

Quelles contributions de la CJ à l'espace pénal européen ?

Serge DE BIOLLEY

1. Introduction

La Cour de justice a été saisie, depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam d'une petite vingtaine d'affaires directement liées au troisième pilier de l'Union consacré à la coopération en matière pénale (sans compter les affaires liées aux listes de personnes et groupes terroristes qu'on n'abordera pas ici)¹ et il ne fait pas de doute que le mouvement s'accélère, sous un effet d'entraînement provoqué par les affaires précédentes et en raison du développement important du droit pénal européen².

Dans cette contribution, nous tenterons une évaluation prospective des interventions possibles de la Cour de justice dans les prochaines années dans ce secteur de la coopération pénale.

La première partie sera consacrée au contentieux institutionnel en prenant en compte à la fois le régime actuel et celui qui découlera de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (2). Les autres parties seront consacrées à l'action possible de la Cour dans la substance du droit pénal européen. On abordera successivement la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales (3), le rapprochement du droit pénal procédural (4), le rapprochement du droit pénal matériel (5) et la protection des données (6). On expliquera enfin pourquoi il ne faut pas s'attendre à une jurisprudence foisonnante dans les autres secteurs du troisième pilier, pourtant nombreux (7).

¹ Voy. la contribution de S. GLESS et D. SCHAFFNER dans le présent ouvrage.

² La partie « jurisprudence UE » du site web www.eclan.eu comporte une mise à jour de toutes les affaires portées devant la Cour dans ce secteur.

2. Aspects institutionnels

La Cour de justice réalise un travail important pour l'espace européen de justice pénale en clarifiant, pas à pas, la question des compétences institutionnelles. Plusieurs incertitudes subsistent sous les traités actuels et une intervention de la Cour serait souhaitable mais il n'est pas certain qu'une occasion lui sera offerte (A) ; s'il apportera des solutions à beaucoup des problèmes actuels, le traité de Lisbonne donnera sans aucun doute naissance à d'autres litiges que l'on peut déjà entrevoir (B).

A. *Sous les traités actuels (avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne)*

Le report de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne fait resurgir un certain nombre de questions liées principalement à la division entre le premier et le troisième piliers. Si le traité était entré en vigueur durant le premier semestre 2009, comme prévu à l'origine, ces questions n'auraient plus eu d'intérêt que pour les rares affaires en cours. Dans la situation actuelle, elles risquent d'affecter plus profondément les efforts de l'Union.

L'arrêt de la Cour du 13 septembre 2005 ³ qui annulait la décision-cadre 2003/80/JAI sur la protection de l'environnement par le droit pénal a laissé beaucoup de questions en suspens sur l'étendue de la compétence pénale qu'il reconnaît à la Communauté et en particulier les deux questions suivantes : d'une part, le critère à utiliser pour déterminer quel secteur communautaire justifie une intervention pénale de la Communauté et, d'autre part, le type de règles pénales que la Communauté peut édicter au-delà de la définition des comportements et de la nécessité de sanctions pénales. Sur le premier point, l'arrêt du 23 octobre 2007 ⁴, par lequel la Cour a annulé sur la base d'un raisonnement similaire la décision-cadre 2005/667/JAI (pollution par les navires) n'a guère apporté de réponse : la Cour s'est limitée à noter que la politique des transports était un objectif essentiel de la Communauté et que les règles ici concernées étaient en outre liées à la protection de l'environnement, faisant ainsi le lien avec l'arrêt précédent. Sur le second point, cet arrêt a explicitement exclu une compétence de la Communauté pour déterminer le type de sanction pénale mais n'apporte pas de clarification quant au secteur par exemple de la procédure pénale.

L'arrêt du 30 mai 2006 ⁵ dans le dossier des accords entre l'Union européenne et les Etats-Unis pour le transfert des données PNR a créé un traumatisme inverse en rejetant une compétence de la Communauté que le Conseil et la Commission avaient cru voir exister et en forçant ceux-ci à recourir au troisième pilier. Il faudra attendre l'arrêt de la Cour dans le dossier de la directive 2006/24/CE sur la « rétention » des données électroniques ⁶ pour évaluer toutes les conséquences de cette jurisprudence. Dans les deux dossiers, la base juridique des instruments attaqués a été trouvée par

³ CJ, 13 septembre 2005, aff. C-176/03, *Commission c. Conseil*.

⁴ CJ, 23 octobre 2007, aff. C-440/05, *Commission c. Conseil*.

⁵ CJ, 30 mai 2006, aff. jtes C-317/04 et C-318/04, *Parlement c. Conseil et Commission*.

⁶ Aff. C-301/06, *Irlande c. Conseil et Parlement européen*. La directive prévoit la conservation systématique par les fournisseurs de services de télécommunications de toutes les données de trafic (pas le contenu des communications) pour une période de six à vingt-quatre mois afin que ces données puissent, le cas échéant, être utilisées aux fins « de recherche, de détection et de poursuite d'infractions graves ».

le législateur dans le TCE alors qu'il ne fait pas de doute que la finalité concerne la sécurité intérieure. L'avocat général, dans son opinion du 14 octobre 2008, propose toutefois de ne pas annuler la directive sur la rétention des données. Il reconnaît que la finalité première de cet instrument est de nature pénale mais semble estimer que d'autres éléments (notamment le fait que la directive ne porte que sur la conservation et pas sur l'utilisation de ces données, l'importance de la directive pour le marché intérieur, ...) déplacent le « centre de gravité » de la directive, en principe largement déterminé par la finalité de l'instrument, vers le premier pilier. Un tel raisonnement, s'il devait être confirmé par la Cour, pose la question de savoir, en dehors de ce cas particulier, à partir de quand la finalité pénale d'un instrument cesse d'être l'élément déterminant pour en choisir la base juridique.

Cette jurisprudence obscure, couplée à l'incertitude quant à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, crée des difficultés pour plusieurs initiatives législatives déposées par la Commission européenne. La complexité de la question s'illustre par exemple dans la proposition de directive « facilitant l'application transfrontière de la législation dans le domaine de la sécurité routière » qui porte sur quatre infractions (excès de vitesse, non-port de la ceinture de sécurité, conduite en état d'ivresse et franchissement d'un feu rouge) pour lesquelles il n'est pas précisé qu'il doit s'agir d'infractions pénales ⁷. Son objectif principal est de prévoir une obligation pour l'Etat d'immatriculation d'envoyer à l'Etat dans lequel l'infraction a été commise des données sur le véhicule et le titulaire du numéro d'immatriculation. Le service juridique du Conseil conteste la base juridique de cet instrument et estime qu'il relève du troisième pilier. Le Parlement européen et la Commission ne partagent pas cet avis. La solution pour sortir de l'impasse pourrait résider dans une reformulation de la directive qui la priverait d'une grande partie de sa valeur ajoutée ⁸.

Si des clarifications apportées par la Cour seraient bienvenues, il n'est ainsi pas certain que celle-ci se verra offrir beaucoup d'occasions pour ce faire. Le Conseil, après les arrêts marquants dans les dossiers « environnement », « pollution maritime » et « PNR », évite autant que possible les solutions qui risquent d'aboutir à un recours, que ce soit de la Commission, du Parlement européen ou d'un Etat membre. Cette réticence est d'autant plus forte que le Conseil sait que, en cas de recours, la réponse de la Cour n'arrivera pas avant deux ans : entretemps, comme les annulations par la Cour de justice ne sont plus exceptionnelles dans ce secteur, l'instrument en question apparaîtra comme en sursis tout en devant être mis en œuvre par les Etats.

B. Sous le traité de Lisbonne

On aurait tort de croire que, en intégrant l'ancien troisième pilier (coopération en matière pénale) dans le premier pilier, le traité de Lisbonne va supprimer le contentieux devant la Cour de justice pour ce qui concerne les aspects institutionnels de l'espace pénal européen.

