coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », *op. cit.*, p. 854 et 855.

¹⁵ J. MONAR, « The Evolving Role of the Union Institutions in the Framework of the Third Pillar », in J. MONAR & R. MORGAN (ed.), *The Third Pillar of the European Union. Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs*, Bruges, European Interuniversity Press, 1994, p. 75 et s. ; R. McMAHON, « Maastricht's Third Pillar : Load-Bearing or Purely Decorative ? », *Legal Issues of European Integration*, 1995, p. 59.

¹⁶ Voy. sur ce point notamment, PARLEMENT EUROPÉEN, Groupe de travail du Secrétariat général, Task Force « Conférence intergouvernementale », *Fiche thématique n° 9 sur la*

ont effectivement soumis de nombreux projets d'instruments au Parlement européen mais la procédure s'est souvent révélée formelle. Soit le projet lui était transmis à un stade tout à fait préliminaire et, dans ce cas, son avis ne correspondait bien souvent plus au texte en discussion, dans la mesure où celui-ci avait fait l'objet de nombreuses adaptations au fil des négociations, soit le projet ne lui était transmis qu'une fois finalisé et, dans ce cas, l'avis du Parlement avait évidemment bien peu de chance d'être encore pris en considération¹⁷. A cet égard et à titre d'exemple, le Parlement européen n'a reçu qu'en mai 1995 le texte du projet de convention Europol qui a pourtant constitué pendant plusieurs années une des priorités essentielles des travaux au sein du Conseil¹⁸.

9. Quant aux Parlements nationaux, une volonté s'est fait jour, depuis les années 1990, de rechercher des solutions afin de les impliquer davantage et de leur attribuer une certaine marge de contrôle sur la construction européenne. Cependant cette implication fut, elle aussi, relativement restreinte comme en témoigne la déclaration n° 13 relative au rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne, qui fut annexée au traité. Conformément à celle-ci, la Conférence estime qu'il est important d'encourager une plus grande participation des parlements nationaux aux activités de l'Union européenne, qu'il convient à cet effet d'intensifier l'échange d'informations entre les parlements nationaux et le Parlement européen et que, dans ce contexte, les gouvernements des Etats membres veillent, entre autres, à ce que les parlements nationaux puissent disposer des propositions législatives de la Commission en temps utile pour leur information ou pour un éventuel examen. Dans la pratique, les Parlements nationaux n'étaient ni en mesure d'exercer un véritable contrôle sur les membres de leur gouvernement pendant les négociations ni, une fois les textes adoptés au niveau du Conseil, d'examiner en détail les propositions législatives qui leur étaient soumises ; ils ne disposaient donc pas d'une véritable marge d'appréciation. En effet, le plus souvent les Parlements nationaux ne recevaient au cours des négociations que des informations très limitées sous prétexte de l'évolution rapide des discussions et de ce que tout texte transmis aurait été trop vite dépassé. Fréquemment, les textes étaient envoyés à la veille des réunions du Conseil, les Parlements nationaux étant ainsi mis devant le fait accompli. En outre, même lorsque l'information était fournie en temps utile, rares étaient les Parlements qui avaient vraiment la faculté d'orienter ou de conditionner les décisions de leur gouvernement¹⁹.

communautarisation du troisième pilier (CJAI) du Traité sur l'Union européenne, Luxembourg, 22 août 1996, PE 166.292, p. 3.

¹⁷ Voy. notamment D. O'KEEFFE, « Critical View of the Third Pillar », in A. PAULY (dir.), *De Schengen à Maastricht : voie royale et course d'obstacles*, Maastricht, IEAP, 1996, p. 10 ; D. FLORE, « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *JTDE*, 1999, p. 128.

¹⁸ Voy. sur ce point, M. LEPOIVRE, *op. cit.*, p. 336, note 28.

¹⁹ Sur ce constat, voy. G. WATSON, « Le point de vue d'un politicien », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 333.

3. Depuis le traité d'Amsterdam : un déficit démocratique qui subsiste

10. Tel qu'il fonctionne aujourd'hui, le troisième pilier est toujours à nette prédominance intergouvernementale mais il a été profondément marqué par les changements introduits par le traité d'Amsterdam. Ceux-ci ont contribué à atténuer le déficit démocratique existant. Toutefois ces réformes sont marquées par de sérieuses limites, qui expliquent qu'à l'heure actuelle le déficit démocratique subsiste au sein du troisième pilier (A). Son impact est d'autant plus puissant et gênant qu'il est renforcé par d'autres évolutions (B).

A. Les améliorations introduites par le traité d'Amsterdam et leurs limites

11. Le traité d'Amsterdam a renforcé l'implication du Parlement européen (1), a favorisé le rôle des Parlements nationaux (2) et a étendu la portée des améliorations ainsi apportées à l'acquis Schengen en l'intégrant dans l'acquis de l'Union (3).

1. Le Parlement européen

12. Désormais, aux termes de l'article 39 du traité sur l'Union,

« 1. Avant d'adopter toute mesure visée à l'article 34, par. 2, points b), c) et d), le Conseil consulte le Parlement européen. Celui-ci rend son avis dans un délai que le Conseil peut déterminer et qui ne peut être inférieur à trois mois. A défaut d'avis rendu dans ce délai, le Conseil peut statuer.

2. La présidence et la Commission informent régulièrement le Parlement européen des travaux menés dans les domaines relevant du présent titre.

3. Le Parlement européen peut adresser des questions ou formuler des recommandations à l'intention du Conseil. Il procède chaque année à un débat sur les progrès réalisés dans les domaines visés au présent titre ».

Les deuxième et troisième paragraphes de cette disposition n'introduisent pas de grands changements par rapport à l'ancien article K 6 du traité de Maastricht. En ce qui concerne l'information régulière du Parlement, on notera cependant qu'aux termes du nouveau protocole sur le rôle des Parlements nationaux, un délai de six semaines s'écoule entre le moment où une proposition législative ou une proposition de mesure à adopter en application du titre VI du traité sur l'Union européenne est mise par la Commission à la disposition du Parlement européen et du Conseil dans toutes les langues, et la date à laquelle elle est inscrite à l'ordre du jour du Conseil en vue d'une décision ²⁰.

