

Le traité de Lisbonne et la fin annoncée du troisième pilier : sortie de crise pour l'espace pénal européen ?

Serge DE BIOLLEY et Anne WEYEMBERGH

1. Introduction

La coopération policière et judiciaire pénale est un des secteurs dans lesquels le traité de Lisbonne aura le plus grand impact ; il s'agit donc aussi d'un domaine où la réforme est la plus attendue ou la plus redoutée. La présente contribution a pour objectif de présenter les enjeux principaux de cette évolution.

La coopération policière et judiciaire en matière pénale est longtemps restée en dehors du champ de la construction européenne en raison de sa sensibilité particulière pour la souveraineté nationale. Les premières avancées réelles sont relativement récentes puisqu'elles ont été réalisées dans le cadre de la mise en œuvre de la coopération Schengen (1990). Une série de règles ont été adoptées en la matière pour « compenser » la suppression des contrôles aux frontières intérieures, c'est-à-dire pour contrer les conséquences de cette ouverture des frontières pour la criminalité. Ce n'est qu'avec le traité de Maastricht (1992) que le titre VI du TUE ou le « troisième pilier » est né : il a mis en place un cadre intergouvernemental à l'intérieur de l'Union pour la coopération dans le secteur de la justice et des affaires intérieures mais n'a donné lieu qu'à des réalisations limitées. Sans supprimer son caractère intergouvernemental, le traité d'Amsterdam (1997) a apporté à la coopération des aménagements importants, qui ont augmenté la portée des instruments adoptés. C'est ce cadre, peu affecté par le traité de Nice (2001), qui reste aujourd'hui d'application.

A l'heure actuelle, la coopération policière et judiciaire pénale continue donc de se développer dans le troisième pilier de l'Union européenne: elle se développe dans un cadre institutionnel distinct du droit communautaire (le premier pilier) et du secteur de la politique étrangère et de sécurité commune (la PESC, deuxième pilier). Les institutions (Conseil, Commission, Parlement européen et Cour de justice) sont

les mêmes, mais la répartition des rôles est différente. Le troisième pilier continue ainsi de relever, dans une large mesure, de la coopération intergouvernementale.

Comme le traité constitutionnel, le traité de Lisbonne supprime ce troisième pilier et intègre la coopération policière et judiciaire pénale dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), c'est-à-dire dans l'ancien traité sur la Communauté (TCE) ou premier pilier.

La coopération policière et judiciaire pénale devrait ainsi rejoindre les autres composantes du secteur « justice et affaires intérieures » (JAI) ou « liberté, sécurité et justice » que sont l'asile, l'immigration, les visas et la justice civile. Ces secteurs, qui relevaient également du troisième pilier dans le traité de Maastricht (1992), avaient déjà été déplacés vers le premier pilier par le traité d'Amsterdam (1997). Toute la JAI serait donc centralisée dans le titre V du TFUE ¹.

Afin de prendre la mesure de l'ampleur des modifications attendues du traité de Lisbonne, un tableau rapide des enjeux de la coopération policière et judiciaire pénale sera tout d'abord dressé et les difficultés ou la situation de crise que cette coopération connaît actuellement seront brièvement présentées (2). Les différents aspects du traité de Lisbonne affectant profondément le fonctionnement de la coopération pénale seront ensuite étudiés. Les changements structurels et institutionnels introduits par le traité modificatif (3) mais aussi les modifications apportées au contenu même de la coopération mise en place (4) seront exposés. Enfin, le « prix à payer » pour l'insertion de tels changements sera mis en évidence, à savoir le renforcement de la géométrie variable de l'espace pénal européen (5). Tous ces développements sont bien entendu subordonnés à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

2. Enjeux et crise actuelle

A. Les enjeux de la coopération policière et judiciaire pénale

Traditionnellement, respectueux de la souveraineté de l'Etat, le droit pénal et les compétences des autorités répressives sont marqués par le principe de la territorialité nationale. Face à la multiplication des situations transnationales, la coopération s'est développée pour éviter que l'existence des frontières nationales et le principe de la territorialité ne perturbent le bon déroulement de la justice pénale. La coopération policière et judiciaire pénale peut donc être présentée comme une réponse aux défis posés par une transnationalisation croissante.

La dimension transnationale peut schématiquement relever de trois niveaux différents.

Le premier est celui des régions frontalières situées à l'intérieur de l'Union. Dans celles-ci, la suppression des contrôles frontaliers risque de bénéficier aux auteurs

¹ Selon la nouvelle numérotation, publiée au *JO*, n° C 306, 17 décembre 2007, p. 202 et s. Voir dans *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités*, par Marianne Dony (Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2008) la version consolidée, officielle, des traités UE et CE révisés par le traité de Lisbonne, dans sa version définitive signée le 13 décembre 2007, ainsi que les protocoles, nouveaux ou anciens modifiés, qui seront joints à ces traités, les déclarations adoptées lors de la Conférence intergouvernementale de 2007 et le texte intégral de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, telle que proclamée le 12 décembre 2007, accompagnée de ses explications.

d'infractions puisque, en vertu du principe de la territorialité, les pouvoirs des policiers doivent traditionnellement s'arrêter aux frontières. Des règles ont donc été mises en place pour permettre, par exemple, à une patrouille de police d'un Etat membre qui poursuit une voiture volée de continuer la poursuite durant un certain temps au-delà des frontières nationales (« droit de poursuite transfrontalière » ou « *hot pursuit* »). Ces règles ont été instaurées dans le cadre de la coopération Schengen et ont peu évolué depuis. La coopération en la matière se développe surtout au plan bilatéral.

Le deuxième niveau, plus général, est celui des affaires pénales revêtant une dimension transnationale. Celle-ci peut provenir d'une foule d'éléments : l'auteur de l'infraction a commis celle-ci alors qu'il était en voyage dans un autre Etat membre que son Etat de résidence, un témoin doit être entendu alors qu'il ne réside pas dans l'Etat où les poursuites sont menées, une perquisition doit être faite dans une habitation qui se trouve dans un autre Etat membre, la voiture retrouvée sur les lieux d'une infraction est immatriculée ailleurs, etc.

En ce qui concerne la coopération policière, ces situations transfrontalières soulèvent surtout des questions de traitement et d'échange d'information. Des outils ont été mis en place, comme le Système d'information Schengen (SIS), qui permet par exemple de « signaler » une personne recherchée dans un Etat membre aux fins d'arrestation. Si cette personne fait l'objet d'un simple contrôle routier dans un autre Etat membre, elle sera immédiatement arrêtée en vue d'être remise aux autorités qui sont à l'origine du signalement. Des travaux plus récents visent à assouplir les échanges d'informations en octroyant aux policiers d'un Etat membre un accès direct aux bases de données situées dans un autre Etat membre et accessibles aux policiers de ce dernier (« principe de disponibilité ») : ces travaux permettront prochainement à un policier français de consulter en ligne la base de données belge d'immatriculation des véhicules, sans devoir adresser une requête formelle de coopération et sans devoir attendre la réponse.