⁷ COM (2008) 151 final.

⁸ Doc. Cons. UE 13659/08.

1. *L'enjeu de la base juridique demeure*

Le choix de la base juridique reste déterminant au sein même des matières du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ou TFUE (c'est-à-dire l'ancien premier pilier auquel est intégré l'ancien troisième pilier, à l'exclusion donc du deuxième pilier qui subsiste). Si le TFUE crée une procédure législative « normale » (codécision et vote à la majorité qualifiée), il maintient des régimes spécifiques plus ou moins dérogatoires concernant l'implication du Parlement européen et le vote au Conseil mais aussi, pour le secteur qui nous concerne, sur d'autres aspects comme l'implication des différents Etats membres.

L'aspect le plus important dans ce cadre est le régime d'*opt out* dont bénéficient le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark sur tout le titre V de la partie III du TFUE (espace de liberté, de sécurité et de justice), y compris donc la coopération judiciaire pénale et la coopération policière. Cette spécificité suffit à elle seule pour rendre cruciale la question de savoir si un instrument trouve sa base juridique à l'intérieur de ce titre V (où l'*opt out* s'applique) ou dans un autre secteur de compétences de l'Union (où l'*opt out* ne s'applique pas).

Si on songe aux affaires qui ont été portées devant la Cour jusqu'à présent et qui concernent les délimitations des compétences de l'Union en matière de coopération pénale, on voit que, sur les quatre affaires concernées, mentionnées ci-dessus, deux gardent leur pertinence même dans le cadre du traité de Lisbonne. C'est le cas pour l'affaire qui concerne la directive sur la rétention des données électroniques et pour celle qui concerne l'accord entre l'Union et les Etats-Unis sur l'accès aux données PNR.

Quant aux deux autres affaires, qui concernent les compétences pénales de la Communauté (décisions-cadre « environnement » et « pollution maritime »), la question n'est pas résolue par l'intégration de l'ancien troisième pilier dans l'ancien premier pilier mais par la création d'une base juridique explicite pour le rapprochement des incriminations pénales et des sanctions pénales dans les secteurs d'activité de l'Union ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation (article 83(2) TFUE).

2. *Contentieux relatif aux contreparties de l'opt out*

Le régime d'*opt out* octroyé au Royaume-Uni et à l'Irlande sur les matières pénales consiste principalement dans l'extension à ces secteurs du régime déjà en vigueur depuis le traité d'Amsterdam pour ce qui concerne les matières du secteur « justice et affaires intérieures » qui avaient déjà été communautarisées (asile, immigration, frontières, visas et justice civile)⁹. Le Royaume-Uni et l'Irlande conservent par ailleurs un régime d'*opt out* séparé pour la coopération Schengen qui existe également, y compris cette fois pour le secteur pénal, depuis le traité d'Amsterdam¹⁰. Pour les besoins du présent article, on parlera de l'« *opt out* général » pour la position du Royaume-Uni et de l'Irlande dans l'ensemble du secteur « liberté, sécurité et justice »

⁹ Protocole n° 4 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande (1997).

¹⁰ Protocole n° 2 intégrant l'acquis de Schengen dans le cadre de l'Union européenne (1997).

et de l'« *opt out* Schengen » pour la position du Royaume-Uni et de l'Irlande dans la coopération Schengen ¹¹.

Pour obtenir cette extension, le Royaume-Uni et l'Irlande ont dû accepter des contreparties durant la dernière conférence intergouvernementale. Certaines de ces contreparties permettent aux autres Etats membres de prendre en quelque sorte des mesures de rétorsion en cas d'usage excessif de l'*opt out*. C'est le champ d'application de ces mesures de rétorsion qui risque fort d'aboutir à une saisine de la Cour de justice.

Ainsi, dans le régime de l'*opt out* général prévu dans le traité de Lisbonne, le Royaume-Uni ou l'Irlande, alors qu'il participe à une mesure X existante, peut décider de ne pas participer à une mesure Y qui modifie la mesure X. La contrepartie réside dans le fait que le Conseil peut dans ce cas décider d'exclure le Royaume-Uni ou l'Irlande de la mesure X elle-même. Ce pouvoir de rétorsion est toutefois limité aux cas dans lesquels la non-participation à la mesure Y rend l'application de la mesure X « impraticable pour d'autres Etats membres ou l'Union » ¹². La notion d'impraticabilité est très vague. A partir de quand peut-on juger que la mesure X devient « impraticable » en raison de la non-participation du Royaume-Uni et de l'Irlande et jusqu'à quand faut-il considérer au contraire que cette non-participation ne fait que compliquer l'application de cette mesure ? Ou, pour prendre, un exemple concret, quel type de modification du mandat d'arrêt européen aurait pour conséquence que la non-participation du Royaume-Uni à la modification en question rendrait le mandat d'arrêt européen « impraticable » ? Faut-il considérer par exemple que la non-participation du Royaume-Uni à une modification des mentions requises dans le mandat d'arrêt européen rend celui-ci « impraticable » parce que le mandat d'arrêt européen est diffusé via le Système d'information Schengen qui impose des formulaires standards pour tous les Etats membres ?

Dans le même ordre d'idées, le régime de l'*opt out* Schengen a été modifié pour permettre explicitement au Royaume-Uni et à l'Irlande de ne pas participer à une mesure Schengen Y qui modifie une mesure Schengen X à laquelle l'Etat en question participe ¹³. La contrepartie est ici rédigée dans des termes différents que pour l'*opt out* général. Cette fois, il est prévu que la mesure X cesse de s'appliquer pour le Royaume-Uni et l'Irlande « dans la mesure jugée nécessaire par le Conseil » et sachant que le Conseil devra chercher « à conserver la plus grande participation possible de l'Etat membre concerné sans que cela porte gravement atteinte au fonctionnement pratique des différentes composantes de l'acquis de Schengen et en respectant leur cohérence ». Les critères utilisés ici, et particulièrement la notion de « cohérence »

¹¹ Voy. la contribution de A. WEYEMBERGH et V. RICCI au présent ouvrage.

¹² Traité de Lisbonne, protocole 21, article 4*bis*.

¹³ La CJ a récemment précisé que cette possibilité existait déjà pour le Royaume-Uni et l'Irlande sous le régime instauré par le traité d'Amsterdam (CJ, 18 décembre 2008, aff. C-77/15, *Royaume-Uni c. Conseil*, par. 65). Cette interprétation, qui n'apporte d'ailleurs rien à l'affaire dans laquelle la CJ était appelée à se prononcer, contredit pourtant ce que le Royaume-Uni et l'Irlande avaient eux-mêmes accepté de manière à peine voilée dans l'article 8(2) de la décision 2000/365/CE (JO, n° L 141, 1^{er} juin 2000, p. 43).

des différentes composantes de l'acquis de Schengen, sont encore plus vagues que la notion d'impraticabilité utilisée dans le régime de l'*opt out* général.

3. *Compétences de l'Union dans le secteur de la sécurité de l'Etat*

Le traité d'Amsterdam reste ambigu sur la question de l'existence ou non d'une compétence de l'Union dans le secteur de la sécurité de l'Etat et, plus précisément, dans le domaine de la coopération entre les services de renseignement ou entre ces services et les autorités répressives. La Cour de justice n'a jamais eu à trancher la question puisqu'une intervention de sa part aurait nécessité que la base juridique d'un instrument adopté dans ce secteur soit contestée devant elle. Or, aucun instrument de ce type n'a jamais eu la moindre chance d'aboutir puisqu'il n'aurait pu être adopté que dans le troisième pilier où la règle de l'unanimité prévaut et puisque certains Etats membres, et en particulier le Royaume-Uni, s'opposent à une action de l'Union dans ce secteur¹⁴. Ici aussi, une lecture rapide du traité de Lisbonne donne l'impression que la question est maintenant tranchée mais un examen plus attentif sème le doute.

