

L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne: une chance pour un droit probatoire français en crise?

Par Maître de conférences Dr. **Juliette Lelieur**, Rouen

Dans son Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un Etat membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, la Commission européenne propose un vaste programme législatif tendant à élargir le champ d'application de la reconnaissance mutuelle à tous les types de preuves pénales. Or, une telle extension nécessite qu'il existe un niveau équivalent de protection des personnes suspectées et poursuivies dans l'ensemble de l'Union européenne. L'adoption de normes communes européennes réglant les droits de ces personnes constitue donc un préalable indispensable à l'élaboration de tout nouvel instrument de reconnaissance mutuelle.

En France, le droit pénal probatoire comporte des faiblesses qui ne demandent qu'à être vaincues. Un projet de réforme est actuellement en débat, mais il n'est pas sûr qu'il apporte toutes les réponses utiles. Dans ce contexte, on peut imaginer que l'établissement de normes communes européennes inspire le législateur français et facilite ainsi la rénovation du droit probatoire français. Toutefois, tant du point de vue européen que français, ces normes communes ne connaîtront le succès qu'à la condition de proposer un haut degré de protection des personnes suspectées et poursuivies dans le cadre de procédures pénales. A défaut, la coopération judiciaire européenne continuera de souffrir du manque de confiance entre les Etats membres et la France risque à la fois de gêner cette coopération et de conserver un niveau insuffisant de protection des justiciables.

I. Introduction

Dans un laps de temps très court après l'adoption de la décision-cadre du 18.12.2008 établissant le mandat d'obtention de preuves,¹ la Commission européenne relance en ce début de programme de Stockholm² le difficile chantier de la recherche transnationale de preuves pénales dans l'Union. A cette fin, elle a fait paraître en novembre 2009 un Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un Etat membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité.³ Selon le plan d'action du 20.4.2010⁴ mettant en œuvre le programme de Stockholm, deux propositions législatives prévues pour 2011 feront suite à ce livre vert: l'une relative à un

système global d'obtention de preuves en matière pénale, fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle et couvrant tous les types d'éléments de preuves; l'autre visant à instaurer des normes communes en matière d'obtention de preuves en matière pénale afin d'en garantir la recevabilité.

La précipitation de l'Union à intervenir à nouveau en matière probatoire, alors que le délai imparti aux Etats membres pour transposer la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuves n'est pas encore écoulé,⁵ ne manque pas de susciter l'étonnement.⁶ Il faut toutefois considérer que l'action européenne en matière de recherche et de transmission transnationale des preuves pénales a été assez mal engagée ces dernières années. Trois instruments se partagent en effet le terrain: la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29.5.2000,⁷ la décision-cadre du 22.7.2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve⁸ et la décision-cadre du 18 décembre 2008, déjà mentionnée. Il en résulte une dualité des méthodes employées (entraide judiciaire traditionnelle pour l'obtention de certaines preuves; reconnaissance mutuelle pour d'autres) et une distinction en fonction de l'étape de la recherche (gel d'un bien constituant un élément de preuve; transmission de la preuve à l'Etat requérant).⁹ Cette double fragmentation, qui oblige les praticiens à multiplier les actes fondant leurs demandes, est source de confusion. Elle a été largement dénoncée. Prenant acte de la critique, la Commission propose pour remède l'adoption d'un „instrument unique fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle et couvrant tous les types de preuve“¹⁰.

Cette nouvelle étape du renforcement de la coopération judiciaire en matière pénale entraînerait l'application généralisée de la méthode de la reconnaissance mutuelle à la ques-

¹ Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil relative au mandat d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, JO L 350 du 30.12.2008.

² Nouveau programme pluriannuel pour la période 2010-2014 faisant suite aux programmes de Tampere et de La Haye et intitulé «Une Europe ouverte et sûre qui se met au service des citoyens et les protègent». Voir les conclusions du Conseil européen des 10./11.12.2009, EUCO 6/09.

³ COM (2009) 624 final.

⁴ COM (2010) 171 final, p. 16.

⁵ Ce délai expire le 19.1.2011.