En ce qui concerne la coopération judiciaire, ce sont principalement l'obtention de la preuve (durant la phase des poursuites) et l'exécution des peines (après le jugement) qui sont visées. Il s'agit de s'écarter des relations traditionnelles entre Etats dans ce secteur, lesquelles sont caractérisées par un grand formalisme, par la lenteur des procédures, par l'intervention des gouvernements dans les affaires et de vastes possibilités de refus de coopérer. L'évolution a été progressive. Elle prend désormais de plus en plus la forme de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Celle-ci applique en quelque sorte le principe de la libre circulation aux décisions judiciaires : une décision prise par un juge dans un Etat membre doit avoir le même effet dans tout l'espace judiciaire européen. La concrétisation la plus visible est sans doute la décision-cadre de 2002 sur le mandat d'arrêt européen qui a remplacé les procédures d'extradition par une procédure de remise exclusivement judiciaire, moins formelle et plus rapide, avec moins de possibilités de refus et une limitation du contrôle effectué par les autorités appelées à exécuter le mandat.

Le troisième niveau est celui de la criminalité grave, complexe, qui se situe à une échelle transnationale plus large comme les grandes organisations criminelles, la traite des êtres humains, le trafic de drogue ou certaines formes de terrorisme. En ce qui concerne ces phénomènes, il ne s'agit pas seulement de trouver des solutions

à des questions ponctuelles d'échange d'information ou d'obtention de la preuve. Il faut aussi développer une véritable réponse européenne. Les premiers travaux, en développement constant, concernent la mise en commun systématique et l'analyse de l'information recueillie au niveau national : c'est principalement le travail d'Europol qui produit des analyses dans les affaires concrètes mais aussi des évaluations plus stratégiques. L'accent a été mis plus tard sur la coordination des enquêtes et des poursuites avec la création d'Eurojust, qui est une unité judiciaire permanente chargée d'assister les autorités nationales, et avec les équipes communes d'enquête qui permettent, dans une enquête précise, de créer un cadre de coopération « sans frontière ».

B. Un secteur en crise

Les efforts précités ont connu un développement important avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam en 1999 puis une forte accélération avec la dynamique de coopération provoquée par la lutte contre le terrorisme durant les quelques années qui ont suivi les attentats du 11 septembre 2001.

Les travaux se sont ralentis ces dernières années. C'est le résultat de divers facteurs qui viennent renforcer l'impact des faiblesses institutionnelles et décisionnelles dont souffre l'actuel troisième pilier. Parmi ces éléments figure l'élargissement de l'Union. Le passage à vingt-cinq puis à vingt-sept Etats membres complique l'obtention des accords à l'unanimité au sein du Conseil ; il accroît aussi la sensibilité de la coopération pénale en raison de l'idée – fondée ou non – que les systèmes policiers et judiciaires dans les nouveaux Etats membres présentent un niveau de qualité différent, ce en particulier eu égard à la corruption. Un autre facteur est lié au degré de développement de la coopération déjà atteint : dans plusieurs secteurs, passer à un niveau supérieur d'intégration représente un changement tel que ce passage rencontre des blocages, ce qui alimente la sensation de crise.

Trois exemples illustrent celle-ci.

Un premier exemple concerne la coopération policière. En 2004, avec le programme de La Haye, le Conseil européen a décidé d'apporter un changement radical à l'esprit de l'échange d'information en adoptant les règles législatives nécessaires et en créant les moyens techniques pour permettre un accès direct réciproque aux bases de données policières nationales (le « principe de disponibilité » précité). Les négociations de certaines propositions déposées à cet effet ont été malaisées. Pourtant, en 2005, sept Etats membres signaient le traité de Prüm mais en dehors du cadre de l'Union. L'objectif principal de ce traité est précisément d'instaurer un accès direct aux bases de données d'immatriculation des véhicules, d'empreintes digitales et d'empreintes ADN. L'Allemagne, moteur du projet, a obtenu en juin 2007, après seulement six mois de négociation, que les parties du traité relatives à la coopération policière soient, quasiment mot pour mot, insérées dans une décision du Conseil. L'Allemagne avait ainsi réalisé en relativement peu de temps l'objectif que le Conseil s'était fixé et qui s'avérait particulièrement difficile à atteindre dans le cadre d'une négociation classique au sein du Conseil. La méthode peu orthodoxe utilisée pour atteindre ce résultat montre certes que la volonté politique peut être présente pour faire avancer

les choses mais aussi que cette volonté peine à s'exprimer dans le cadre très lourd de la structure et des règles de travail normales du Conseil.

Un deuxième exemple est le ralentissement, voire la suspension des travaux de rapprochement des législations nationales en matière de définition des infractions. Dans ce secteur, une véritable vague d'instruments a été adoptée par le Conseil durant les premières années de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ; elle a abouti à des définitions communes de nombreuses infractions graves comme la traite des êtres humains, le terrorisme ou la participation à une organisation criminelle. Mais, vers 2004, le Conseil avait déjà fait le tour des infractions qui étaient à la fois suffisamment graves et liées à la criminalité transnationale pour justifier un rapprochement, et pour lesquelles il existe une sensibilité commune suffisante au sein de l'Union. Les nombreuses années nécessaires pour finaliser, en 2007, la décision-cadre sur la lutte contre le racisme et la xénophobie mais également les limites du rapprochement finalement réalisé indiquent que cette sensibilité commune fait souvent défaut. Par ailleurs, si l'harmonisation des définitions d'infraction montre déjà ses limites, l'harmonisation des règles de procédure pénale s'avère plus difficile encore. C'est ce dont témoigne la négociation d'une décision-cadre sur les droits de la défense dans la procédure pénale, qui devait être la première pierre de cet édifice et qui n'est toujours pas finalisée après plus de trois ans de travaux.

Un troisième exemple de la crise que traverse actuellement le secteur est la difficulté de donner pleinement effet au principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales. Ce principe doit être mis en œuvre progressivement, chaque nouvel instrument se concentrant sur un type de décision judiciaire. Depuis quelques années, et malgré le fonctionnement généralement perçu comme très positif du mandat d'arrêt européen, première application du principe, la négociation des nouveaux instruments met en évidence une tendance claire à limiter le degré de reconnaissance mutuelle réalisé. Une nette résistance apparaît ainsi vis-à-vis de la limitation des contrôles par les autorités chargées d'exécuter les décisions judiciaires étrangères. Les réticences sont telles que la question même de l'avenir de la reconnaissance mutuelle est posée...