Dans le traité de Lisbonne, l'article 4, par. 2, TUE (anciennement l'article 3 TUE) prévoit que « la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque Etat membre ». Cela semble exclure ce secteur de la compétence de l'Union. L'article 73 TFUE prévoit ensuite qu'« 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 ». On peut interpréter cet article 73 comme confirmant l'absence de compétence dans l'Union dans ce secteur et comme indiquant que la coopération entre services de renseignement peut continuer à se développer, comme c'est le cas actuellement à travers notamment le « Club de Berne », en dehors de l'Union. Mais l'article 73 n'aurait alors en réalité aucune portée dans la mesure où il est évident que les Etats membres sont libres de leur action dans les secteurs qui ne font pas partie des domaines de compétence de l'Union. La seule manière de donner un effet utile à l'article 73 serait de créer un lien entre l'Union et cette coopération entre services de renseignement.

Or, le passage à la majorité qualifiée et l'implication du Parlement européen rendent beaucoup moins improbable la possibilité d'aboutir dans un futur plus ou

¹⁴ Il faut noter toutefois qu'il est explicitement prévu que le Système d'information Schengen (SIS II) remplit, parmi d'autres, une finalité de sécurité de l'Etat. La convention Schengen et la décision 2007/533/JAI (qui porte sur le SIS II) prévoient en effet qu'un signalement peut être inséré dans le SIS « à la demande des instances compétentes pour la sûreté de l'Etat, lorsque des indices concrets laissent supposer que les informations (...) sont nécessaires à la prévention de (...) menaces graves pour la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat » (article 99(3) de la convention Schengen et article 36(3) de la décision 2007/533/JAI, *JO*, n° L 205, 7 août 2007, p. 63). Cela vient du fait que la convention Schengen était initialement détachée de l'Union européenne. Juridiquement, toutefois, il faut considérer soit que l'intégration de cette partie de la convention Schengen dans le droit de l'Union et cette partie de la décision sur le SIS II sont illégales (défaut de base juridique), soit qu'elles sont légales mais qu'il existe donc bien une compétence pour l'Union dans ce secteur.

moins proche à un instrument qui touchera, même de loin, à ce secteur ¹⁵. Seule la Cour de justice pourra clarifier les choses.

4. *Protection des données*

L'article 16 TFUE prévoit une base juridique horizontale pour les travaux de l'Union en matière de protection des données à caractère personnel. Cette base juridique est donc également applicable aux règles sur la protection des données qui concernent les secteurs de la coopération pénale ou de la coopération policière ¹⁶.

Cela ne signifie pas pour autant que les instruments adoptés sur la base de l'article 16 TFUE échapperont à l'*opt out* du Royaume-Uni, de l'Irlande et du Danemark. Le protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice prévoit que « le Royaume-Uni ou l'Irlande ne sera pas lié par des règles fixées sur la base de l'article 16 TFUE qui concernent le traitement des données à caractère personnel par les Etats membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application des chapitres 4 [coopération judiciaire pénale] ou 5 [coopération policière] du titre V de la troisième partie dudit traité, lorsque le Royaume-Uni ou l'Irlande n'est pas lié par des règles de l'Union qui régissent des formes de coopération judiciaire en matière pénale ou de coopération policière dans le cadre desquelles les dispositions fixées sur la base de l'article 16 doivent être respectées ».

Ainsi, une directive sur la protection des données s'appliquerait au Royaume-Uni pour ce qui concerne les traitements de données réalisés dans le cadre de l'application du mandat d'arrêt européen (auquel le Royaume-Uni participe) mais ne s'appliquerait pas à cet Etat pour les traitements de données réalisés dans le cadre de l'application par exemple d'un mandat européen d'interception des télécommunications auquel le Royaume-Uni, dans notre exemple, aurait décidé de ne pas participer. Cela paraît assez normal.

Mais cette formulation laisse en suspens la question de l'application de l'*opt out* à une directive fondée sur l'article 16 qui ne s'appliquerait pas seulement aux traitements réalisés dans le cadre de l'application d'un instrument européen de « coopération » mais aussi aux traitements réalisés dans un cadre strictement national (comme c'est le cas pour la directive 95/46/CE).

¹⁵ Sauf à considérer que ce secteur relève de l'article 74 TUE qui règle la « coopération administrative entre les services compétents des Etats membres ». Dans ce cas, l'unanimité et la simple consultation du Parlement européen resteront d'application.

¹⁶ Cela est confirmé par la déclaration 21 annexée au traité de Lisbonne : « La Conférence reconnaît que des règles spécifiques sur la protection des données à caractère personnel et sur la libre circulation de ces données dans les domaines de la coopération judiciaire en matière pénale et de la coopération policière se basant sur l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pourraient s'avérer nécessaires en raison de la nature spécifique de ces domaines ». L'objectif de cette déclaration semble être d'indiquer que les règles de droit communautaire actuelles (notamment la directive 95/46/CE, qui est l'instrument de base sur la protection des données) ne s'appliquent pas automatiquement aux secteurs de la coopération judiciaire pénale et de la coopération policière.

5. *Contours de la procédure de la « sonnette d'alarme »*

En matière de reconnaissance mutuelle et de rapprochement des législations pénales, le traité de Lisbonne, comme le traité constitutionnel, prévoit une procédure dite de « sonnette d'alarme » (articles 82(3) et 83(3) TFUE). Elle permet à un Etat membre qui craint que l'instrument en cours de négociation ne porte atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale de saisir le Conseil européen. Celui-ci doit résoudre le problème par consensus. Sans accord au Conseil européen, la négociation est bloquée¹⁷. Rien n'empêche le Royaume-Uni ou l'Irlande de participer à l'instrument en question (*opt in*) puis de décider en cours de négociation, par exemple en raison d'une évolution du texte, d'utiliser la sonnette d'alarme.

Mais l'interaction entre, d'une part, l'utilisation par le Royaume-Uni ou l'Irlande de la sonnette d'alarme dans un cas d'*opt in* et, d'autre part, une clause de sauvegarde qui empêche les effets pervers de l'*opt in* octroyé à ces deux Etats n'est pas claire.

Le protocole 21 prévoit que, lorsque le Royaume-Uni ou l'Irlande a décidé de participer à un instrument mais que la position de l'Etat en question dans la négociation empêche d'adopter l'instrument (par exemple parce que, sans le vote du Royaume-Uni ou de l'Irlande, les Etats opposés à la mesure ne disposeraient pas d'une minorité de blocage), le Conseil peut en quelque sorte faire comme si le Royaume-Uni ou l'Irlande, selon le cas, n'avait jamais participé à l'instrument en question. Cette règle a pour objectif d'empêcher que la possibilité d'*opt in* au cas par cas octroyée au Royaume-Uni ou à l'Irlande n'ait pour effet pervers, dans un cas précis, de freiner la construction européenne (article 3(2) du protocole 21).

Or il n'est pas certain que cette règle qui permet d'exclure le Royaume-Uni ou l'Irlande d'une négociation soit applicable dans le cas de l'usage de la sonnette d'alarme. En effet, le protocole 21 prévoit que la décision d'exclusion revient au Conseil. Or, dans le cas de l'usage de la sonnette d'alarme, l'affaire est entre les mains du Conseil européen. Une interprétation littérale des règles régissant, d'une part, la sonnette d'alarme (articles 82(3) et 83(3) TFUE) et, d'autre part, la procédure d'exclusion (article 3(2) du protocole 21) empêche d'appliquer la seconde dans le cas où la première est amorcée¹⁸. Mais une interprétation téléologique, fondée sur l'objectif d'empêcher un effet pervers de la possibilité d'*opt in* octroyée au Royaume-Uni et à l'Irlande, devrait aboutir à la solution inverse. Voilà donc bien une question pour la Cour de justice.