Quant au paragraphe 1 de l'article 39, il instaure une nouvelle procédure de consultation obligatoire. Le Conseil est, en principe, tenu de consulter le Parlement européen avant d'adopter toute nouvelle décision, décision-cadre et convention. Le Parlement devra rendre son avis dans un délai que le Conseil peut déterminer mais qui ne peut être inférieur à trois mois. Cette consultation constitue une formalité substantielle prescrite à peine de nullité : dans le cadre des compétences qui lui sont attribuées par l'article 35 du traité, la Cour de justice des Communautés européennes pourrait sanctionner un de ces actes si le Parlement européen n'était pas consulté alors qu'il devait l'être.

²⁰ Des exceptions sont toutefois possibles pour des raisons d'urgence, dont les motifs sont exposés dans l'acte.

Certains instruments n'ont pas fait l'objet d'une telle consultation : c'est ce qu'illustre la décision du Conseil du 13 septembre 1999 définissant le 4-MTA comme une nouvelle drogue synthétique devant être soumise à des mesures de contrôle et à des dispositions pénales ²¹. Cette décision ne serait toutefois qu'une décision d'application de l'action commune du 16 juin 1997 relative à l'échange d'informations, à l'évaluation des risques et au contrôle des nouvelles drogues de synthèse. Aucun recours n'a été introduit auprès de la Cour dans ce cas.

Cette procédure de consultation obligatoire est néanmoins soumise à d'importantes limites.

13. Celles-ci concernent en premier lieu le champ d'application de l'obligation de consultation ou plus exactement les instruments qui y sont soumis. Certains y échappent : entre autres les instruments de nature programmatique. Or ceux-ci sont tout à fait essentiels ; il suffit à cet égard de songer à l'importance qu'ont revêtu certains programmes de nature horizontale comme les conclusions de Tampere ou le programme de La Haye et son plan d'action, ou les multiples programmes sectoriels adoptés dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, contre la criminalité organisée, contre la traite des êtres humains, etc. Les instruments relatifs au volet extérieur de l'espace pénal européen échappent également à l'obligation de consultation. C'est le cas des positions communes, qui ne sont pas mentionnées par l'article 39, par. 1, UE, et des accords conclus par l'Union avec les Etats tiers et organisations tierces sur la base des articles 24 et 38 du traité UE ²².

La procédure applicable pour la conclusion des accords est organisée par l'article 24 du traité UE : elle est entièrement aux mains des exécutifs des Etats membres. Le Parlement européen n'y est aucunement associé. Ainsi, par exemple, en dépit des réserves qu'ils suscitaient, les accords du 6 juin 2003 entre l'Union européenne et les Etats-Unis en matière d'extradition et d'entraide judiciaire pénale ²³ n'ont fait l'objet d'aucune consultation du Parlement européen. Cette situation a été dénoncée par le Parlement lui-même ²⁴, par certains Parlements nationaux ²⁵ et par de nombreux observateurs, entre autres par le réseau d'experts indépendants pour les droits fondamentaux ²⁶. La question de l'association du Parlement européen a aussi fait

²¹ *JO*, n° L 244, 16 septembre 1999, p. 1 et s. A propos de l'absence de consultation dans ce cas, voy. G. WATSON, *op. cit.*, p. 334.

²² A propos de ces accords, voy. G. DE KERCHOVE et S. MARQUARDT, « Les accords internationaux conclus par l'Union européenne », *AFDI*, 2004, p. 803 et s.

²³ *JO*, n° L 181, 19 juillet 2003, p. 23 et s.

²⁴ Voy. la Résolution du Parlement européen sur la coopération judiciaire entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique dans le domaine de la lutte antiterroriste, B5 – 0813/2001, *JO*, n° C 177, 25 juillet 2002, p. 288 ; rapport de J. Hernandez Mollar, A 5 – 0172/2003, 22 mai 2003 et recommandation du Parlement européen au Conseil sur ces points, 2003 (0239), 23 juin 2003, point 7.

²⁵ Voy. ASSEMBLÉE NATIONALE, Délégation pour l'Union européenne, Rapport D. Quentin sur la coopération judiciaire entre l'Union européenne et les Etats-Unis d'Amérique, 2003, n° 716, p. 26 ; CHAMBRE DES LORDS, Select Committee of the EU, Session de 2002-2003, 38^e rapport, r 153, 15 juillet 2003, p. 8.

²⁶ Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, Rapport annuel sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne en 2003, Observation thématique

l'objet de bien des débats en ce qui concerne un autre accord conclu avec les Etats-Unis, à savoir celui qui porte sur les PNR (*Passenger Name Record*). Pour rappel, suite aux attentats du 11 septembre 2001, les Etats-Unis ont adopté une loi imposant aux compagnies aériennes, pour les vols vers et à partir du territoire américain ou traversant celui-ci, de communiquer aux autorités américaines des informations personnelles relatives aux passagers à des fins sécuritaires. Un premier accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis d'Amérique a été signé le 28 mai 2004²⁷. Mais il a dû être dénoncé par l'Union européenne suite à un arrêt de la CJ du 30 mai 2006²⁸, qui annulait entre autres la décision du Conseil du 17 mai 2004 autorisant la conclusion de l'accord en question. Cette annulation se fonde sur le choix incorrect de base légale, à savoir l'article 95 CE en liaison avec l'article 300, par. 2, CE : le transfert des données PNR ayant pour finalité la lutte contre le terrorisme et d'autres types de criminalité, il constitue, selon la Cour, un traitement ayant pour objet la sécurité publique et les activités de l'Etat relatives à des domaines du droit pénal²⁹. Le premier accord a alors été rapidement remplacé par un nouvel accord intérimaire signé en octobre 2006 mais cette fois entre l'Union européenne et les Etats-Unis dans le cadre du troisième pilier³⁰. Alors que le Parlement européen avait déjà été marginalisé lors de la conclusion du premier accord³¹, ce changement de base légale a eu pour effet de réduire encore davantage son implication en la matière : il s'agit là d'une conséquence plutôt paradoxale vu qu'elle fait suite à un recours en annulation introduit par le Parlement européen lui-même³².

14. Les limites de la procédure de consultation prévue tiennent également à ce que l'avis du Parlement européen influence assez peu le contenu des actes adoptés. Ceci tout d'abord parce qu'il ne s'agit jamais que d'une consultation. L'avis rendu n'est en rien contraignant. Le Conseil est libre de ne le prendre que partiellement en considération ou de le négliger totalement. On ne compte plus les exemples de cas où la substance de la position prise par le Parlement, ou le contenu des amendements qu'il a présentés, ont été purement et simplement ignorés par le Conseil. Ce manque d'égard pour l'avis du Parlement européen est d'autant plus fréquent qu'il est bien souvent sollicité trop en amont et/ou trop en aval dans le processus de négociation³³. Deux consultations formelles ont lieu. La première porte sur la version initiale de la proposition, que celle-

n° 2, janvier 2004, p. 16 et s. disponible sur le site http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/thematic_comments_2003_fr.pdf.