Toutefois, le terme « crise » ne doit pas donner l'impression que les travaux de la Commission et du Conseil dans le troisième pilier sont à l'arrêt. De nouvelles initiatives sont présentées et des textes sont adoptés. Mais le besoin de changement est palpable chez tous les acteurs. Le nouveau traité apporte des réformes tellement importantes qu'il pourrait bien insuffler la dynamique qui fait actuellement défaut...

3. Les changements structurels et institutionnels apportés par le traité de Lisbonne

La suppression par le traité de Lisbonne du troisième pilier et l'intégration de la coopération policière et judiciaire pénale dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), c'est-à-dire dans l'ancien traité sur la Communauté (TCE) ou premier pilier entraîne la « communautarisation » des matières concernées. Celle-ci emporte diverses conséquences essentielles.

A. Le passage à la majorité qualifiée

Dans le troisième pilier, tous les actes du Conseil sont actuellement pris à l'unanimité. Ce principe a toujours constitué un frein au développement du secteur mais c'est encore plus vrai depuis les élargissements de 2005 et 2007. Cette exigence de l'unanimité confère *de facto* un droit de veto à chaque Etat membre. S'il est rare qu'une négociation soit abandonnée sous l'action d'un ou deux Etats membres seulement, il est très fréquent que les instruments contiennent des clauses dérogatoires exigées par un seul Etat. Chaque négociation impose à la fois une cure d'amaigrissement du niveau d'ambition du projet initial, lequel se voit progressivement dépouillé de certains aspects contraignants de son contenu, et une complexification des règles proposées pour s'adapter aux exigences nationales divergentes. Les instruments du troisième pilier sont ainsi « truffés » de multiples exceptions qui en restreignent la portée et compliquent le travail des praticiens et acteurs de terrain comme les magistrats.

Avec le nouveau traité, la quasi-totalité de l'actuel troisième pilier sera soumise à la procédure de la codécision, laquelle entraîne le passage à un régime de majorité qualifiée. Ce changement aura un grand impact sur les travaux du Conseil et sur les négociations. Des alliances et des stratégies communes devraient émerger et se multiplier. Une simple poignée d'Etats membres ne pourra plus bloquer les négociations : s'ils ne constituent pas une minorité de blocage dans le quorum de la majorité qualifiée, ces Etats devront d'emblée et activement participer à la recherche de solutions de compromis satisfaisantes s'ils ne veulent pas rester isolés au terme de l'exercice et voir leur exigence purement et simplement rejetée.

B. Un rôle accru pour le Parlement européen

Le troisième pilier a toujours été critiqué pour la place réduite octroyée au Parlement européen. Si le Conseil est obligé d'attendre l'avis du Parlement pour adopter la mesure, il n'est toutefois soumis à aucune obligation quant aux suites à lui donner. La prise en compte des avis du Parlement intervient d'ailleurs souvent après qu'un accord politique ait été obtenu au sein du Conseil : elle se réduit alors à un exercice formel consistant à incorporer dans le texte les amendements inoffensifs et à rejeter ceux qui en modifient la substance, et ce afin de ne pas mettre en péril le compromis obtenu entre Etats membres.

Depuis le traité d'Amsterdam, il ne fait aucun doute que les instruments du troisième pilier ont une portée qui, sans y être identique, s'apparente largement aux directives du droit communautaire. La centralisation de ce rôle législatif dans les mains du Conseil, au détriment du Parlement européen, est particulièrement difficile à défendre quand les instruments adoptés vont par exemple jusqu'à donner une définition de l'infraction du terrorisme ou jusqu'à obliger un Etat membre à remettre un de ses ressortissants à un autre Etat membre pour un acte qui ne constitue pas forcément une infraction dans son propre droit. Quel que soit leur bien-fondé intrinsèque, la légitimité de telles mesures est entachée par la quasi-absence d'implication du Parlement européen.

Qu'il soit exercé en amont ou en aval de la prise de décision au Conseil, le contrôle exercé par les parlements nationaux ne suffit pas à rétablir la légitimité démocratique. D'un Etat à l'autre, on constate des variations très fortes concernant l'investissement des commissions compétentes des assemblées parlementaires nationales dans les

travaux du Conseil auxquels participent les ministres de la Justice et de l'Intérieur. Si certaines de ces commissions, notamment dans les pays nordiques, suivent de près ces travaux, d'autres, et notamment en Belgique, font preuve de désintérêt. Par ailleurs, on ne peut pas relativiser le déficit démocratique au niveau européen en invoquant le fait que les instruments les plus importants adoptés par le Conseil nécessitent des législations nationales de transposition. D'une part, les parlements nationaux n'ont pas le choix de transposer ou non l'instrument : ils y sont en principe obligés. Et, d'autre part, leur marge de manœuvre dans la définition du contenu de l'instrument est très réduite.

Le Parlement européen n'est guère satisfait du maigre rôle qui lui est octroyé. Il ne s'est d'ailleurs pas privé de renforcer ce rôle par des voies détournées. Il arrive que des instruments nécessitent à la fois une base juridique dans le premier pilier et une autre dans le troisième pilier. C'est par exemple le cas de l'établissement du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) qui nécessitait, d'une part, un règlement (premier pilier) pour l'utilisation du système aux fins de contrôle de l'accès au territoire et, d'autre part, une décision (troisième pilier) pour les finalités pénales du système. Comme le règlement devait être adopté conjointement par le Conseil et le Parlement européen, ce dernier n'a pas manqué de conditionner son accord à une solution satisfaisante sur l'ensemble du paquet législatif, y compris la décision relevant du troisième pilier. Celle-ci a donc, *de facto*, été soumise à une procédure de codécision même si le Parlement n'a pas dû l'adopter formellement. Une telle situation reste toutefois exceptionnelle par rapport au nombre d'instruments législatifs adoptés dans le troisième pilier.

Avec le traité de Lisbonne, à quelques exceptions près ², tous les travaux futurs relevant de la coopération policière et judiciaire pénale seront soumis au régime de la co-décision, laquelle implique que l'adoption de chaque instrument fasse l'objet d'un accord tant du Conseil que du Parlement européen. Il reste à évaluer quel impact cette nouvelle procédure aura sur le contenu des instruments adoptés. Jusqu'à présent, le Parlement européen a, dans ce secteur, joué un rôle de contre-pouvoir en développant considérablement ses amendements sur le terrain de la protection des droits fondamentaux. Toutefois, on peut se demander si ce contre-pouvoir n'était pas aussi marqué précisément parce qu'il restait largement sans effet. Il n'est pas certain que les parlementaires pourront se permettre des positions aussi tranchées lorsqu'ils auront un réel pouvoir de décision.