6. *Contours de la compétence de l'Union dans le domaine du rapprochement du droit pénal procédural*

Sous le régime du traité d'Amsterdam, l'étendue de la compétence de l'Union dans le secteur du rapprochement du droit pénal procédural est controversée. Cette

¹⁷ Le traité de Lisbonne a ajouté la possibilité dans ce cas pour un groupe d'Etats membres de lancer une coopération renforcée sans avoir besoin de l'autorisation du Conseil.

¹⁸ On objectera peut-être que, grâce au traité de Lisbonne, il reste possible de lancer une coopération renforcée dans un tel cas de blocage. Mais seuls les Etats qui sont en faveur de la mesure participeront à ladite coopération. Ceux qui se trouvaient dans la minorité ne se joindront probablement pas à cette coopération.

controverse s'est manifestée dans le cadre de la négociation d'une décision-cadre définissant certains droits minimaux de la défense dans le cadre des procédures pénales nationales. Cette négociation a abouti à un échec ¹⁹. Trois ans de travaux au Conseil n'ont pas permis de résoudre l'opposition fondamentale entre, d'une part, les Etats membres qui estiment que l'Union ne peut définir des droits procéduraux que pour les procédures transfrontalières et ceux qui estiment au contraire qu'un rapprochement plus large des procédures pénales est essentiel pour construire et renforcer la confiance mutuelle entre les systèmes nationaux.

Le traité de Lisbonne semble clarifier les choses en prévoyant explicitement que l'Union peut adopter des « règles minimales » sur « les droits des personnes dans les procédures pénales » (article 82(2) TFUE). Mais, ici encore, une lecture attentive montre que le traité ne mettra pas fin à la controverse. La partie introductive du paragraphe concerné précise que l'Union ne peut adopter de directive dans ce secteur que « dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière ». Cette formulation permet à chaque Etat membre de maintenir sa position actuelle ce qui explique précisément que les Etats membres ont tous pu accepter cette partie du traité.

La différence est que la question peut cette fois aboutir à une saisine de la Cour de justice dans la mesure où une directive pourrait être adoptée malgré l'opposition de certains Etats. Cela suppose toutefois que ceux-ci ne soient pas assez nombreux pour former une minorité de blocage. Notons par ailleurs que si un de ces Etats utilise la « sonnette d'alarme » mentionnée ci-dessus, afin de protéger les aspects fondamentaux de son système de justice pénale, cela pourrait amener les Etats qui soutiennent une compétence large de l'Union dans ce secteur à adopter une directive dans le cadre d'une coopération renforcée ²⁰ même si une telle solution poserait de sérieuses questions sur la cohérence de l'espace européen de justice pénale. Les Etats opposés à la directive, même s'ils ne participent pas à la coopération renforcée, pourraient attaquer la directive en question pour défaut de base juridique.

Au-delà de la question de base juridique, une intervention de la Cour dans ce secteur amènerait plus de clarté dans les fondements et donc aussi dans les futures étapes de la construction de l'espace européen de justice pénale.

3. Contentieux lié à la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales

La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires va probablement donner lieu, principalement dans le cadre des procédures préjudicielles, à une intervention croissante de la Cour de justice. Après une phase préliminaire où des questions sur

¹⁹ Doc. Cons. UE 10267/07.

²⁰ Une coopération renforcée en dehors de la procédure simplifiée liée à l'utilisation de la sonnette d'alarme est difficilement envisageable dans la mesure où le Conseil doit donner son autorisation à la majorité qualifiée pour permettre le lancement d'une coopération renforcée et que celle-ci doit respecter les compétences de l'Union ce qui, dans le scénario examiné ici, est précisément contesté par un groupe d'Etats formant une minorité de blocage.

la légalité des instruments risquent d'être posées, c'est surtout le contentieux de l'interprétation qui devrait se développer.

Tout d'abord, rien n'indique que la Cour, malgré la dizaine de cas qui lui ont été soumis en quelques années, a épuisé les questions qui peuvent naître de l'article 54 de la convention Schengen et du principe *non bis in idem*, qui peut être considéré comme une application du principe de reconnaissance mutuelle. On ne s'étendra pas ici sur cette question ²¹.

L'application de la décision-cadre 2002/584/JAI sur le mandat d'arrêt européen, qui constitue la première mise en œuvre de ce principe de reconnaissance mutuelle *stricto sensu*, est longtemps restée cantonnée aux juridictions nationales. Il y avait bien eu l'affaire portée par la Cour constitutionnelle belge sur la légalité de la décision-cadre 2002/584/JAI, qui a permis à la Cour de consolider le mandat d'arrêt européen et le principe de reconnaissance mutuelle, mais il s'agissait d'une affaire détachée de tout cas concret puisque la procédure concernée au niveau national était un recours en annulation contre la loi de mise en œuvre ²². L'absence de question préjudicielle posée à la Cour dans un cas concret était d'autant plus suspecte que la décision-cadre a rapidement donné lieu à la saisine des plus hautes juridictions nationales.

La réticence de celles-ci à saisir la Cour de justice semblait dès lors, au moins en partie, s'expliquer par la longueur des procédures préjudicielles devant la Cour (une vingtaine de mois environ). Le dépôt successif de deux questions sur la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen durant le premier semestre 2008, au moment même où une procédure préjudicielle d'urgence était mise sur pied confirme cette impression ²³. Pour la première affaire (affaire *Kozłowski*), la Cour n'a pas pu utiliser la nouvelle procédure car la question avait été posée quelques jours avant que cette procédure devienne applicable mais la Cour a néanmoins décidé de recourir à la procédure exceptionnelle dite « accélérée » pour rendre son arrêt en cinq mois seulement. Dans la deuxième affaire, la Cour n'a pas retenu l'urgence. Mais elle a fait la première application de la nouvelle procédure quelques mois plus tard dans l'affaire *Santesteban Goicoechea* ²⁴. Le cas soumis à la Cour le 3 juillet 2008 était parfaitement représentatif de ceux pour lesquels la nouvelle procédure a été créée puisque le maintien en détention de la personne concernée dépendait de la réponse de la Cour à la question préjudicielle. La Cour de justice n'a pas manqué cette occasion : elle a rendu son arrêt en cinq semaines.

Les juridictions nationales qui étaient tentées de saisir la Cour mais ne l'ont pas fait à cause des délais devraient donc maintenant être rassurées et on peut penser qu'un effet d'entraînement ne va pas tarder à se manifester. C'est d'autant plus probable qu'il y a des questions fondamentales à clarifier. On se limitera ici à la question de la non-reconnaissance de la décision judiciaire étrangère en raison de la violation des

²¹ Voy. les contributions de T. RAFARACI et R. ROTH au présent ouvrage.

²² CJ, arrêt du 3 mai 2007, aff. C-303/05, *A.s.b.l. Advocaten voor de wereld c. Conseil des Ministres (Belgique)*.

²³ Voy. la contribution de A. LAZOWSKI au présent ouvrage. Aff. C-123/08, *Wolzenburg* ; CJ, 17 juillet 2008, aff. C-66/08, *Kozłowski*.

²⁴ CJ, 12 août 2008, aff. C-296/08, *Santesteban Goicoechea*.

droits fondamentaux (A) et à la mise en œuvre de l'abandon partiel de l'exigence de double incrimination (B).

A. Refus d'exécution lié aux droits fondamentaux

Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales se caractérise par des causes de non-reconnaissance qui sont limitativement énumérées et qui ont un champ d'application limité. Ces causes de non-reconnaissance n'incluent pas les cas de violation des droits fondamentaux. Certains Etats membres ont néanmoins explicitement inséré une telle cause de non-reconnaissance dans leur législation de mise en œuvre de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen. La Commission européenne elle-même indique que ces législations sont « légitimes » et qu'« il va sans dire qu'une autorité judiciaire est toujours fondée à refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt si elle constate que la procédure est entachée d'une violation de l'article 6 UE et des principes constitutionnels communs aux Etats membres »²⁵.