⁶ Voire l'hostilité, comme en témoigne la réponse de l'Allemagne aux questions posées par la Commission dans le Livre vert, http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_de.pdf; il existe aussi une version anglaise: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_en.pdf

⁷ JO C 197 du 12.7.2000.

⁸ Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil.

⁹ Pour le gel, c'est la décision-cadre du 22.7.2003 qui s'applique; pour la transmission du bien gelé, la décision-cadre du 18.12.2008. Pour plus de détails sur cette articulation, voir Lelieur, „La reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation“, Synthèse de la table ronde du colloque du 15.9.2009, in: Cutajar (dir.), Garantir que le crime ne paie pas: stratégie pour enrayer l'expansion des marchés criminels, à paraître.

¹⁰ Livre vert, COM (2009) 624 final, p. 5.

tion complexe de l'obtention transnationale de preuves. Or, au regard de la variété des règles nationales en matière de procédure pénale, la reconnaissance et l'utilisation dans un Etat membre d'une preuve recueillie dans un autre Etat membre restent très délicates. Ainsi, de façon plus nette en matière probatoire que dans d'autres domaines, la qualité implicite de „baguette magique“ souvent attribuée à la reconnaissance mutuelle risque fort de fondre comme neige au soleil.¹¹

Consciente que le rapprochement des normes procédurales nationales a été négligé ces dernières années, la Commission semble avoir compris l'urgence qu'il existe à créer des normes communes européennes applicables au recueil des preuves pénales.¹² Parallèlement, le Conseil de l'Union européenne reconnaît dans sa résolution du 30.11.2009 que les droits des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales n'ont pas été renforcés dans l'Union alors que des progrès notables y ont été accomplis pour faciliter les poursuites.¹³ Il en conclut qu'„il est temps à présent de prendre des mesures afin de parvenir à un meilleur équilibre entre [les mesures visant à faciliter les poursuites] et la protection des droits procéduraux des personnes“¹⁴. Par conséquent, „il convient de mener une action au niveau de l'Union européenne en vue de renforcer les droits des suspects ou des personnes poursuivies“¹⁵. Sur ce, la Commission envisage de „donner plein effet [à la Charte des droits fondamentaux] en concrétisant véritablement les droits qu'elle énonce“¹⁶. Affirmant que „le droit européen doit garantir un niveau élevé de droits aux personnes poursuivies, non seulement en matière d'équité du jugement, mais aussi en ce qui concerne les conditions de rétention et d'incarcération“¹⁷, elle réserve une série de propositions législatives destinées à renforcer les droits des personnes dans le cadre des procédures pénales.¹⁸

Tant l'annonce d'un nouvel instrument de reconnaissance mutuelle – encore un! – dont le champ d'application serait

particulièrement large puisqu'il viserait tous les types de preuves, que la double perspective d'harmonisation juridique qui l'accompagnerait – instauration de normes communes en matière d'obtention de preuves en matière pénale afin d'en garantir la recevabilité et renforcement des droits des personnes dans le cadre des procédures pénales – posent la question de leur réception dans les Etats membres. Il sera question, dans cette étude, de la manière dont le droit français peut s'accommoder de ce vaste programme législatif suggéré par l'Union européenne.

Il faut bien l'admettre, la procédure pénale française est dans un triste état. Les vingt dernières années ont produit de multiples „réformatives“ imposées aux praticiens à un rythme frénétique et empilées les unes sur les autres sans grande cohérence dans le code de procédure pénale. Certaines lois plus ambitieuses que les autres ont certes permis l'adoption de mesures intéressantes mais, le législateur ayant manifestement perdu – ou détourné – le fil directeur, elles se retrouvent trop souvent noyées dans un magma de règles dont l'esprit souffre de contradictions et la lettre est devenue illisible.