C. L'accélération de la procédure législative

À l'heure actuelle, la durée de la procédure législative dans le troisième pilier pour des instruments de « portée moyenne » est plutôt longue. Ainsi, la décision-cadre qui applique le principe de la reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation avait été proposée en juin 2002 mais n'a été adoptée que le 6 octobre 2006 : la procédure a donc pris plus de quatre ans. Cela est en partie dû au fait que, dans le troisième pilier,

² Deux secteurs seulement continueront d'échapper au Parlement européen : la création d'un procureur européen et la coopération policière opérationnelle (par exemple les « poursuites » transfrontalières évoquées ci-dessus).

la suppression de la phase nationale de ratification a été compensée par la possibilité pour les Etats membres de faire des réserves parlementaires. Même lorsqu'un accord final est obtenu au Conseil sur un instrument, il faut souvent entre une et deux années avant que la dernière de ces réserves soit levée.

Le passage à la co-décision imposera des échéances précises. Selon l'étape durant laquelle le Conseil et le Parlement européen parviennent à un accord, la procédure de codécision prend en moyenne, à partir de l'adoption de la proposition par la Commission, douze mois (accord en première lecture, 40% des cas), vingt-trois mois (accord en deuxième lecture, 42%) ou trente mois (accord au sein du comité de conciliation, 18% des cas). Une large majorité des travaux législatifs ne dure donc pas plus de deux ans. Ainsi, malgré la complexité qui pourrait résulter de l'interaction entre le Parlement européen et le Conseil, le nouveau cadre décisionnel devrait aboutir à une accélération des procédures législatives dans le secteur pénal.

D. Le renforcement de la portée des instruments législatifs et du contrôle de leur mise en œuvre

Les décisions et décisions-cadre adoptées par le Conseil dans le troisième pilier sont juridiquement contraignantes pour les Etats membres. Le traité les prive cependant expressément de tout effet direct. Elles demeurent en conséquence moins « effectives » que les instruments communautaires. Les Etats sont tenus de prendre les mesures de mise en œuvre nécessaires, notamment en modifiant leur droit interne. Certes, il existe un certain contrôle de cette mise en œuvre nationale. Ainsi, la Commission européenne remet des rapports réguliers sur la transposition des décisions-cadre les plus importantes et n'hésite pas à pointer du doigt les Etats membres récalcitrants. Par leur portée politique, ces rapports peuvent produire l'effet escompté mais ce n'est bien souvent pas le cas. Et il n'existe actuellement aucun moyen pour contraindre un Etat membre à prendre les mesures de mise en œuvre nécessaires. A la différence du premier pilier, dans le troisième pilier, la Commission ne peut attirer un Etat récalcitrant en manquement devant la CJ, et celle-ci n'a pas le pouvoir de sanctionner financièrement un Etat défaillant.

La Cour de justice est en quelque sorte venue « au secours » de l'effectivité du droit pénal européen. Dans son arrêt *Pupino*³, elle a indiqué que le principe de l'obligation d'interprétation conforme, bien connu en droit communautaire, s'applique également au droit issu du troisième pilier. Confrontées à un défaut de transposition d'une décision-cadre, les juridictions nationales doivent donc interpréter leur droit national de manière à assurer la conformité de celui-ci à l'instrument européen en question. Ce principe est toutefois soumis aux mêmes limites qu'en droit communautaire : il ne saurait être question d'obliger les juridictions nationales à interpréter le droit national *contra legem*. Cette jurisprudence ne compense donc que de manière limitée les problèmes liés à la mise en œuvre du droit de l'Union.

Ces problèmes sont considérables. Outre de nombreux retards, les cas de mise en œuvre non conforme aux textes européens sont légion. A titre d'exemple, la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, mesure phare de l'Union dans ce secteur, n'avait

³ CJ, 16 juin 2005, aff. C-105/03, *Procédure pénale c. Maria Pupino*.

été transposée que par huit des quinze Etats membres au 1^{er} janvier 2004, date prévue pour le début de l'application du nouveau régime. De nombreuses lois de transposition ne sont par ailleurs pas conformes au texte de la décision-cadre concernée. Plus inquiétant encore, la décision-cadre sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, qui devait être applicable à partir du 22 mars 2007 n'avait, à cette date, été mise en œuvre que par deux Etats membres !

Ces défauts de mise en œuvre de la législation adoptée n'ont pas seulement pour effet de rendre inefficace la législation en question. Ils peuvent aussi créer des difficultés majeures dans la pratique de la coopération. Ainsi, les retards dans la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen ont créé des situations de vide juridique dans lesquelles un des Etats concernés par une affaire, parce que son droit interne n'était pas encore adapté, continuait d'appliquer l'ancien régime de l'extradition tandis que l'autre Etat, dont le droit avait été mis en conformité, n'était pas en mesure d'utiliser autre chose que le nouveau régime d'arrestation et de remise.

Le nouveau traité apporte des changements fondamentaux au plan de la portée des instruments juridiques à disposition mais aussi du contrôle de leur mise en œuvre, et ceci non seulement en ce qui concerne le droit futur mais aussi, dans une certaine mesure, quant au droit adopté dans le cadre actuel.

S'agissant tout d'abord du droit qui sera élaboré et adopté dans le nouveau cadre institutionnel, le traité de Lisbonne aura pour effet de donner à la Commission européenne les mêmes pouvoirs que ceux qu'elle détient actuellement en droit communautaire. Lorsque la Commission constatera une absence de transposition ou une transposition incomplète, elle pourra mettre en demeure l'Etat concerné, avec la perspective d'une procédure en manquement devant la Cour de justice et avec la menace ultime d'une condamnation de cet Etat à une astreinte. L'expérience montre que cette épée de Damoclès exerce une influence ou une pression redoutable et qu'il est assez rarement nécessaire de recourir à la sanction financière.