²⁷ *JO*, n° C 158, 15 juin 2004, p. 1.

²⁸ CJ, 30 mai 2006, aff. C-317/04 et C-318/04, *PE c. Conseil et PE c. Commission*.

²⁹ Voy. tout particulièrement les paragraphes 67 et s.

³⁰ *JO*, n° L 298, 27 octobre 2006, p. 27 et s.

³¹ En vertu de l'article 300, par. 3, premier al., du traité CE, le Conseil avait fixé un délai dans lequel il demandait au Parlement européen de rendre son avis, en vue de la nécessité urgente de remédier à la situation d'incertitude dans laquelle se trouvent les compagnies aériennes et les passagers et de protéger les intérêts financiers des parties concernées. Le Parlement européen n'a pas rendu son avis dans le délai fixé (à ce sujet, voy. paragraphes 36 et s.).

³² A ce sujet, voy. entre autres E. GUILD et E. BROUWER, « The political life of data. The ECJ Decision on the PNR Agreement between the EU and the US », *EPS Policy brief*, 109, July 2006 ; voy. aussi <http://www.statewatch.org/pnrobservatory.htm>.

³³ A cet égard, voy. G. DE KERCHOVE, « L'Europe pénale », *loc. cit.*

ci émane de la Commission européenne ou des Etats membres ³⁴. Les effets de cette première consultation sont restreints puisque, quand l'avis du Parlement est rendu, le texte a déjà fait l'objet de négociations au sein du Conseil et ne correspond plus vraiment au projet initial. Une seconde consultation a lieu « le plus tard possible », c'est-à-dire sur la version du texte négocié la plus proche de celle qui sera finalement adoptée. Cette dernière consultation permet de satisfaire à une obligation consacrée par la jurisprudence de la CJ ³⁵. Certes, il n'y aura en principe pas d'accord politique du Conseil sur l'instrument soumis à consultation sans que l'avis du Parlement européen soit rendu, mais ce dernier n'est pas pris en compte puisqu'il intervient à un moment où un accord au sein du Conseil a été dégagé. Le Conseil ne prend pas le risque d'en modifier le contenu, de crainte de rompre l'équilibre trouvé.

15. Enfin, un troisième type de limite doit aussi être mentionné mais son importance ne doit quant à elle pas être exagérée : lorsqu'il y a obligation de consultation, le Conseil peut imposer au Parlement européen de rendre son avis dans un certain délai. Comme le précise expressément le traité, si ce délai n'est pas respecté, le Conseil peut aller de l'avant et se passer de l'avis du Parlement. Suite à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la question s'est posée de savoir si cette possibilité reconnue au Conseil allait demeurer exceptionnelle ou si le Conseil allait y avoir régulièrement recours. Il ressort manifestement de la pratique que c'est seulement lorsqu'il y a urgence particulière que le Conseil requiert du Parlement européen qu'il rende son avis dans un délai donné. Il faut d'ailleurs souligner que, dans l'immense majorité des cas, le délai entre le dépôt d'une proposition et son adoption par le Conseil est bien plus long que trois mois.

2. *Les Parlements nationaux*

16. Quant aux Parlements nationaux, mention spéciale doit être faite du protocole sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne annexé au traité d'Amsterdam. Celui-ci est plus ambitieux que l'ancienne déclaration n° 13 ; il vise à renforcer la participation des parlements nationaux. Pour ce faire il exige que tous les documents de consultation de la Commission (livres verts, livres blancs et communications) soient transmis rapidement aux parlements nationaux des Etats membres. Il stipule par ailleurs que les propositions législatives de la Commission, définies par le Conseil conformément à l'article 151, par. 3, du traité instituant la Communauté européenne, soient communiquées en temps voulu pour que le gouvernement de chaque Etat membre puisse veiller à ce que le parlement national de son pays les reçoive comme il convient.

³⁴ Lorsqu'il s'agit d'une proposition émanant des Etats membres, la première consultation formelle a lieu à l'initiative du Coreper.

³⁵ Il est admis que, sauf l'hypothèse où la modification de la proposition ne ferait que suivre l'avis du Parlement européen, une modification de fond, une modification affectant la substance d'une proposition ou le cœur même du dispositif mis en place, entraîne l'exigence d'une nouvelle consultation (voy. entre autres CJ, 5 juillet 1995, aff. C-21/94, *Parlement c. Conseil* ; CJ, 1^{er} juin 1994, aff. C-388/92, *Parlement c. Conseil*, ...). A ce sujet, voy. aussi J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 5^e éd. 2006, p. 676 et s.

Certes, en comparaison avec la situation préexistante, ces nouvelles règles ont favorisé le contrôle par les Parlements nationaux. Celui-ci a été d'autant plus facilité que, conformément à une déclaration jointe au règlement du Conseil, les textes à voter au Conseil doivent être transmis aux Etats membres non plus quatorze jours mais vingt et un jours avant le vote ³⁶. Un tel allongement du délai permet aux gouvernements nationaux de transmettre plus aisément la toute dernière version des textes à adopter à leurs Parlements nationaux respectifs.

Ces modifications n'ont toutefois pas permis de corriger notablement le déficit démocratique ; leur impact s'est en effet révélé limité, ce pour deux raisons principales.

17. D'une part, parce que le mode et le contenu du contrôle exercé par les Parlements nationaux dépendent des réglementations nationales applicables ³⁷. Certaines d'entre elles sont particulières, telles celles de la Suède et du Danemark, où le Parlement ne donne son accord à l'adoption du texte européen qu'une fois les modifications nécessaires apportées à la loi nationale. Tant que ces modifications ne sont pas faites, l'adoption formelle du texte ne peut avoir lieu. Certes, la règle en question présente certains mérites mais les réserves parlementaires suédoise et danoise retardent considérablement l'adoption officielle des textes par le Conseil. La règle précitée a pour conséquence qu'en réalité, la Suède et le Danemark sont les premiers Etats membres à transposer les instruments en question, avant même qu'ils ne soient adoptés formellement. D'importantes variations apparaissent également en ce qui concerne le volet extérieur de l'espace pénal européen, et plus précisément le rôle des Parlements nationaux quant aux accords extérieurs conclus sur la base des articles 24 et 38 du traité UE. Les Etats membres ont en effet diversement interprété et appliqué l'article 24, par. 5, UE, aux termes duquel « Aucun accord ne lie un Etat membre dont le représentant au sein du Conseil déclare qu'il doit se conformer à ses propres règles constitutionnelles (...) ». La plupart des Etats membres se sont prévalus de cette disposition en ce qui concerne les accords entre l'Union européenne et les Etats-Unis en matière d'extradition et d'entraide judiciaire. Nombreux sont ceux qui ont estimé que ces accords devaient être ratifiés par leur Parlement national ³⁸ mais quelques-uns ont adopté une attitude différente ³⁹.