En droit probatoire français, les principes généraux à valeur législative sont rares et formulés de manière vieillotte ou imprécise par les textes.¹⁹ La Cour de cassation a dû, faute de prescriptions légales ou constitutionnelles pertinentes, faire œuvre de création pour assurer la mise en œuvre de garanties essentielles, mais son intervention est restée timide. Ainsi, des principes comme celui de la proportionnalité des mesures d'enquête et de l'interdiction de faire témoigner un individu contre lui-même sont peu développés. Par ailleurs, la compatibilité de la réglementation spéciale relative à la recherche des preuves pénales avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'homme est parfois plus que douteuse. Des condamnations récentes de la Turquie à propos de personnes gardées à vue²⁰ montrent que la législation française, nullement plus enviable que la législation turque en cette matière, nécessite un sérieux rafraîchissement pour espérer franchir avec succès le cap d'un éventuel examen de la juridiction strasbourgeoise. Par ailleurs, le défaut d'indépendance par rapport à l'exécutif du ministère public, qui est amené à contrôler la mesure privative de liberté visant à interroger le suspect qu'est la garde-à-vue, constitue un point particulièrement sensible.²¹

Enfin, de façon générale, les praticiens des tribunaux se déclarent dans l'incapacité de mettre en œuvre la totalité des garanties procédurales protectrices des individus, faute de moyens. Quant aux avocats, ils déplorent le faible rôle qui leur est attribué. Leur intervention pour assurer la défense des suspects est tardive – uniquement à partir de l'audience pour les délits et les contraventions ne faisant pas l'objet d'une instruction judiciaire. Leurs demandes d'actes d'enquête ne

¹¹ *Vervaele*, in: Mème (dir.), *European Evidence Warrant, Transnational Judicial Inquiries in the EU*, 2005, (p. vi) Voir également *Jault-Seseke/Lelieur*, in: *Jault-Seseke/Lelieur/Pigache* (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal, regards croisés*, 2009, p. 3, p. 16-17; *Gless*, in: *Jault-Seseke/Lelieur/Pigache* (op. cit.), p. 155 et s., p. 161.

¹² Livre vert, COM (2009) 624 final, p. 6; Communication de la Commission du 20.4.2010 „Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm“, COM (2010) 171 final, p. 4.

¹³ Résolution du Conseil du 30.11.2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (2009/C 295/01), point 2 du préambule.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Résolution 2009/C 295/01 du Conseil du 30.11.2009, n° 1.

¹⁶ Communication de la Commission du 20.4.2010, COM (2010) 171 final, p. 3.

¹⁷ Communication de la Commission du 20.4.2010, COM (2010) 171 final, p. 3-4.

¹⁸ Communication de la Commission du 20.4.2010, COM (2010) 171 final, p. 15.

¹⁹ Voir en particulier l'article 427 du code de procédure pénale (ci-après «CPP»).

²⁰ CEDH, 27.11.2008 – n 36391/02 (*Salduz c. Turquie*); CEDH, 13.10.2009 – n 7377/03 (*Dayanan c. Turquie*).

²¹ CEDH, 10.7.2008 et 29.3.2010 (*Grande chambre*), – n 3394/03 (*Medvedyev c. France*).

sont pas toujours entendues par les juges d'instruction qui, pour certains, s'estiment encore seuls maîtres de l'enquête. Face à constat d'impuissance, d'aucuns baissent les bras. Il n'est pas rare en France de rencontrer un juriste, pénaliste d'après sa formation universitaire, qui, après avoir embrassé la profession d'avocat, abandonne la matière pénale pour se tourner vers des disciplines „plus juridiques“.

Le 1.3.2010, le gouvernement a soumis à concertation un „avant-projet du futur code de procédure pénale“ (*sic*).²² Début mai 2010, le même gouvernement a annoncé qu'il renonçait à la mesure phare de l'avant-projet: la suppression du juge d'instruction. Quelques semaines plus tard, il est revenu sur sa position. A l'heure où cet article est rédigé, il est difficile de savoir si les pouvoirs publics en place réservent un avenir à ce texte. Mais on peut déjà mentionner que ce dernier ne suscite pas l'enthousiasme des praticiens²³ et qu'un groupe d'experts universitaires invité à l'examiner par la Ministre de la Justice a émis un avis réservé.²⁴

Dans ce contexte où l'urgence de doter la France d'un code clair et ambitieux de procédure pénale n'a d'égale que la lassitude des observateurs, peut-on imaginer que, pour ce qui concerne les aspects de droit probatoire, en particulier la question du recueil de la preuve pénale, les projets européens servent de boussole au législateur français? Avec un brin d'optimisme, on peut tenter de vérifier l'hypothèse.