Ces nouveaux pouvoirs accordés à la Commission européenne et à la Cour de justice dans le secteur pénal constituent un véritable bouleversement. Le traité constitutionnel de 2004 n'allait pas plus loin. Ce n'est pas sans surprise que l'on constate que la conférence intergouvernementale de 2007 a renforcé cette évolution en prévoyant qu'elle s'appliquera non seulement au droit futur mais aussi à tous les instruments législatifs adoptés dans le passé. Cette extension interviendra de deux manières⁴. Premièrement, si un instrument législatif « ancien modèle » (le plus souvent une décision ou une décision-cadre) est modifié par un instrument législatif « nouveau modèle » (une directive ou un règlement), les effets de ce dernier « contaminent » l'instrument modifié, qui tombe, comme l'instrument qui le modifie, sous le nouveau régime. Deuxièmement, les instruments « ancien modèle » qui n'auront pas été modifiés ou abrogés durant une période transitoire de cinq ans se verront également, à l'issue de cette période, reconnaître les effets accordés aux instruments législatifs dans le nouveau régime. Le nouveau traité n'offre donc pas seulement de nouvelles perspectives pour le droit futur : il pourrait également donner

⁴ Protocole sur les dispositions transitoires.

une « seconde vie » aux dizaines de décisions et décisions-cadre adoptées entre 1999 et 2009.

E. Le renforcement des pouvoirs de la Cour de justice et le contrôle juridictionnel extérieur

Le traité d'Amsterdam avait déjà fait entrer la Cour de justice dans le secteur de la coopération policière et judiciaire pénale mais sans lui donner les mêmes compétences qu'en droit communautaire. Ainsi, à titre d'exemple, la compétence de la Cour pour interpréter le droit européen ou se prononcer sur sa validité à partir de questions préjudicielles posées par les cours et tribunaux nationaux est subordonnée, dans le secteur de la coopération pénale, à l'acceptation de cette compétence par l'Etat membre concerné. Seuls seize des vingt-sept Etats membres ont accepté celle-ci⁵. Par ailleurs, et comme évoqué plus haut, la Commission ne peut attraire un Etat membre devant la Cour pour défaut de mise en œuvre d'un instrument législatif.

Cette situation n'a pas empêché la Cour de s'immiscer de manière très remarquée dans le troisième pilier ces dernières années. Cependant, les arrêts de principe rendus sur question préjudicielle ont mis d'autant plus en lumière le côté bancal du système. Ainsi, les décisions en interprétation s'imposent à toutes les juridictions de tous les Etats membres alors même qu'elles ne peuvent trouver leur origine que dans les juridictions des Etats ayant accepté la compétence de la Cour. Ainsi les juridictions irlandaises sont soumises à l'interprétation du droit de l'Union telle qu'elle ressort de la jurisprudence préjudicielle de la Cour mais sans avoir elles-mêmes la possibilité de lui poser une question préjudicielle.

Avec la disparition du troisième pilier et l'intégration de la coopération judiciaire pénale et de la coopération policière dans le TFUE, ces insuffisances disparaissent : le contrôle par la Cour de justice devient identique à celui qu'elle exerce actuellement en droit communautaire. Seule une exception demeure : la Cour reste incompétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre ou 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 intérieure⁶.

Par ailleurs, en déclarant expressément que l'Union européenne « adhère » à la convention européenne des droits de l'homme⁷, le traité de Lisbonne permettra à la Cour européenne des droits de l'homme d'exercer un contrôle juridictionnel externe sur les travaux de l'Union en matière pénale notamment. Certes, à l'heure actuelle la Cour européenne des droits de l'homme exerce déjà un contrôle sur les actes de l'Union mais celui-ci n'est qu'indirect, dans la mesure où il n'est effectué que par l'entremise d'un recours introduit à l'encontre des Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union.

⁵ Les onze Etats membres n'ayant pas reconnu la compétence de la CJ sont le Royaume-Uni, le Danemark, l'Irlande, la Bulgarie, Chypre, l'Estonie, la Lettonie, Malte, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie.

⁶ Article 276 TFUE.

⁷ Article 6 TUE.

F. La fin des conflits de base légale entre les premier et troisième piliers

Les conflits de base juridique entre les premier et troisième piliers ont particulièrement perturbé les travaux de l'Union durant ces trois dernières années. Ils résultent de ce que les compétences des diverses institutions et les procédures applicables divergent radicalement selon qu'on décide de recourir à une directive (premier pilier) ou à une décision-cadre (troisième pilier).

Ces conflits ont été portés devant la Cour de justice qui a rendu plusieurs arrêts essentiels dans ce domaine. En septembre 2005, elle a annulé une décision-cadre sur la protection de l'environnement par le droit pénal ⁸ et, en octobre 2007, une décision-cadre sur la pollution maritime ⁹ en raison du fait que certaines de leurs dispositions auraient dû être adoptées non dans le troisième pilier mais dans le premier pilier et qu'elles auraient donc dû faire l'objet de directives. A l'inverse, la Cour a également annulé, en mai 2006 ¹⁰, les instruments communautaires qui avaient permis la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats-Unis en matière de transmission systématique de données sur les passagers par les compagnies aériennes européennes aux autorités américaines aux fins de lutte contre le terrorisme (accord PNR) : cette fois, la Cour a en effet estimé que ces instruments n'avaient pas de base juridique dans le premier pilier, paraissant ainsi sous-entendre qu'une telle compétence n'existait que dans le troisième pilier.

Ces querelles de base légale ont considérablement empoisonné les travaux de l'Union ; et par ses arrêts, la Cour n'est pas parvenue à y mettre fin. L'interprétation des décisions rendues a en effet donné lieu à d'importantes controverses. Ainsi, le premier arrêt de septembre 2005 semble expliquer que des règles communes sur la rétention de certaines données de télécommunications pour des objectifs d'enquête pénale, initialement présentées sous forme d'une décision-cadre, ont finalement été adoptées sous la forme d'une directive. Ce choix a toutefois été contesté par l'Irlande, qui, se fondant sur l'arrêt relatif à l'accord PNR, a introduit un recours en annulation contre la directive en question pour défaut de base juridique. L'affaire est toujours à l'examen ¹¹.

Puisqu'il met fin à la pillarisation, le nouveau traité devrait logiquement mettre un terme aux conflits de base légale entre les premier et troisième piliers. Il ne mettra toutefois pas un terme aux conflits internes au TFUE mais les enjeux devraient à tout le moins être réduits.

4. Changements substantiels introduits par le traité de Lisbonne

Le traité de Lisbonne n'introduit pas seulement des changements liés aux procédures décisionnelles et au rôle des institutions. Il apporte également des adaptations liées à la substance ou au contenu des travaux. Celles-ci touchent les trois principales dimensions de l'espace pénal européen, à savoir les mécanismes de coopération, le rapprochement ou l'harmonisation des législations pénales et les acteurs mis en place.

⁸ CJ, 13 septembre 2005, aff. C-176/03, *Commission c. Conseil*.

⁹ CJ, 23 octobre 2007, aff. C-440/05 *Commission c. Conseil*.

¹⁰ CJ, 30 mai 2006, aff. C-317/04 et C-318/04, *Parlement européen c. Conseil*.