Mais il reste à définir l'étendue d'une telle cause de non-reconnaissance, ce qui est d'autant plus difficile qu'elle n'est pas formulée dans les décisions-cadres. Or, on est ici au cœur du principe de reconnaissance mutuelle et de la confiance mutuelle qui en est le fondement²⁶. Une mise en œuvre de la décision judiciaire étrangère au mépris des droits fondamentaux de l'individu entacherait la légitimité du principe de reconnaissance mutuelle mais, à l'inverse, un contrôle étendu exercé par l'autorité judiciaire d'exécution sur la procédure suivie dans l'Etat d'émission serait en contradiction directe avec ce même principe. Laisser le traçage de la ligne de démarcation aux juridictions nationales risque fort d'aboutir à des divergences d'approche entre les Etats membres. L'intervention de la Cour de justice sera donc essentielle. Elle devrait notamment clarifier les aspects suivants :

- quel degré de gravité et quel risque de violation des droits fondamentaux sont requis pour permettre un refus d'exécuter la décision étrangère ? Sur la question de la gravité, la CEDH n'interdit certainement pas la coopération judiciaire pénale dans n'importe quel cas de violation des droits de l'homme dans l'Etat requérant²⁷. Une telle interdiction empêcherait par exemple de coopérer avec tout Etat régulièrement condamné pour la longueur excessive des procédures pénales. Sur la question du risque, la Cour européenne des droits de l'homme semble permettre une sorte de présomption de qualité du système pénal des Etats parties à la CEDH de sorte qu'un Etat partie ne serait tenu qu'à une « vérification marginale » de la conformité d'une décision judiciaire rendue dans un autre Etat

²⁵ (Premier) rapport de la Commission européenne fondé sur l'article 34 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, COM (2005) 63 final.

²⁶ Et dont la Cour a rappelé l'importance dès son premier arrêt rendu dans le secteur du troisième pilier, CJ, 11 février 2003, aff. jtes C-187/01 et C-385/01, *Gözütok et Brügge*.

²⁷ La seule interdiction qui ressort clairement de la jurisprudence de la Cour concerne les cas dans lesquels la personne risque de subir une violation de l'article 3 de la convention (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants).

partie ²⁸. Ces balises sont donc insuffisantes pour délimiter le contrôle qui doit être réalisé dans l'Etat d'exécution ;

- la non-reconnaissance devrait-elle être limitée en fonction de la possibilité pour la personne concernée de faire valoir ses droits dans l'Etat d'émission ? Si le mandat d'arrêt européen est émis dans le cadre de l'enquête pénale (et non dans le cadre de l'exécution d'un jugement) et que la violation alléguée des droits fondamentaux a eu lieu avant l'émission du mandat d'arrêt européen, on peut par exemple faire une différence selon que la personne concernée a, ou non, déjà invoqué cette violation dans l'Etat d'émission. Si la personne n'a pas encore invoqué la violation dans l'Etat d'émission, et en fonction de la gravité de la violation en question, le juge d'exécution devrait prendre en compte la possibilité que la personne exerce un recours contre cette violation une fois remise à l'autorité judiciaire qui a délivré le mandat d'arrêt européen.

Devant la difficulté de répondre à ces questions par des règles générales et abstraites suffisamment précises, il faut espérer que la Cour de justice sera amenée à poser elle-même progressivement les jalons nécessaires pour assurer une interprétation uniforme des décisions-cadres dans les Etats membres.

B. Double incrimination

L'abandon partiel de la double incrimination constitue une autre caractéristique de la reconnaissance mutuelle par rapport à l'extradition ou l'entraide judiciaire en matière pénale. Les différentes décisions-cadres applicables prévoient qu'il n'y a pas de contrôle de la double incrimination lorsque les faits correspondent à une infraction reprise dans une liste limitative ²⁹.

Au-delà des législations nationales qui ne respectent pas ce principe, les évaluations mutuelles en cours depuis 2006 sur l'application du mandat d'arrêt européen montrent que, même dans les Etats qui ont correctement transposé la décision-cadre, les juges éprouvent des difficultés à renoncer tout à fait au contrôle de la double incrimination ³⁰. Beaucoup se sentent obligés ou en droit de vérifier que l'infraction concernée est bien celle que l'autorité d'émission a coché dans la liste des trente-deux infractions qui est reprise sur le formulaire du mandat d'arrêt européen. Comme indiqué dans le rapport sur la Pologne, certains juges se replient dès lors sur leur propre législation pour vérifier la compatibilité entre les faits et la qualification reprise dans la liste. Ce faisant, ils opèrent une forme de contrôle de la double incrimination. Dans ce même rapport, les experts gouvernementaux qui ont procédé à l'évaluation estiment que « le seul moyen de vraiment mettre en œuvre [l'abolition partielle de l'exigence

²⁸ Voy. la contribution de R. ROTH au présent ouvrage. Voy. aussi O. DE SCHUTTER, « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (dir.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 113.

²⁹ Pour autant que l'infraction en question soit punie dans l'Etat membre d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans.

³⁰ Voy. par exemple le point 4.6. du rapport sur le Danemark (doc. Cons. UE 13801/2/06), le point 7.3.1.7. du rapport sur l'Estonie (doc. Cons. UE 5301/1/07) ou encore le point 7.4.1.8. du rapport sur la Pologne (doc. Cons. UE 14240/1/07).

de double incrimination] est de limiter le contrôle réalisé par l'autorité d'exécution à la vérification que l'autorité d'émission a bien coché une des cases renvoyant à une des trente-deux infractions dans le formulaire du mandat d'arrêt européen ». Ils précisent ensuite qu'« il ne devrait y avoir qu'un contrôle marginal du lien entre les circonstances de l'infraction et la qualification de l'infraction cochée par l'autorité d'émission. Un tel contrôle devrait avoir pour seul objectif de détecter les erreurs matérielles manifestes, les contradictions ou les abus manifestes de la liste de la part de l'autorité d'émission »³¹.

Cette interprétation semble conforme aux décisions-cadres concernées mais elle postule une forme d'automatisme de l'exécution de la décision étrangère qui se heurte à la vision traditionnelle du rôle du juge fondée précisément sur l'idée d'un contrôle et, dans le domaine pénal, sur la vérification de l'existence des éléments constitutifs de l'infraction.

Certes, dans la plupart des cas, cette question n'aura pas d'incidence sur la décision de l'autorité d'exécution³². Les contenus des différents codes pénaux européens sont en effet assez proches pour ce qui concerne ces infractions, sans quoi les Etats membres ne se seraient pas accordés sur l'abandon de l'exigence de double incrimination. Mais il est clair aussi que les qualifications et le sens de celles-ci ne sont pas identiques, la reconnaissance des différences entre les systèmes pénaux étant elle-même à la base du principe de reconnaissance mutuelle.

La question de l'étendue du contrôle (plus ou moins marginal) réalisé par le juge d'exécution sur la qualification choisie par l'autorité d'émission soulèvera donc tôt ou tard des difficultés majeures et une clarification par la Cour de justice pourrait s'avérer nécessaire.

4. Contentieux lié au rapprochement du droit pénal procédural

On a évoqué plus haut la difficulté actuelle relative à la portée de la base juridique pour le rapprochement du droit pénal procédural. On a rappelé à cette occasion que le traité de Lisbonne n'apporte pas de solution directe mais, puisque les futurs instruments pourront sous le nouveau régime être adoptés à la majorité qualifiée, il sera au moins possible de laisser la Cour de justice trancher cette controverse.

En attendant, l'activité de la Cour dans le domaine du droit pénal procédural devrait se limiter à la poursuite de l'interprétation de la décision-cadre 2001/220/JAI sur la place des victimes dans les procédures pénales. Elle a déjà rendu trois arrêts dans ce secteur à travers les affaires *Pupino*, *dell'Orto* et *Katz*³³. Aucune autre affaire n'est actuellement portée devant la Cour mais il est probable que de nouvelles questions lui seront soumises dans un futur proche dans la mesure où les trois affaires précitées, loin d'épuiser les questions qui peuvent surgir d'une décision-cadre remplie

³¹ Doc. Cons. UE 14240/1/07. Traduction non officielle de l'anglais.