Cela impose d'abord de rendre compte de l'état de crise que traverse le droit probatoire français, afin d'évaluer les conséquences susceptibles de rejaillir sur la coopération judiciaire pénale avec les autres Etats membres de l'Union (II). Il apparaîtra rapidement que l'adoption de normes communes européennes, réglemant d'une part les mesures à utiliser pour l'obtention transnationale de preuves pénales, d'autre part les droits des personnes suspectées et poursuivies, constitue un passage indispensable. Toutefois, l'établissement de normes communes ne saurait en soi constituer un succès, la qualité du contenu normatif étant bien entendu déterminante. Il faut donc s'interroger sur les conditions auxquelles les propositions de la Commission européenne pourront être à la fois utiles sur le terrain français et dignes d'intérêt pour l'ensemble des partenaires européens (III).

II. La crise du droit probatoire français et ses conséquences sur la coopération européenne

1. Les grands traits d'un droit français de la preuve pénale en crise

Comme le suggère la Commission dans son livre vert, deux aspects du droit probatoire sont à distinguer: la constitution de la preuve (a) et sa recevabilité (b).

a) La constitution de la preuve

Les *garanties générales* posées par le droit français en matière d'obtention de la preuve sont peu nombreuses. La présomption d'innocence impose certes que la culpabilité soit prouvée par la partie poursuivante. A quelques exceptions près,²⁵ la personne poursuivie n'a donc pas à établir son innocence.

Au-delà de cette exigence, le principe directeur est celui de la liberté de la preuve. Cette liberté concerne d'abord le mode de preuve utilisé: preuve par oral ou par écrit; preuve par constatation directe, par témoignage, par ouï-dire ou par procès-verbal; preuve authentique, par expertise ou encore par l'aveu. Seules les très petites infractions que sont les contraventions²⁶ ne peuvent être établies que par procès-verbaux ou rapports, ou par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur appui.²⁷ Par ailleurs, le principe de liberté vise la manière dont la preuve a été obtenue. Ainsi le juge d'instruction peut procéder „à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité“²⁸. Par assimilation, cette règle vaut également lorsque l'enquête est menée par la police judiciaire sous le contrôle du procureur de la République. Toutefois, des règles spéciales fixées par le législateur pour les actes d'enquête les plus intrusifs viennent encadrer le pouvoir des enquêteurs.²⁹

Le principe de liberté de la preuve trouve des limites fixées par la jurisprudence et fondées sur l'obligation des enquêteurs de respecter les droits fondamentaux, en particulier la dignité humaine, la vie privée et les droits de la défense. Toutefois, les manuels français de procédure pénale sont contraints de se référer essentiellement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour

²² Indication pour les lecteurs étrangers: le titre comporte une maladresse d'expression en langue française.

²³ Rapport du groupe de travail de la cour d'appel de Paris sur l'avant-projet de réforme de la procédure pénale, mai 2010, <http://www.leclubdesjuristes.com/publications/actualites/reforme-de-la-procedure-penale>.

²⁴ Rapport du groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale, présidé par le prof. Y. Gaudemet, remis à Mme le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et des Libertés, mai 2010, <http://www.leclubdesjuristes.com/publications/actualites/reforme-de-la-procedure-penale>.

²⁵ Par exemple, pour l'infraction de diffamation (art. 29 de la loi du 29.7.1881 sur la liberté de la presse), l'intention de nuire est présumée accompagner les imputations diffamatoires; c'est donc à la personne poursuivie de faire preuve de sa bonne foi si elle veut se dégager de sa responsabilité pénale. Selon la Cour de cassation, la présomption de mauvaise foi n'est pas contraire à la présomption d'innocence dès lors qu'elle peut être renversée, Cass. crim. 16.3.1993, Bull. crim. n° 115.