18. D'autre part, parce que de manière générale, l'intérêt pour les questions européennes et, en particulier pour le droit pénal européen, varie considérablement selon les assemblées nationales. Alors qu'au sein de certaines d'entre elles, les politiques pénales de l'Union sont fort débattues, dans d'autres le désintéressement est patent. A cet égard, le cas belge est inquiétant. Sauf exceptions, la Commission justice, pourtant informée plusieurs semaines à l'avance des ordres du jour des Conseils, montre très

³⁶ Voy. la déclaration relative à l'article 3 du règlement intérieur du Conseil.

³⁷ A ce propos, voy. le rappel fait par le Protocole sur le rôle des Parlements nationaux lui-même aux termes duquel : « le contrôle exercé par les différents parlements nationaux sur leur propre gouvernement pour ce qui touche aux activités de l'Union relève de l'organisation et de la pratique constitutionnelles propres à chaque Etat membre ».

³⁸ Voy. par exemple la Belgique, l'Allemagne, la Suède, la Finlande, etc.

³⁹ Voy. le cas de la France et de la Grèce. A ce sujet voy. aussi Réseau d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, *op. cit.*, p. 17.

peu d'intérêt quant à leur préparation. Dans une telle situation, on peut se poser la question de la responsabilité des parlementaires ; il nous paraît en tout cas plutôt paradoxal de faire preuve d'inattention lorsque le texte est au niveau européen et d'ensuite protester lorsqu'il arrive au niveau interne pour transposition.

En conséquence des variations objectives et subjectives précitées, l'étendue et l'efficacité du contrôle parlementaire varient fortement selon l'Etat membre concerné : ainsi tandis que certains Parlements nationaux sont fort impliqués et exercent un contrôle étroit sur leurs gouvernements respectifs – comme les Parlements danois et suédois, le Parlement néerlandais et le Parlement britannique ⁴⁰ – d'autres le sont bien moins, tels le Parlement belge ⁴¹.

3. *L'intégration de l'acquis Schengen*

19. Suite à l'intégration de l'acquis de Schengen dans le droit de l'Union par le protocole intégrant l'acquis de Schengen dans celui de l'Union, les améliorations précitées – et leurs limites – s'appliquent par extension aux dispositions de l'acquis Schengen relevant de la coopération policière et judiciaire pénale rattachées au troisième pilier. L'intégration de l'acquis Schengen a ainsi eu pour conséquence positive de réduire le déficit démocratique dont souffrait le cadre Schengen. Toutefois, si l'intégration de l'acquis de Schengen a le mérite d'entraîner une plus grande implication du Parlement européen, il convient de relever qu'elle ne concerne que les modifications ou les développements apportés à l'acquis Schengen mais non le processus d'incorporation lui-même. En effet, aux termes du protocole Schengen, la responsabilité de déterminer la base juridique appropriée pour chacun des actes constituant l'acquis Schengen relève du seul Conseil. La consultation du Parlement européen n'est pas prévue par le protocole Schengen. Ce choix a fait l'objet de vives critiques. Il est en effet assez extraordinaire que, par le biais d'une telle procédure, un ensemble de règles de droit, de décisions politiques et d'arrangements administratifs, comme celui qui compose l'acquis Schengen, adopté par le Comité exécutif ou par des instances auxquelles ce Comité a délégué des pouvoirs de décision, sans ou avec très peu de contrôle parlementaire, soit converti en droit de la Communauté européenne ou de l'Union européenne sans aucune participation du Parlement européen ⁴².

B. *L'impact du déficit démocratique renforcé par des évolutions récentes*

20. Les limites dont souffrent les améliorations intervenues laissent subsister un déficit démocratique au sein du troisième pilier. Son impact est d'autant plus puissant qu'il est renforcé par certaines autres évolutions. Quatre d'entre elles méritent d'être mises en avant.

⁴⁰ Sur le contrôle exercé par le Parlement britannique, voy. C.S. KERSE, « Democratic Control of the Third Pillar – Parliamentary Scrutiny », in P. CULLEN & S. JUND (ed.), *Criminal Justice Co-operation in the European Union after Tampere*, Trier, Era, 2002, p. 93 et s.

⁴¹ Sur ces variations selon les Etats membres, *ibid.*

⁴² Voy. notamment N. PIÇARRA, « La mise en œuvre du Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne : règle et procédures », in M. DEN BOER, *Schengen's Final Days ? The Incorporation of Schengen into the New TEU, External Borders and Information Systems*, Maastricht, EIPA, 1998, p. 36.

21. La première est l'affaiblissement généralisé des Parlements nationaux. Une telle évolution est nettement perceptible dans toutes les branches juridiques mais a été particulièrement dénoncée dans le secteur pénal en raison de ses spécificités. Certes, dans sa dimension formelle, le principe de légalité a toujours admis un certain nombre d'ajustements. Il n'implique pas un monopole absolu des Parlements nationaux en matière pénale, l'exécutif prolongeant la loi ou la volonté du législateur et le juge interprétant celle-ci. Ces tempéraments ont cependant pris de plus en plus d'importance ⁴³ et ont conduit à un effacement progressif des parlements. Nous n'identifierons pas ici les divers facteurs conduisant à un tel effacement ⁴⁴ mais nous soulignerons simplement que le déficit démocratique constaté dans le cadre du troisième pilier n'est donc pas spécifique à l'Union européenne : il relève d'une tendance plus générale. Il est cependant d'autant plus gênant qu'il vient contribuer et renforcer encore le déficit démocratique que connaît déjà depuis quelque temps le droit pénal.

22. La deuxième évolution à mentionner est le développement progressif de l'efficacité et de la portée contraignante des instruments à disposition dans le troisième pilier, lequel a laissé de moins en moins de place aux Parlements nationaux. Afin de saisir l'importance de cette évolution, il suffit de comparer les traits caractéristiques des principaux instruments utilisés aux origines de la coopération pénale entre les Etats membres de l'Union et sous Maastricht (les conventions et les actions communes) à ceux des principaux instruments utilisés depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (les décisions et décisions-cadres).