³² Le contrôle exercé par celle-ci risque toutefois d'aboutir à des demandes d'information envoyées à l'autorité d'émission, qui, préoccupée d'abord par le cas concret, s'y pliera avec plus ou moins de bonne grâce.

³³ CJ, 9 octobre 2008, aff. C-404/07, *Katz* ; 28 juin 2007, aff. C-467/05, *dell'Orto* ; 16 juin 2005, aff. C-105/03, *Pupino*.

de formulations très générales, vont sans doute au contraire, par la publicité donnée à l'action de la Cour dans ce secteur, stimuler de nouvelles questions préjudicielles.

5. Contentieux lié au rapprochement du droit pénal matériel

Le rapprochement du droit pénal matériel (c'est-à-dire la définition des infractions et des sanctions) a donné lieu à de nombreuses décisions-cadres. Une quinzaine de secteurs ont fait l'objet d'un tel rapprochement depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam ³⁴.

Pourtant, ce secteur du droit pénal matériel n'a pas encore nécessité l'intervention de la Cour de justice (sinon pour la question de la base juridique, voir ci-dessus). Cela peut étonner dans la mesure où le seul instrument de rapprochement du droit pénal procédural a déjà donné lieu à trois affaires devant la Cour.

On peut penser que cette différence provient de la portée en quelque sorte inverse du rapprochement en termes de droits des personnes. La décision-cadre sur la place des victimes dans les procédures pénales fixe une base minimale de droits procéduraux en laissant aux Etats membres la possibilité d'aller plus loin (même s'il s'agit ici des droits des victimes et non de ceux de la défense). Les décisions-cadres de droit pénal matériel fixent également une base minimale mais cette fois en termes de répression : si les Etats membres sont libres d'aller plus loin, c'est dans le sens d'une définition plus large des comportements visés. Les décisions-cadres de droit pénal matériel ne définissent pas les limites à la criminalisation et ne définissent donc pas de droits pour les personnes.

Ainsi, une question préjudicielle posée à la Cour sur la base de la décision-cadre sur la place des victimes portera sur ce que les Etats doivent au moins accorder comme protection aux personnes concernées tandis qu'une question préjudicielle liée à un instrument de rapprochement du droit pénal matériel portera sur ce qu'il faut au moins incriminer. Les parties « privées » au procès (la victime et l'accusé, mais ce dernier ne bénéficie actuellement d'aucune protection propre au droit de l'Union) auront tendance à espérer de la Cour de justice une interprétation ambitieuse (et donc qui leur serait favorable) de la décision-cadre définissant les droits qu'ils ont dans la procédure pénale. En revanche, le procureur aura probablement moins tendance à s'adresser à la Cour de justice pour faire valoir une interprétation large d'une incrimination contenue dans une décision-cadre. Cela est sans doute aussi lié à l'expérience de la Cour européenne des droits de l'homme, jusqu'il y a peu la seule juridiction européenne à jouer un rôle dans les procédures pénales nationales, qui a par définition vocation à protéger les droits fondamentaux et non pas à préciser les obligations minimales en termes d'incrimination.

Enfin, il faut noter que le principe de l'interprétation conforme, réaffirmé par la Cour de justice dans l'affaire *Pupino* ³⁵, prend lui aussi une dimension fort différente suivant que la norme européenne concernée oblige les Etats à protéger certains droits procéduraux ou à incriminer certains comportements.

³⁴ Voy. notamment 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.

³⁵ Voy. à ce sujet la contribution de A. WEYEMBERGH dans le présent ouvrage.

Il est d'ailleurs frappant de constater que la seule affaire – dont nous ayons connaissance – dans laquelle la juridiction nationale avait été invitée à poser une question préjudicielle à la Cour de justice concernant une décision-cadre de droit pénal matériel est une affaire dans laquelle des associations de protection des droits de l'homme demandaient à la Cour constitutionnelle belge d'annuler la décision-cadre en question (la décision-cadre du 13 juin 2002 sur la lutte contre le terrorisme) pour non-respect des droits fondamentaux ³⁶. La Cour constitutionnelle a du reste estimé que la question n'était pas utile et ne l'a donc pas soumise à la Cour de justice.

Toutefois, et même si l'activité de la Cour devrait, pour les raisons qu'on vient d'évoquer, porter surtout sur le droit pénal procédural, on peut penser que le secteur du droit pénal matériel s'ouvrira aussi dans le futur à son action. Deux éléments nous semblent de nature à amorcer ce mouvement.

Le premier élément est la prise de conscience progressive de l'étendue du rôle de la Cour de justice dans ce secteur et des obligations qui en découlent pour les juridictions nationales. On voit mal le secteur du droit pénal matériel, où l'influence de l'Union européenne sur les droits nationaux est devenue essentielle, éluder encore longtemps la question de l'uniformité d'interprétation qui est une mission confiée à la Cour de justice.

Mais on peut aussi se demander si la dimension exclusivement « répressive » du droit pénal matériel de l'Union (en ce qu'il ne fixe que les obligations minimales en termes de répression) restera vraiment de mise et si la Cour de justice ne pourrait pas être appelée à poser certaines limites à la répression. Plusieurs types de clauses de protection des droits fondamentaux ont été insérées dans les instruments de rapprochement du droit pénal matériel les plus sensibles, à savoir la décision-cadre sur la lutte contre le terrorisme du 13 juin 2002 ³⁷, la décision-cadre sur la lutte contre le racisme ³⁸ et, plus récemment, la décision-cadre, modifiant celle du 13 juin 2002, sur la lutte contre le terrorisme, qui incrimine la provocation publique, l'entraînement et le recrutement au terrorisme ³⁹. Certaines clauses rappellent déjà « l'obligation de respecter les droits fondamentaux » en précisant que la décision-cadre concernée ne modifie pas cette obligation. Le dernier instrument mentionné retient particulièrement l'attention par son article 3 qui prévoit que « dans la mise en œuvre de la présente décision-cadre, les Etats membres veillent à ce que l'incrimination soit proportionnelle aux buts légitimes, qui sont poursuivis et nécessaires dans une société démocratique, et excluent toute forme d'arbitraire ou de traitement discriminatoire ».

³⁶ Cour constitutionnelle, 13 juillet 2005, n° 2005 – 125.

³⁷ Décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *JO*, n° L 164, 22 juin 2002, p. 3.

³⁸ Décision-cadre sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal. L'instrument a fait l'objet d'une approche globale au Conseil et ne devrait plus évoluer mais n'est pas encore adopté. Voy. doc. Cons. UE 16771/07.

³⁹ Décision-cadre modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme. L'instrument a fait l'objet d'une approche globale au Conseil et ne devrait plus évoluer mais n'est pas encore adopté. Voy. doc. Cons. UE 8807/08.

Cette disposition, empruntée à la convention du Conseil de l'Europe relative à la prévention du terrorisme ⁴⁰, est formulée comme la création d'une obligation et non la référence à une obligation existante. Cela pourrait permettre à la Cour de justice, sur la base d'une question préjudicielle, de s'engouffrer dans la brèche et de veiller à la protection des droits fondamentaux dans le droit pénal matériel.

Certes, certains Etats pourraient invoquer l'article 35(5) UE ⁴¹ qui prévoit que « la Cour de justice n'est pas compétente (...) pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure » mais c'est à la Cour qu'il appartient d'interpréter cet article et d'en définir l'impact éventuel sur ses compétences dans l'interprétation du droit pénal matériel de l'Union.