¹¹ CJ, aff. C-301/06.

Vu les limites de la présente contribution, seuls les traits les plus marquants seront soulignés. Nous constaterons que les adaptations en question demeurent nettement plus modestes que les changements décisionnels et institutionnels apportés par le nouveau traité.

En ce qui concerne les mécanismes de coopération tout d'abord, le principe de la reconnaissance mutuelle, dont l'existence n'est à l'heure actuelle pas expressément consacrée dans le traité sur l'Union, se voit explicitement reconnu par le traité de Lisbonne comme fondement de la coopération judiciaire en matière pénale ¹².

Quant à l'harmonisation des législations pénales, des progrès sont certes réalisés par le traité de Lisbonne mais ils demeurent limités, et ce tant dans le domaine du droit procédural que dans celui du droit pénal matériel.

S'agissant du droit pénal procédural, la situation avant l'entrée en vigueur du nouveau traité est celle d'un bras de fer entre deux groupes d'Etats. Le premier estime qu'une harmonisation minimale est nécessaire pour renforcer la confiance entre nos systèmes judiciaires et pour accompagner le processus de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. L'autre groupe est au contraire d'avis que le processus de reconnaissance mutuelle est précisément fondé sur la reconnaissance de ce que nos systèmes judiciaires sont différents et qu'il faut coopérer sans vouloir modifier ces systèmes ; selon ce second groupe, les règles communes éventuellement élaborées ne peuvent de toute façon trouver à s'appliquer qu'aux procédures transnationales. Le nouveau traité ne tranche pas clairement cette controverse. Il confère toutefois une base légale explicite au rapprochement des procédures entre Etats membres. Il mentionne en effet explicitement parmi les compétences de l'Union le rapprochement dans ce secteur mais seulement dans la mesure nécessaire au processus de reconnaissance mutuelle ¹³.

Dans le domaine du droit pénal matériel (c'est-à-dire la définition des infractions, des taux de peine et des règles de responsabilité pénale), le traité de Lisbonne est plus clair mais se borne surtout à confirmer la situation actuelle. Il prévoit explicitement que l'Union peut travailler au rapprochement des législations nationales en ce qui concerne une dizaine de secteurs de la criminalité ¹⁴ mais il s'agit *grosso modo* de ceux qui, grâce à une interprétation extensive de l'article 31 e), ont déjà fait l'objet de travaux de rapprochement dans le cadre actuel du troisième pilier du traité. Pour les autres domaines criminels, deux voies sont prévues qui permettent d'investir de nouveaux champs. D'une part, il s'agit de la possibilité pour le Conseil d'identifier d'autres domaines de la criminalité où réaliser du rapprochement. Toutefois, cette décision doit être prise à l'unanimité et après approbation du Parlement européen ; de plus, qu'il s'agisse des dix secteurs expressément prévus ou de ceux éventuellement retenus plus tard par le Conseil, ils doivent relever de la criminalité particulièrement grave et revêtir une « dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes » ¹⁵.

¹² Articles 61, par. 3, et 82, par. 1, TFUE.

¹³ Article 82, par. 2, TFUE.

¹⁴ Article 83, par. 1, TFUE.

¹⁵ Article 83, par. 1, TFUE.

D'autre part, l'Union est compétente pour définir des règles de droit pénal matériel lorsque celles-ci sont indispensables à la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union ayant déjà fait l'objet de mesures d'harmonisation ¹⁶. Par ce dernier titre de compétence, le traité constitutionnel entendait répondre à la controverse portant sur la question de savoir si la Communauté européenne dispose de compétences pénales pour accompagner ses politiques. Cette base juridique est reprise dans le traité de Lisbonne. Sa plus-value exacte par rapport aux décisions précitées rendues par la Cour de justice en septembre 2005 et octobre 2007 reste toutefois à identifier.

C'est en ce qui concerne les acteurs que le traité de Lisbonne ouvre les perspectives d'évolution les plus importantes. Il envisage un élargissement des tâches respectives d'Europol et d'Eurojust ¹⁷, lequel est toutefois encore soumis à d'importantes limites. Mais, surtout, il envisage formellement la création d'un parquet européen à partir d'Eurojust ¹⁸. Un tel parquet pourrait être créé pour la poursuite des infractions contre les intérêts financiers de l'Union (la « fraude communautaire ») mais éventuellement aussi, moyennant une décision du Conseil européen dans ce sens, pour d'autres infractions transfrontalières graves. Le parquet européen exercera les poursuites devant les juridictions nationales. Le traité constitutionnel exigeait une décision du Conseil à l'unanimité pour créer un tel parquet. Vu l'opposition manifeste du Royaume-Uni à cet égard, cette exigence pouvait laisser penser que l'évolution envisagée n'était que symbolique ou, à tout le moins, reportée à un horizon très lointain. A ce propos, le traité de Lisbonne apporte une modification potentiellement importante : il maintient l'exigence d'unanimité mais prévoit que, si elle ne peut être acquise, la création du parquet européen pourra se faire par coopération renforcée si au moins neuf Etats membres participent à ce projet. S'il est probable qu'au moins neuf Etats membres se prononceront en faveur d'un procureur européen, il n'est pas certain qu'ils s'engageront dans un tel projet alors que ce procureur n'aurait de compétence que sur une partie réduite du territoire de l'Union. En dépit de ces conditions et limites, l'inscription de cette possibilité dans le traité n'en demeure pas moins fondamentale : elle ouvre en effet la voie à l'instauration de véritables organes européens intégrés, voie qui relève non plus du concept d'espace pénal mais bien plutôt de celui de territoire pénal européen.

Enfin, il importe de mentionner que le traité de Lisbonne exclut explicitement l'action de l'Union dans le secteur de la sécurité de l'Etat. C'est ce qui découle de l'article 4, par. 2, TUE. Ici aussi, le nouveau traité vient clore, mais cette fois de manière « négative », une controverse ancienne. Le traité d'Amsterdam était sur ce point très ambigu : il ne mentionnait pas la sécurité de l'Etat mais celle-ci avait fait incursion, de manière presque imperceptible, dans le droit de l'Union à travers l'intégration de la coopération Schengen. Certains Etats membres, principalement le Royaume-Uni, munis de leur droit de veto, veillèrent à ce que les seules références à la sécurité de l'Etat insérées dans le droit de l'Union soient celles nécessaires pour indiquer les cas dans lesquels les autorités d'un Etat peuvent refuser de coopérer.

¹⁶ Article 83, par. 2, TFUE.

¹⁷ Respectivement, les articles 88 et 85 TFUE.

¹⁸ Article 86 TFUE.