Instrument classique de la « vie intergouvernementale », les conventions nécessitent une ratification par les Parlements nationaux pour entrer en vigueur et ces ratifications sont parfois intervenues très tard ou ne sont pas intervenues du tout. Quant aux actions communes, lorsqu'elles étaient contraignantes, elles n'engageaient que les gouvernements des Etats membres et pas les Parlements nationaux ⁴⁵.

Les décisions et décisions-cadres contraignent tant les gouvernements que les Parlements nationaux quant au résultat à atteindre. Certes, conformément à la lettre du traité lui-même, décisions et décisions-cadres sont privées de tout effet direct ⁴⁶. Les Parlements nationaux doivent donc en principe intervenir en adoptant des lois de transposition mais leur marge de manœuvre est étroite et un délai pour procéder à la transposition est prévu. En outre, la CJ leur a reconnu un effet « indirect » dans l'affaire *Pupino* : dans son arrêt du 16 juin 2005 ⁴⁷, elle a soumis la décision-cadre

⁴³ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « D'où viennent les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet », in *Politique, police et justice au bord du futur, Mélanges pour et avec Lode Van Oustrive*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 132 et 133 ; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, op. cit., p. 46 et s. et 197 et s.

⁴⁴ A cet égard, voy. entre autres A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 286 et s.

⁴⁵ D. FLORE, « Une justice pénale européenne après Amsterdam », op. cit., p. 126.

⁴⁶ Article 34, par. 2 b) et c), TUE.

⁴⁷ CJ, 16 juin 2005, aff. C-105/03, *Procédure pénale contre Maria Pupino*. Pour un commentaire de cette décision, voy. entre autres M. FLETCHER, « Extending « indirect effect »

du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales à l'obligation d'interprétation conforme. Ainsi, et même s'il n'existe toujours pas, dans le troisième pilier, de recours en manquement comme en droit communautaire, la force obligatoire des instruments à disposition dans le domaine pénal au sein de l'Union s'est intensifiée, affaiblissant en conséquence les Parlements nationaux.

A cause des nombreuses limites qui l'affectent, le renforcement des pouvoirs du Parlement européen ne permet pas de compenser cette intensification de la portée des actes et l'affaiblissement des Parlements nationaux en résultant. Il y a, en quelque sorte, un déséquilibre entre la « supranationalisation » croissante des instruments à disposition dans le domaine pénal et le maintien des réflexes liés à l'intergouvernementalité en ce qui concerne les pouvoirs du Parlement européen. Et ce déséquilibre explique la force avec laquelle le déficit démocratique constaté dans le troisième pilier rejait sur les normes pénales des Etats membres. Cet impact au niveau interne est encore accru par le fait qu'on ne peut exclure le risque de son exploitation par les autorités gouvernementales. La tentation est grande en effet pour celles-ci d'exporter certaines problématiques vers l'enceinte européenne afin de se passer des contrôles existants au niveau national et de se servir ensuite de la décision du Conseil pour faire pression dans leur pays. Evidemment, plus les projets sont controversés au niveau interne, plus cette tentation est forte. Elle peut aller jusqu'à pousser les Etats eux-mêmes à battre en brèche le principe de la subsidiarité, alors même qu'il est traditionnellement perçu comme une protection des Etats membres contre un dépouillement progressif des attributs de leur souveraineté ⁴⁸.

23. La troisième évolution est liée au développement de nouveaux aspects dans les travaux menés en matière pénale au sein de l'Union européenne. Les textes législatifs s'étant multipliés depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, l'évaluation de leur mise en œuvre a progressivement pris de plus en plus d'importance. Toutefois, le Parlement européen n'est pas ou n'est que peu associé aux évaluations ainsi réalisées. Cette nouvelle lacune est venue s'ajouter au déficit démocratique affectant l'adoption des instruments législatifs elle-même. Par ailleurs, outre les initiatives législatives et le développement de l'évaluation de leur mise en œuvre, la coopération plus opérationnelle s'est elle aussi intensifiée, entre autres par l'établissement de nouveaux acteurs de la coopération et/ou le développement de leurs compétences et fonctions. Ici encore on ne peut que constater et regretter la faiblesse du contrôle parlementaire sur cette coopération opérationnelle et sur le fonctionnement des acteurs en question.

to the third pillar : the significance of Pupino », *ELR*, 2005, 30/6, p. 862-877 ; M. VON UNGER, « Pupino : Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2006, p. 46 et s. ; A. WEYEMBERGH (en collaboration avec P. DE HERT et P. PAEPE), « L'effectivité du troisième pilier de l'Union européenne et l'exigence de l'interprétation conforme : la Cour de justice pose ses jalons (note sous l'arrêt *Pupino*, du 16 juin 2005, de la Cour de justice des Communautés européennes), *RTDH*, 2007, p. 269 et s.

⁴⁸ Voy. entre autres R. Dehousse, qui mentionne la tentation pour les administrations nationales de faire passer au niveau européen des idées qui se sont heurtées à un mur au niveau national (« Le principe de subsidiarité dans le débat constitutionnel européen », in P. MAGNETTE, (éd.), *La Constitution de l'Europe, op. cit.*, p. 153).

24. Enfin, la quatrième évolution est relative aux coopérations renforcées. Vu l'exigence d'unanimité au sein du troisième pilier et les difficultés ou blocages qui en résultent, les coopérations renforcées sont devenues particulièrement attrayantes suite à la « crise » qu'a connue l'espace pénal européen après l'élargissement et après les résultats négatifs des référendums sur la ratification du traité constitutionnel en France et aux Pays-Bas. Il n'y a pourtant pas encore eu de recours à la coopération renforcée s'inscrivant dans le cadre institutionnel du troisième pilier du traité. Certains Etats membres ont en revanche eu recours aux coopérations renforcées mais hors du cadre du traité sur l'Union. En témoigne le traité de Prüm signé le 27 mai 2005 par sept Etats membres (l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, l'Espagne et l'Autriche) ⁴⁹.