6. Protection des données

Le secteur de la protection des données à caractère personnel devrait selon nous donner progressivement naissance à une jurisprudence importante de la Cour de justice, et ceci pour trois raisons.

La première raison est la multiplication d'instruments juridiques portant sur les traitements et l'échange d'information dans le secteur de la sécurité intérieure. On pense particulièrement à la décision-cadre sur la simplification de l'échange d'information ⁴², la décision qui intègre les règles du traité de Prüm dans le droit de l'Union (qui prévoit un accès direct aux bases de données d'empreintes ADN, d'empreintes digitales et d'immatriculation des véhicules) ⁴³, les discussions sur une décision-cadre sur la collecte des données PNR (Passenger Name Record) ⁴⁴, la mise sur pied du SIS II (système d'information Schengen, deuxième génération) ⁴⁵, l'accès

⁴⁰ Voy. l'article 12(2) de la convention du Conseil de l'Europe du 16 mai 2005 pour la prévention du terrorisme (STE 196).

⁴¹ D'ailleurs repris à l'article 276 TFUE.

⁴² Décision-cadre du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des Etats membres de l'Union européenne, *JO*, n° L 386, 29 décembre 2006, p. 89. Cet instrument crée un régime horizontal pour l'échange d'informations plus contraignant, encadré et détaillé que l'article 39 de la convention Schengen.

⁴³ Décision 2008/615/JAI du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, *JO*, n° L 210, 6 août 2008, p. 1.

⁴⁴ COM (2007) 654 final.

⁴⁵ Décision 2007/533/JAI du 12 juin 2007 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), *JO*, n° L 205, 7 août 2007, p. 63.

pour des finalités pénales au VIS (Visa Information System) ⁴⁶ ou à Eurodac ⁴⁷, ... Tous ces instruments impliquent des traitements de données à grande échelle. La question de la protection des données a été un élément important pour chacun d'eux mais c'est surtout l'évolution générale qui fait du thème de la protection des données l'un des enjeux principaux actuels dans le troisième pilier.

La deuxième raison est la création d'un régime de protection des données en réaction à ces différentes évolutions. Non seulement presque tous les instruments qui développent ces traitements d'information contiennent un tel régime mais surtout une décision-cadre, finalisée en décembre 2007 mais pas encore formellement adoptée, créera bientôt un régime de protection des données s'appliquant de manière horizontale à tous les traitements de données réalisés par les autorités nationales, y compris les autorités policières et judiciaires, dans le secteur de la coopération pénale ⁴⁸. Cette décision-cadre ne s'applique qu'aux cas transfrontaliers et donc pas aux traitements réalisés dans une situation purement nationale mais constitue déjà une évolution majeure.

La troisième raison est que ce secteur de la protection des données dans le secteur pénal est relativement neuf. Certes, le Conseil de l'Europe avait déjà donné lieu à certains travaux mais sans aboutir à un effet comparable par exemple à son influence sur le droit au procès équitable. La convention 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (1981) s'applique au secteur pénal mais prévoit une possibilité de déroger, dans ce secteur, à beaucoup des règles qu'elle contient. La recommandation 87/15 du Comité des ministres sur l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police reste un instrument de référence mais n'a pas force contraignante. Enfin, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu des arrêts remarquables dans ce secteur via la protection du droit au respect de la vie privée mais cette jurisprudence est restée limitée ⁴⁹.

Le contrôle de la protection des données dans le secteur pénal était ainsi jusqu'il y a peu laissé principalement aux législations et aux autorités nationales. Les exceptions principales concernaient, d'une part, le système d'information Schengen (dont la base juridique se trouve dans la convention Schengen de 1990) et, d'autre part, Europol et Eurojust. Des règles détaillées sur la protection des données sont déjà prévues dans les instruments concernés.

Or, le développement des technologies de l'information, en ce qu'il permet des traitements à grande échelle, fait naître des questions nouvelles. Ces questions sont certes en partie communes à la protection des données en général mais elles sont aussi

⁴⁶ Décision 2008/633/JAI du 23 juin 2008 concernant l'accès en consultation au système d'information sur les visas (VIS) par les autorités désignées des Etats membres et par l'Office européen de police (Europol) aux fins de la prévention et de la détection des infractions terroristes et des autres infractions pénales graves, ainsi qu'aux fins des enquêtes en la matière, *JO*, n° L 218, 13 août 2008, p. 129.

⁴⁷ Pas encore de proposition formelle mais des conclusions du Conseil : doc. Cons. UE 11004/07.

⁴⁸ Doc. Cons. UE 9260/08.

⁴⁹ Voy. notamment Cour eur. dr. h., 4 mai 2000, arrêt *Rotaru c. Roumanie*, requête 28341/95.

en partie propres au secteur pénal dans la mesure où l'application des grands principes déjà mentionnés (légalité, nécessité, proportionnalité, ...) prend une dimension tout à fait spécifique dans le cadre de la prévention et la répression des infractions pénales. Le débat sur l'accès aux données PNR et celui sur la rétention systématique des données de télécommunications montrent par exemple que l'appréciation du critère de proportionnalité dans les secteurs policier et judiciaire requiert des outils conceptuels tout à fait nouveaux. Une partie de la réponse se trouve sans doute non pas dans l'admission ou le rejet pur et simple de tel ou tel type de traitement mais dans l'élaboration d'un cadre de mesures de protection – en quelque sorte des « mesures compensatoires » – qui encadrent les traitements en question en fonction de la portée de ceux-ci ⁵⁰. Cela inclut nécessairement la question de l'effectivité des contrôles sur les traitements de données.

Que les grands principes de la protection des données soient coulés dans le droit européen du troisième pilier ne signifie ainsi encore pas grand-chose tant ils sont soumis à interprétation. On voit donc que la Cour de justice pourrait être amenée, pour assurer l'uniformité d'interprétation, à véritablement créer le droit dans ce secteur. La partie relative à la protection des données de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de l'accord entre l'Union et les Etats-Unis pour le transfert des données PNR montre que la Cour de justice est encore mal à l'aise face aux enjeux ⁵¹. Il faut dire qu'on l'attend au tournant. D'un côté, la Cour de justice se voit offrir une opportunité majeure de montrer son influence positive en termes de protection des droits fondamentaux dans un secteur où la Cour européenne des droits de l'homme s'est encore peu prononcée. D'un autre côté, elle risque aussi de créer une polémique, particulièrement sensible dans la phase que connaît la construction européenne, en réduisant par trop la marge de manœuvre des Etats membres en matière de sécurité.

Il reste à voir comment les affaires pourraient aboutir devant la Cour de justice pour lui permettre de développer son action.

Le moyen le plus évident serait une question préjudicielle dans le cadre d'une action intentée par un particulier (ou par une autorité nationale de protection des données) devant une juridiction nationale pour illicéité d'un traitement. Les différentes règles de protection des données prévoient en effet une possibilité pour la personne de demander l'accès aux données qui la concernent ainsi que, le cas échéant, leur correction ou leur effacement. Ces droits de la personne souffrent bien entendu de fortes limitations propres au secteur pénal et l'accès, la correction ou l'effacement peuvent être refusés par l'autorité compétente pour certains motifs. La personne peut dans ce cas intenter une action devant une juridiction civile. Si le traitement de données concerné prend place dans le cadre d'une coopération entre deux Etats membres, la juridiction en question pourra se tourner vers la Cour de justice pour interpréter la décision-cadre horizontale ou l'instrument applicable. Ainsi, une personne belge qui fait l'objet de fouilles répétées lors de ses passages à des points de contrôle peut demander, via la Commission belge pour la protection de la vie privée, d'avoir accès

⁵⁰ Voy. O. DE SCHUTTER, « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », *op. cit.*, p. 111 et s.