Non pas que ces Etats refusent une coopération entre services de renseignement des Etats membres de l'Union. Mais ils refusent que cette coopération se développe dans le cadre institutionnel de l'Union. Le traité de Lisbonne leur donne d'une certaine manière raison, formalisant ainsi un vide particulièrement problématique à un moment où une des priorités de l'Union est la lutte contre le terrorisme. L'article 73 TFUE aux termes duquel « il est loisible aux Etats membres d'organiser entre eux et sous leur responsabilité des formes de coopération et de coordination qu'ils jugent appropriées entre les services compétents de leurs administrations chargées d'assurer la sécurité nationale », vient toutefois brouiller la portée de l'article 4 TUE précité. L'avenir dira comment concilier ces deux dispositions.

5. Le prix à payer : la géométrie variable de l'espace pénal européen

Les changements, parfois radicaux, évoqués ci-dessus, renforcent considérablement la coopération européenne dans le secteur pénal. Cette évolution n'a pu être acceptée comme telle par tous. Il a donc fallu trouver des compromis, qui sont de deux ordres : l'octroi de régimes d'« *opt out* » à certains Etats, d'une part, et le verrouillage de certaines compétences compensé par des possibilités accrues de coopération renforcée, d'autre part. Ces modulations viennent s'ajouter à la situation déjà complexe engendrée par la coopération Schengen pour créer une géométrie variable potentiellement très problématique.

Les régimes d'« *opt out* » concernent le Danemark, d'une part, et le Royaume-Uni et l'Irlande, d'autre part.

Le régime d'« *opt out* » le plus radical est celui du Danemark. Cet Etat a exigé que sa position dans le secteur de la coopération pénale soit calquée sur sa position actuelle dans les secteurs de l'asile, de l'immigration, des visas et de la justice civile. Le Danemark refuse en effet la communautarisation de tous les secteurs couverts par l'espace de liberté, de sécurité et de justice, lesquels sont intimement liés à la souveraineté nationale. Les instruments adoptés dans ces secteurs ne lui seront donc en principe tout simplement pas applicables. Des possibilités d'« *opt in* » sont toutefois prévues mais elles demeurent limitées ¹⁹.

La situation est plus compliquée en ce qui concerne le Royaume-Uni et l'Irlande ²⁰. Rejetant le principe Schengen d'abolition des contrôles aux frontières intérieures, ces deux Etats membres n'ont pas pris part à l'intégration de l'acquis de Schengen réalisée par le traité d'Amsterdam. Conformément au statut particulier dont ils disposent actuellement et aux possibilités d'« *opt in* » qui leur sont attribuées, ils ont toutefois fait usage de la possibilité d'être lié partiellement par l'acquis Schengen et son développement, dans la mesure où cet acquis n'est pas directement en rapport avec la suppression des contrôles précités, ce qui couvre essentiellement les dispositions Schengen relatives à la coopération policière et judiciaire pénale. Actuellement, le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas non plus à l'adoption des mesures relevant du titre IV TCE. Ils peuvent toutefois notifier leur souhait de

¹⁹ Voy. principalement le protocole sur la position du Danemark et le protocole Schengen.

²⁰ Voy. principalement le protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande et le protocole Schengen.

participer à l'adoption et à l'application de mesures relevant de ce titre. Tandis que le traité constitutionnel maintenait *grosso modo* ce régime particulier tout en l'étendant quelque peu à certains aspects de la coopération policière ²¹, le traité de Lisbonne l'étend désormais à tout l'espace de liberté, de sécurité et de justice indépendamment de l'origine Schengen des instruments. Le Royaume-Uni et l'Irlande bénéficieront dès lors d'un régime « à la carte » inspiré du statut particulier dont ils bénéficient déjà mais élargi à tous les secteurs couverts par le nouveau titre V du TFUE, en ce compris la coopération policière et judiciaire pénale : ils ne prendront en principe pas part aux développements dans ce cadre mais ils pourront participer au cas par cas à tout nouvel instrument au début de la négociation ou après celle-ci. S'ils y participent, l'instrument leur est entièrement applicable.

La géométrie variable sera d'autant plus forte que comme à l'heure actuelle, l'acquis de Schengen et son développement incluent la Norvège, l'Islande et la Suisse qui se sont vu reconnaître le statut d'Etats associés Schengen mais ne sont pourtant pas des Etats membres de l'Union et ne participent donc pas au reste de la coopération pénale.

Aux *opt outs* précités vient s'ajouter l'utilisation potentielle de la coopération renforcée qui permet à un groupe d'Etats souhaitant aller de l'avant dans une forme spécifique de coopération de le faire à l'intérieur du cadre institutionnel de l'Union. Ces coopérations renforcées existaient déjà dans le traité d'Amsterdam mais n'ont jamais été utilisées comme telles. Le traité de Lisbonne facilite le recours à ces coopérations renforcées dans deux situations de blocage. La première est celle qui résulterait de l'utilisation d'une procédure dite de sonnette d'alarme, qui permet à un Etat membre de s'opposer à un instrument spécifique de rapprochement du droit pénal (procédural ou matériel) ²². La deuxième situation de blocage est celle qui résulterait d'une opposition de certains Etats membres à des instruments pour lesquels le nouveau traité maintient exceptionnellement l'exigence de l'unanimité (il s'agit soit de la création du parquet européen ²³, soit de règles sur la coopération policière opérationnelle) ²⁴. Dans de telles situations de blocage, le traité de Lisbonne, qui se différencie en cela du traité constitutionnel, permet aux Etats membres qui le souhaitent de poursuivre les travaux à travers une coopération renforcée sans qu'une autorisation du Conseil, normalement requise pour ce type de coopération, soit nécessaire ²⁵.

Il est difficile d'évaluer quel sera l'impact dans la pratique des régimes d'*opt out* précités et des possibilités de coopération renforcée. Si la situation semble « juridiquement limpide » pour le Danemark, il est difficilement imaginable que celui-ci se retire réellement de la coopération judiciaire pénale et de la coopération policière. Quant au Royaume-Uni et à l'Irlande, il faudra voir dans quels secteurs leur *opt out* sera réellement utilisé. Enfin, que les coopérations renforcées soient désormais

²¹ Le Royaume-Uni et l'Irlande disposaient d'un *opt out* quant à certaines mesures liées à la collecte, au stockage, au traitement, à l'analyse et à l'échange d'informations.

²² Articles 82, par. 3 et 83, par. 3, TFUE.

²³ Article 86, par. 1, TFUE.

²⁴ Article 87, par. 3, TFUE.

²⁵ L'autorisation du Conseil est réputée accordée.

plus faciles à mettre en œuvre ne signifie pas nécessairement qu'un groupe d'Etats membres souhaitera emprunter cette voie.