Ce traité a fait l'objet de nombreuses critiques, et ce pour des raisons variées. Elles se fondent entre autres sur le déficit démocratique dont il souffre. Il y a en effet une différence majeure en ce qui concerne l'implication du Parlement européen selon que les coopérations renforcées sont réalisées dans le cadre ou hors du cadre du traité. Tandis que, dans le premier cas, le Parlement européen est associé aux travaux, dans le second, la procédure étant purement intergouvernementale, il ne l'est pas. On le sait, le traité de Prüm devrait être intégré dans le cadre du troisième pilier et étendu aux vingt-sept Etats membres ⁵⁰. Certes, cette intégration présente divers avantages. Il est vrai aussi que le Parlement européen aura à donner son avis sur la proposition d'acte qui réalise l'intégration ; cet avis sera toutefois encore moins pris en compte que d'habitude puisque l'objectif déclaré est d'intégrer les dispositions du traité de Prüm avec le moins de changements possible. Le déficit démocratique ayant affecté la procédure intergouvernementale hors du traité rejaillira donc nécessairement sur l'acte qui en réalisera l'intégration dans le cadre institutionnel de l'UE. Mais il affectera d'autant plus l'acte qui intégrera le traité de Prüm dans le droit de l'Union qu'à la différence de celui-ci il n'aura pas à être ratifié par les Parlements nationaux mais bien « simplement » transposé par eux ⁵¹.

C. *Les perspectives de changement*

25. Avant d'envisager les perspectives de changements susceptibles de résulter de la réforme des traités (1), il convient d'évoquer brièvement celles qui sont indépendantes de l'évolution du droit primaire (2).

1. *Perspectives de changement indépendantes d'une réforme du droit primaire*

26. Des changements liés au contrôle démocratique sont susceptibles de découler de la jurisprudence de la CJ, d'une part, et de l'usage de la technique de la passerelle, de l'autre.

⁴⁹ Doc. 10900/05, 7 juillet 2005. A ce sujet, voy. entre autres D. KIETZ et A. MAURER, « From Schengen to Prüm. Deeper integration through Enhanced cooperation of signs of fragmentation in the EU ? », *SWP Comments*, May 2006, p. 1 et s. ; T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA and E. GUILD, « Security and the two-level game : the Treaty of Prüm, the EU and the management of threats », *CEPS working document*, n° 234, January 2006.

⁵⁰ A ce sujet voy. Conseil JAI de février 2007.

⁵¹ A cet égard, voy. *supra* nos développements relatifs à la deuxième évolution.

27. En ce qui concerne la jurisprudence de la CJ tout d'abord, il importe de relever les conséquences de son arrêt du 13 septembre 2005 dans l'affaire *Commission c. Conseil*⁵². Pour rappel, par cette décision, la CJ annule la décision-cadre du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal. Selon la Cour, cet instrument n'aurait pas dû être adopté dans le troisième pilier mais dans le premier : en effet, dit la Cour, le législateur ne peut être empêché, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des Etats membres qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement⁵³. Ce faisant la Cour tranche par l'affirmative une vieille controverse portant sur la question de savoir si la Communauté européenne possède des compétences pénales. Cet arrêt a indiscutablement étendu le champ d'action de la méthode communautaire.

Au plan du contrôle démocratique, deux lectures de cette extension sont possibles. Selon la première, l'extension de la méthode communautaire emporte une extension des pouvoirs du Parlement européen. Elle est donc positive. La seconde lecture l'est nettement moins puisqu'elle prend en considération le fait que cette extension de la méthode communautaire est réalisée par la Cour, donc par le juge, sans contrôle démocratique ! Quoi qu'il en soit, que l'on opte pour l'une ou l'autre de ces lectures ou qu'on les combine, la portée exacte de cette décision du 13 septembre 2005 demeure floue. Elle a fait et fait encore actuellement l'objet de grandes controverses. La Cour saisira peut-être l'occasion pour apporter des précisions supplémentaires lorsqu'elle tranchera le recours en annulation introduit par la Commission européenne contre la décision-cadre du 12 juillet 2005 sur la répression de la pollution causée par les navires⁵⁴.

28. Quant à la fameuse technique de la passerelle, son existence est consacrée par l'article 42 du traité sur l'Union. Aux termes de cette disposition, sur initiative de la Commission ou d'un Etat membre, et après consultation du Parlement européen, le Conseil peut décider à l'unanimité de communautariser toutes ou certaines des matières du troisième pilier, c'est-à-dire de les transférer vers le titre IV du premier pilier sans passer par une réforme des traités. L'on pourrait logiquement s'attendre à ce qu'un tel transfert emporte un accroissement de l'implication du Parlement européen par le biais de l'application de la procédure de la co-décision et, en conséquence, une réduction du déficit démocratique. Mais ce serait là pécher par excès d'optimisme. En effet, l'article 42 n'identifie pas la procédure décisionnelle applicable dans le cas d'une telle communautarisation. Il laisse à cet égard une marge de manœuvre considérable au Conseil. Ce dernier pourrait donc ne pas opter nécessairement pour la procédure

⁵² CJ, 13 septembre 2005, aff. C-176/03, *Commission c. Conseil*.

⁵³ Voy. le paragraphe 48 de l'arrêt.

⁵⁴ Aff. pendante C-440/05, *Commission c. Conseil* (l'arrêt de la Cour est attendu pour la fin de l'année 2007 mais l'avocat général M.J. Mazak a déjà rendu ses conclusions le 28 juin 2007).

de la co-décision ⁵⁵. Au-delà de ces incertitudes et des difficultés auxquelles la mise en œuvre de cette technique est confrontée ⁵⁶, on notera que la suggestion avancée par la Commission de recourir à cette technique de la passerelle ⁵⁷ a été accueillie de manière glaciale par les Etats membres. La « retenue » des ministres de la Justice et de l'Intérieur lors du Conseil informel de Tampere le 21 septembre 2006 notamment en dit long à ce propos.

2. *Changements résultant de la réforme des traités*

29. Lors des débats qui se sont tenus dans le cadre de la Convention sur l'avenir de l'Europe, les diverses faiblesses institutionnelles dont souffre l'espace pénal européen, et notamment son déficit de légitimité démocratique, ont été soulignées à de multiples reprises ⁵⁸ et des propositions ont été faites afin de les corriger. C'est ce dont témoigne entre autres le rapport final du Groupe de travail X chargé d'approfondir les questions de justice et d'affaires intérieures ⁵⁹. Ce rapport a grandement influencé le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe présenté par la Convention en date du 18 juillet 2003 ⁶⁰. Et la plupart des propositions de réforme ont été retenues par le traité établissant une Constitution pour l'Europe (ci-après « le traité constitutionnel ») adopté par le Conseil européen les 17 et 18 juin 2004 ⁶¹.