⁵¹ CJ, 30 mai 2006, *Parlement c. Conseil et Commission* (précité).

aux données qui la concernent dans le SIS. La Commission pour la protection de la vie privée s'adressera à la police fédérale. Si la personne concernée, soit qu'elle se voie refuser toute information (la police fédérale peut indiquer que les vérifications nécessaires ont eu lieu) soit qu'elle se voie confirmer la présence d'un signalement la concernant dans le SIS, peut attaquer la décision en question.

Il reste à voir dans quelle mesure ce type de recours est appelé à se multiplier et dans quelle mesure les juridictions nationales se tourneront vers la Cour de justice.

On peut penser également à des questions préjudicielles, posées soit dans le cadre de recours constitutionnels soit dans le cadre de procédures individuelles devant les juridictions, et portant sur la conformité de législations nationales à ce régime européen de protection des données. Ce contentieux devrait toutefois être limité voire inexistant dans la mesure où il ne peut concerner que des législations nationales portant sur les traitements de données dans des cadres transnationaux.

7. Les autres secteurs de la coopération pénale ne devraient pas donner lieu à un contentieux important pour la Cour de justice

La coopération en matière pénale inclut une multitude de secteurs qui n'ont pas encore été abordés ici. Parmi les plus importants, on pense principalement à l'échange d'information « policière », la coopération opérationnelle dans les zones frontalières (observation transfrontalière, poursuite transfrontalière, centres communs de coopération policière et douanière, etc.), l'action d'Europol et Eurojust ou encore les travaux sur les casiers judiciaires.

Ces secteurs ne devraient pas selon nous susciter de contentieux important devant la Cour de justice, hormis la question de la protection des données déjà abordée, parce que les règles qui en découlent se limitent à régler la coopération entre les autorités nationales. Il est difficile d'imaginer comment l'interprétation ou la validité de ces règles pourrait émerger comme question de droit dans une procédure pénale individuelle justifiant la saisine de la Cour de justice. Les différents instruments adoptés dans ces matières soulèvent certes de grosses difficultés d'appréciation et de mise en œuvre mais les litiges éventuels qui en découlent opposeraient le plus souvent une autorité nationale à une autre autorité nationale (par exemple parce que la première refuse de transmettre une information) ou à Europol ou Eurojust mais ce conflit n'aboutira pas devant les cours et tribunaux. On ne peut toutefois pas exclure une action judiciaire, par exemple si le non-respect des règles sur la poursuite transfrontalière est la cause d'un dommage envers des personnes ou des biens, mais ces situations devraient rester exceptionnelles.

Le secteur des casiers judiciaires devrait aussi échapper à l'action de la Cour même si cela doit être nuancé. Une décision-cadre, finalisée mais pas encore adoptée, prévoit que l'information sur les condamnations prononcées contre un individu X sur le territoire de l'Union est centralisée dans l'Etat de nationalité de manière à ce que les autorités qui souhaitent connaître les antécédents criminels de la personne concernée sachent à qui s'adresser ⁵². L'Etat de nationalité est soumis à une obligation

⁵² Proposition de décision-cadre du Conseil relative à l'organisation et au contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre Etats membres. Cet instrument a

de conserver les données et de les transmettre sur demande. Des travaux en cours visent à créer un système informatisé pour faciliter la transmission des demandes et des réponses et à assurer une certaine comparabilité des infractions et des sanctions. On ne peut pas exclure que des litiges naissent de ces mesures, particulièrement pour ce qui concerne l'effacement des condamnations⁵³.

Mais ce ne sont pas les instruments sur les casiers judiciaires qui règlent l'effet dans un Etat membre des condamnations prononcées dans un autre Etat membre. Cela est couvert par divers instruments de reconnaissance mutuelle, non seulement pour ce qui concerne l'exécution de la peine mais aussi pour la prise en compte des condamnations antérieures par exemple pour l'application des règles sur la récidive⁵⁴. Et ces instruments de reconnaissance mutuelle, comme on l'a évoqué plus haut, pourraient fort bien aboutir à des interventions de la Cour de justice.

8. Conclusion

Tout porte à croire que l'influence de la Cour de justice sur la coopération pénale devrait encore augmenter dans les prochaines années.

S'agissant des aspects institutionnels, il faut faire la différence entre la période avant et la période après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Durant la première phase, et surtout si celle-ci est amenée à se prolonger, une clarification par la Cour de sa jurisprudence concernant la répartition de compétences entre le premier et le troisième pilier serait bienvenue mais il faut pour cela que des affaires permettant une telle clarification lui soient soumises. Or, la tendance actuelle est plutôt d'éviter le conflit, ce qui risque de conduire à l'immobilisme. Quant au traité de Lisbonne, il serait erroné de croire qu'il mettra fin aux difficultés institutionnelles en intégrant le troisième pilier dans le premier. Les enjeux de base juridique demeureront en raison notamment de l'*opt out* octroyé au Royaume-Uni, à l'Irlande et au Danemark. En outre, bien d'autres questions s'ajouteront, à la fois parce que les formulations du nouveau traité sont ou restent souvent très vagues et parce que, avec le passage à la majorité qualifiée, les divergences de vue quant à l'interprétation de ces formulations n'empêcheront plus l'adoption d'instruments pour lesquels une minorité d'Etats membres conteste l'existence d'une compétence pour l'Union.

Certaines de ces questions qui surgiront avec le traité de Lisbonne ou que le recours à la majorité qualifiée permettra enfin de soumettre à la Cour dépassent la dimension institutionnelle et touchent à l'essence même de l'espace européen de

fait l'objet d'un accord politique au Conseil et son contenu ne devrait plus évoluer. Il sera adopté prochainement. La dernière version est disponible dans le doc. Cons. UE 5968/08.

⁵³ Le principe est que c'est le droit de l'Etat de condamnation qui s'applique. Toutefois, la décision-cadre n'oblige pas l'Etat de nationalité à opérer les effacements notifiés par l'Etat de condamnation que pour les « informations conservées (...) aux fins de leur retransmission (...) » (article 5(2), doc. Cons. UE 5968/08). En d'autres termes, l'Etat de nationalité peut appliquer son propre droit pour les données qu'il conserve à son propre usage et donc conserver ces données plus ou moins longtemps que prévu dans le droit de l'Etat de condamnation.

⁵⁴ Décision-cadre du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les Etats membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale, *JO*, n° L 220, 15 août 2008, p. 32.

justice pénale, particulièrement la question de la relation entre rapprochement des procédures pénales et reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales.

La reconnaissance mutuelle devrait d'ailleurs devenir (ou rester si on y inclut les affaires relatives au *non bis in idem*) une part importante des affaires soumises à la Cour dans la mesure où c'est le secteur dans lequel les instruments adoptés ont l'impact le plus immédiat sur les individus. L'intervention de la Cour pourrait notamment porter sur la question de l'étendue du contrôle laissé à ou attendu de l'autorité d'exécution en termes de protection des droits fondamentaux ainsi que sur la portée de l'abolition partielle du contrôle de double incrimination.

S'agissant du rapprochement du droit pénal procédural, le champ d'intervention de la Cour dépendra de l'évolution des travaux sur les droits procéduraux qui sont actuellement bloqués. On peut s'attendre à ce que quelques nouvelles affaires soient soumises à la Cour concernant l'interprétation de la décision-cadre sur la place des victimes dans les procédures pénales. Quant au droit pénal matériel, il pourrait encore échapper quelque temps en pratique au contrôle de la Cour de justice mais il faut voir si celle-ci ne pourrait pas être amenée à intervenir dans le sens, qui n'est en principe pas celui des travaux en question, d'un encadrement des incriminations prévues dans les instruments de l'Union.

Mais c'est le secteur de la protection des données à caractère personnel dans le secteur pénal, où une approche rigoureuse mais innovante des principes généraux fait cruellement défaut, qui pourrait devenir un nouveau terrain d'intervention privilégié pour la Cour de justice. Il faut en tous cas espérer que des affaires lui permettront d'apporter sa contribution à un débat sensible et d'une importance primordiale pour la démocratie européenne.