Mais ces modulations du champ d'application des instruments adoptés après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne rendront sans aucun doute l'espace pénal européen encore plus difficilement lisible et compréhensible pour le profane. Il est en outre certain également qu'elles comportent des risques majeurs pour l'espace européen de justice pénale, lesquels concernent la cohérence pratique de cet espace, d'une part, et sa légitimité, d'autre part. Que la cohérence risque d'être sérieusement bousculée ne fait aucun doute lorsque l'on songe par exemple à la position du Danemark si Eurojust et/ou Europol devai(en)t subir des réformes profondes après l'entrée en vigueur du traité. La légitimité de l'espace en question est également en danger car la construction européenne dans ce secteur repose sur une double dialectique : sécurité/liberté mais aussi coopération/harmonisation. Plus d'instruments sécuritaires crée un besoin accru de garanties pour les droits fondamentaux. La coopération entre les autorités judiciaires émanant de systèmes différents requiert, au fur et à mesure de son développement, des mesures de rapprochement de ces systèmes. Mais cette dialectique ne peut continuer à rythmer le développement de l'Union dans ce secteur que si les instruments issus de ces différents pôles s'appliquent aux mêmes Etats membres. On voit mal par exemple comment poursuivre avec le Royaume-Uni le processus de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales si cet Etat devait décider d'utiliser pleinement son *opt out* pour tous les travaux de rapprochement du droit pénal procédural. Or, le traité de Lisbonne ne contient pas de mécanisme suffisant pour assurer cette intégrité de l'espace pénal européen.

6. Conclusion

Ces dernières années, le « troisième pilier » du traité sur l'Union européenne a donné lieu à des développements considérables. Mais les difficultés résultant de l'élargissement et les obstacles auxquels est actuellement confronté l'approfondissement de l'espace pénal européen ont plus clairement que jamais mis en évidence les limites du cadre institutionnel actuel dont souffre la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

Ce secteur devrait être profondément bouleversé par le traité de Lisbonne. Les changements institutionnels apportés sont tellement importants qu'ils pourraient insuffler la dynamique nécessaire pour sortir de la crise que connaît actuellement l'espace pénal européen : celui-ci quitte le « troisième pilier », qui disparaît, et est pleinement intégré dans le TFUE, c'est-à-dire dans le droit institutionnel ordinaire de l'Union. Comme le traité constitutionnel, dont il reprend l'essentiel des acquis, le traité de Lisbonne devrait ainsi permettre de renforcer l'efficacité de l'espace pénal européen en soumettant désormais la grande majorité des instruments à adopter à la majorité qualifiée et en accélérant la procédure législative. Comme le traité constitutionnel, le traité de Lisbonne devrait accroître l'effectivité de cet espace en approfondissant la portée juridique des instruments à disposition, en permettant à la Commission européenne de lancer une procédure en manquement contre les Etats qui ne les mettent pas ou pas correctement en œuvre et en autorisant la Cour de justice à condamner ces derniers à des sanctions financières. Comme le traité constitutionnel,

le traité de Lisbonne devrait renforcer la légitimité de l'espace pénal européen : il devrait non seulement réduire le déficit démocratique en faisant en principe du Parlement européen un co-législateur aux côtés du Conseil mais il devrait en outre considérablement étendre le contrôle juridictionnel intérieur et extérieur sur l'espace pénal européen. Enfin, comme le traité constitutionnel, en faisant disparaître le troisième pilier, le traité de Lisbonne mettra un terme aux conflits de base juridique entre les premier et troisième piliers qui ont empoisonné les travaux dans ce secteur. Certes, ces derniers éléments permettront de réduire quelque peu la complexité dont souffre actuellement l'espace pénal européen. Cette complexité sera toutefois bien loin de disparaître puisque le prix à payer pour tous les changements importants précités est le renforcement de la géométrie variable, laquelle est susceptible de mettre en péril la cohérence et la légitimité de l'espace pénal européen. De ce point de vue, le traité de Lisbonne va plus loin encore que le traité constitutionnel puisque non seulement les régimes d'*opt out* reconnus à certains Etats membres sont étendus mais qu'en outre le recours à la coopération renforcée est facilité dans certains cas.

Si les difficultés créées par l'échec du référendum irlandais ne pouvaient pas être surmontées et si le traité de Lisbonne n'entrait pas en vigueur, le risque serait grand de voir l'espace pénal européen s'enfoncer dans la crise qu'il traverse actuellement. Cela ne signifie toutefois pas nécessairement que la coopération policière et judiciaire pénale stagnerait. Dans une telle hypothèse, il convient en effet de ne pas perdre de vue les possibilités offertes par l'actuel troisième pilier de lancer des coopérations renforcées, d'une part, et de recourir à la technique de la passerelle prévue par l'article 42 du TUE, d'autre part. Certes, jusqu'ici le Conseil n'a pas eu recours en matière pénale aux coopérations renforcées dans le cadre institutionnel de l'Union européenne et il a accueilli de manière glaciale la suggestion faite au printemps 2006 par la Commission européenne de transférer dans le premier pilier des matières pénales sans attendre une modification des traités. L'on peut toutefois espérer qu'une telle attitude était déterminée par le fait qu'à l'époque le sort du traité constitutionnel n'était pas encore scellé et qu'elle ne se reproduirait pas si jamais le traité de Lisbonne devait se heurter à un nouvel échec...

Références

- BARBE, E. (2007), *L'espace judiciaire européen*, Paris, La documentation française, Réflexe Europe, 2007.
- BERTHELET, P. (2003), *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, Bruxelles, PIE-Peter Lang, Coll. « Cité européenne ».
- BIOLLEY, S. DE (2006), « Collecte, échange et protection des données dans la coopération en matière pénale », *JTDE*, p. 193 et s.
- DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (2005), « Quelle Europe pénale dans le traité constitutionnel ? », in BRIBOSIA, E. et DONY, M. (éd.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, p. 317 et s.
- et — (sous la dir. de) (2005), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles.
- DE ZWAAN, J. W. & GOUDAPPEL, F. (ed.) (2006), *Freedom, security and justice in the EU. Implementation of the Hague programme*, The Hague, TMC Asser Press.

—, J. W. & BULTENA, A.J. (2003), *Ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid*, Den Haag, Sdu.

LABAYLE, H. (1997), « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE*, p. 813 et s.

—, « Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne », *CDE*, 2004, p. 595 et s.

WEYEMBERGH, A. (2004), « L'espace pénal européen : entre coopération judiciaire et territoire pénal européen », in P. MAGNETTE (éd.), *La grande Europe*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, p. 246 et s.