Parmi d'autres transformations qu'il devait apporter au secteur pénal, le traité constitutionnel aurait incontestablement permis de réduire de manière significative le déficit démocratique dont souffre actuellement ce chantier européen. Une telle amélioration aurait été la conséquence du principe de la démocratie représentative que ce traité consacre ⁶², de l'abolition du troisième pilier et de la « communautarisation » des matières pénales qui en résulte.

30. S'il était entré en vigueur, le traité constitutionnel aurait permis d'associer beaucoup plus étroitement le Parlement européen aux travaux dans le domaine pénal. Celui-ci serait devenu co-législateur dans tous les domaines pour lesquels le traité constitutionnel prévoyait l'application de la procédure législative ordinaire de co-décision ⁶³. Certes, ce traité maintenait certaines exceptions où cette procédure ordinaire n'aurait pas trouvé à s'appliquer. Le Parlement européen n'en aurait pas moins été impliqué d'une manière ou d'une autre : il aurait en effet été amené à

⁵⁵ Voy. entre autres S. PEERS, « Transferring the third pillar », Statewatch analysis (disponible sur le site : <http://www.statewatch.org>).

⁵⁶ Voy. l'exigence d'une décision du Conseil à l'unanimité et la lourdeur de la procédure.

⁵⁷ Entre autres dans sa communication sur « la mise en œuvre du programme de La Haye : la voie à suivre », COM (2006) 331 final, 28 juin 2006, par. 3.2.

⁵⁸ A ce propos, voy. H. LABAYLE, « Instruments et procédures de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : quelques réflexions critiques », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 41 et s.

⁵⁹ Rapport final du groupe de travail X « Liberté, sécurité et justice », CONV 426/02, 2 décembre 2002.

⁶⁰ CONV 850/03.

⁶¹ CIG 87/04, 6 août 2004.

⁶² Article I-46 et en particulier son paragraphe 1.

⁶³ Article III-396.

approuver certains projets d'actes que le Conseil aurait adoptés à l'unanimité ⁶⁴ et aurait dû être consulté sur d'autres types d'actes ⁶⁵. Le Parlement européen aurait par ailleurs été plus étroitement impliqué au plan de la dimension extérieure de l'espace pénal européen. Il suffit à cet égard de songer à son rôle dans la conclusion des accords externes : conformément à l'article III-325, par. 6, v) du traité constitutionnel ceux-ci auraient en effet dû faire l'objet d'un avis ou d'un avis conforme du Parlement européen, selon les cas.

31. Quant aux parlements nationaux, ils auraient, eux aussi, été plus étroitement impliqués. Conformément aux propositions du groupe de travail IV ⁶⁶, chargé d'approfondir ce sujet au sein de la Convention sur l'avenir de l'Union, le rôle des Parlements nationaux a été consacré dans le corps même du traité constitutionnel. Une disposition générale relative au principe de la démocratie représentative reconnaît ainsi expressément leur fonction de contrôle sur les gouvernements ⁶⁷. Les Parlements nationaux se seraient également vu reconnaître un rôle spécial dans le contrôle de l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ⁶⁸. Ce rôle aurait été exercé dans le cadre d'un mécanisme d'alerte précoce, lui-même précisé et organisé par le protocole sur l'application du principe de la subsidiarité et de la proportionnalité annexé au traité constitutionnel. Les discussions ayant fait apparaître combien le mode d'organisation de l'Union rend malaisée la surveillance par les Parlements nationaux, diverses mesures destinées à leur faciliter la tâche figurent dans une version amendée du protocole sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne annexé au traité d'Amsterdam. Ces amendements visent principalement à permettre une meilleure information des Parlements nationaux. A cette fin, ils exigeaient entre autres de la Commission européenne qu'elle transmette directement aux Parlements nationaux tous les documents consultatifs et le programme législatif annuel ou tout autre instrument de programmation législative ou de stratégie politique qu'elle introduit auprès du Parlement européen et du Conseil des ministres, en même temps qu'elle les envoie à ces institutions ⁶⁹.

⁶⁴ C'est le cas d'éventuels projets de décisions européennes déterminant les éléments du droit pénal procédural et du droit pénal matériel des Etats membres autres que ceux identifiés par la Constitution pouvant faire l'objet d'un rapprochement ou d'un éventuel projet de loi européenne instituant un Parquet européen à partir d'Eurojust.

⁶⁵ Il en est ainsi des propositions de règlement assurant une coopération administrative entre les services des Etats membres compétents en matière de coopération policière et judiciaire pénale (article III-263) ; des projets de lois européennes et de lois-cadres européennes établissant des mesures de coopération opérationnelle en matière policière ; des projets de lois européennes et de lois-cadres européennes fixant les conditions et limites dans lesquelles les autorités policières et judiciaires d'un Etat membre peuvent agir sur le territoire d'un autre Etat membre.

⁶⁶ Rapport final du Groupe de travail IV sur le rôle des Parlements nationaux, 22 octobre 2002, CONV 353/02, par. 5.

⁶⁷ Article I-46, par. 2.

⁶⁸ Articles I-11, par. 3 et III-259.

⁶⁹ Voy. le titre I du protocole sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne.

32. Au-delà de ce rôle accru du Parlement européen et/ou des Parlements nationaux en ce qui concerne l'adoption d'actes législatifs ou la conclusion d'accord externes, le traité constitutionnel comportait aussi certaines dispositions expresses liées à l'association des Parlements aux évaluations de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans le secteur pénal. Ainsi, conformément à l'article I-42, par. 2, « Les Parlements nationaux peuvent, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, participer aux mécanismes d'évaluation prévus à l'article III-260 (...) ». Quant à l'article III-260 lui-même, il prescrit l'information du Parlement européen et des Parlements nationaux quant à la teneur et aux résultats des évaluations de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans le secteur. Leur information était également expressément prévue en ce qui concerne les travaux du Comité permanent institué au sein du Conseil pour promouvoir et renforcer la coopération opérationnelle en matière de sécurité intérieure (ci-après « le COSI ») ⁷⁰. Enfin, le traité constitutionnel prévoyait un contrôle par le Parlement européen des activités d'Europol ⁷¹, contrôle auquel sont associés les Parlements nationaux ⁷², et une association du Parlement européen et des Parlements nationaux à l'évaluation des activités d'Eurojust ⁷³.

33. On le sait, le projet de remplacer les traités actuels par le traité constitutionnel a été abandonné au profit de l'adoption d'un traité modificatif qui, sous réserve de certaines exceptions, a introduit dans les traités actuels les innovations découlant de la CIG 2004. Il s'agit donc de réformer le traité UE, qui conservera sa dénomination et le traité CE qui s'intitulera « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ». Conformément aux conclusions du Conseil européen de juin 2007 ⁷⁴, au mandat conféré à la Conférence intergouvernementale ouverte en juillet 2007 ⁷⁵ et aux propositions présentées par la Présidence portugaise ⁷⁶, le traité de Lisbonne a été signé le 13 décembre 2007. Il a repris l'acquis constitutionnel en matière pénale, et en particulier, la substance des dispositions constitutionnelles entraînant une réduction du déficit démocratique actuel en matière pénale devrait subsister et même être renforcée à certains égards. C'est ce qui découle du transfert projeté des matières couvertes par l'actuel troisième pilier vers le « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », entraînant l'abolition du troisième pilier et l'extension de la méthode communautaire. Les dispositions sur la coopération policière et judiciaire pénale ont été intégrées dans le titre IV de la troisième partie du traité, intitulé « L'espace de liberté, de sécurité et de justice » ⁷⁷. Ceci résulte également du maintien des dispositions relatives aux principes démocratiques ⁷⁸. A certains égards, le contrôle parlementaire devrait même

⁷⁰ Article III-261.

⁷¹ Article III-276, par. 2.

⁷² Articles I-42, par. 2 et III-276, par. 2.

⁷³ Articles I-42, par. 2 et III-273, par. 1^{er}.

⁷⁴ Voy. doc. 11216/07, 26 juin 2007.

⁷⁵ Doc. 11218/07, 26 juin 2007.

⁷⁶ CIG 1/07, 2/07, 3/07 et 4/07, 24 juillet 2007.

⁷⁷ Voy. le chapitre 1 sur les dispositions générales (articles 67 à 76), le chapitre 4 relatif à la coopération judiciaire pénale (articles 82 à 86) et le chapitre 5 sur la coopération policière (articles 87 à 89).

⁷⁸ Articles 9 et s. du traité sur l'Union européenne.

être renforcé par rapport aux dispositions constitutionnelles. C'est surtout le cas pour les Parlements nationaux. Une nouvelle disposition sur leur rôle a été insérée dans le corps même du traité sur l'Union européenne. La formulation du paragraphe c) de cette disposition semble plus contraignante que celle de l'article I-42, par. 2, puisqu'il ne prévoit plus simplement que les Parlements nationaux peuvent participer aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice mais qu'ils contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union en y participant. Conformément à la nouvelle version du protocole, le rôle des Parlements nationaux dans le contrôle de l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité est intensifié, et le mécanisme d'alerte précoce renforcé. Enfin, le délai accordé aux parlements nationaux pour examiner des projets d'actes législatifs et donner un avis motivé sur le respect du principe de la subsidiarité est allongé : il passera de six à huit semaines.

34. Si ces dispositions sont effectivement ratifiées, elles entraîneront indiscutablement une réduction du déficit démocratique existant à l'heure actuelle. Elles ne le supprimeront toutefois pas totalement. En effet, l'association du Parlement européen sera encore soumise à certaines limites. Parfois, elle n'est tout simplement pas prévue, comme dans le cas de la définition des orientations stratégiques de la programmation législative et opérationnelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice ⁷⁹. Là où elle est prévue, elle varie encore parfois d'intensité et, comme l'illustrent les modalités différenciées de contrôle d'Europol et d'Eurojust ⁸⁰, ces variations ne reposent pas toujours sur une justification convaincante. Quant aux Parlements nationaux, le contenu et le mode de contrôle qu'ils exercent continueront de dépendre de chaque réglementation nationale ; leur étendue et leur efficacité varieront donc encore fortement selon l'Etat membre concerné. Par ailleurs, si d'un côté l'intensification du rôle des Parlements nationaux présente le mérite de démocratiser les travaux, elle fait aussi peser certaines menaces sur l'approfondissement de l'espace pénal européen. Les parlementaires nationaux pourraient tenter de freiner les travaux en la matière et, en particulier, les travaux de rapprochement des législations pénales, particulièrement délicats au plan de la souveraineté nationale mais pourtant nécessaires à la mise sur pied d'un espace pénal européen équilibré ⁸¹. Dans ce domaine, en effet, le danger existe plus que dans d'autres qu'il soit fait grand usage de la procédure organisée par le protocole sur l'application du principe de la subsidiarité et de la proportionnalité. Ce risque est d'autant plus réel qu'à certains égards les conditions de mise en œuvre de cette procédure sont assouplies pour le secteur qui nous concerne ⁸².

⁷⁹ Article III-258 du traité constitutionnel et article 62 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne .

⁸⁰ Tandis qu'il s'agit simplement d'être associé à l'évaluation des activités d'Eurojust, il s'agit de prendre part au contrôle des activités d'Europol.

⁸¹ Sur ce point, voy. A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, op. cit.

⁸² Voy. le paragraphe 6 du protocole sur l'application du principe de la subsidiarité et de la proportionnalité tel qu'adjoint au traité constitutionnel et l'article 7, par. 2, de ce protocole dans sa version telle que modifiée par la CIG 2007 : quand il s'agit du secteur pénal, les propositions doivent être réexaminées lorsque les avis motivés sur le non-respect par une proposition du

4. Conclusions

35. De notre analyse il ressort que, en dépit de l'évolution institutionnelle qui a marqué les travaux menés au sein de l'Union en matière pénale, le déficit démocratique a persisté. Toutefois, il y a de bonnes raisons d'espérer que celui-ci soit en grande partie corrigé par les réformes des traités en cours.

Pour terminer, il importe de souligner que cette contribution n'a porté que sur le contrôle démocratique au sens de la démocratie représentative et non pas au sens de la démocratie participative. Cette seconde dimension, qui concerne la consultation des secteurs professionnels impliqués, des experts et de la société civile est essentielle et ne va pas sans poser elle aussi d'épineuses questions. Elle n'en est qu'à ses premiers balbutiements et mériterait d'être considérablement améliorée. De ce point de vue aussi, le traité constitutionnel et le traité de Lisbonne ouvrent d'intéressantes perspectives et laissent entrevoir certains progrès ; l'avenir nous dira si ces espoirs se concrétiseront. Mais il s'agit là d'un sujet distinct nécessitant des développements approfondis, qui devraient faire l'objet d'une étude spécifique.

principe de subsidiarité représente au moins un quart de l'ensemble des voix attribuées aux Parlements nationaux des Etats membres et aux chambres des Parlements nationaux alors que la proportion d'avis négatifs doit être d'un tiers dans les autres domaines.