²⁶ Infractions punies d'une peine d'amende d'un montant maximal de 1500 €.

²⁷ Art. 537 CPP.

²⁸ Art. 81 CPP.

²⁹ Certaines de ces règles spéciales seront détaillées infra.

illustrer ce propos.³⁰ L'apport principal de la jurisprudence française concerne le principe de loyauté dans la recherche des preuves, principe posé par la Cour de cassation elle-même.³¹ Il s'articule en deux volets: les enquêteurs doivent s'abstenir de provoquer le suspect à commettre l'infraction pour en recueillir la preuve; et ils ne sauraient utiliser des procédés tendant à éluder les protections légales.³² Mais son champ d'application est restreint, puisqu'il ne s'applique qu'aux preuves recueillies par les autorités publiques. Une personne privée peut user de moyens parfaitement déloyaux pour obtenir une preuve, puis la présenter valablement au juge.³³ En revanche, selon une jurisprudence importante pour la coopération judiciaire internationale, l'exigence de loyauté lie les autorités publiques étrangères comme les autorités publiques françaises. En l'espèce, un service de police new-yorkais avait créé et exploité un site pédophile afin de piéger des internautes commettant des infractions à partir d'images pornographiques de mineurs. La provocation à l'infraction par les autorités publiques américaines a rendu irrecevable en France la preuve ainsi récoltée.³⁴

Le rôle du juge dans le recueil de la preuve est faible en France. On cite souvent ce pays comme exemple d'application de la procédure inquisitoire, dans laquelle les preuves sont recherchées par le juge d'instruction. C'est oublier qu'à l'heure actuelle ce juge n'est saisi que dans 5 % des affaires environ, l'énorme majorité des enquêtes étant réalisée par la police sous le contrôle du procureur de la République. Dans les enquêtes de police, le procureur de la République n'effectue que très rarement les actes à vocation probatoire par lui-même. L'interrogatoire du suspect revient en général aux officiers de police judiciaire, qui l'exécutent la plupart du temps dans le cadre d'un placement en garde-à-vue. Même lorsqu'un juge d'instruction est saisi, il est courant qu'il délègue l'accomplissement des interrogatoires et des auditions de témoins aux enquêteurs de police.

Que l'enquête soit menée par la police judiciaire ou par le juge d'instruction, le principe de proportionnalité des mesures d'enquête trouve une application très limitée. En effet, bien qu'il soit proclamé dans l'article préliminaire du code de procédure pénale,³⁵ le principe de proportionnalité ne fait, le plus souvent,³⁶ l'objet d'aucun contrôle juridictionnel. La

Cour de cassation estime que le contrôle du respect de l'exigence de proportionnalité revient exclusivement au magistrat compétent pour assurer le contrôle direct et immédiat de l'acte (par exemple, le procureur de la République en matière de placement en garde-à-vue). Par conséquent, elle s'interdit – et interdit aux juridictions inférieures – de procéder à toute vérification complémentaire.³⁷ Enfin, l'avant-projet de réforme de la procédure pénale du 1.3.2010 n'évoque nullement le principe de proportionnalité dans son chapitre intitulé „Principes relatifs à la preuve“. Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que les autorités françaises indiquent dans leur note relative au livre vert qu' „il convient en particulier d'éviter de renforcer le contrôle d'opportunité ou de proportionnalité de la mesure d'enquête dans l'Etat d'émission“.³⁸

Quant au droit du suspect à ne pas témoigner contre soi-même (encore appelé droit à ne pas s'auto-accuser ou s'auto-incriminer, ou droit de se taire),³⁹ il commence à faire émergence en France, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.⁴⁰ Mais la loi française n'évoque pas directement ce principe⁴¹ et le droit à ne pas témoigner contre soi-même n'est pas notifié aux suspects faisant l'objet d'un interrogatoire, sauf s'il s'agit de l'interrogatoire de première comparution devant le juge d'instruction, débouchant sur la mise en examen.⁴² En outre, les arrêts de la Cour de cassation qui le mettent en œuvre restent rares.⁴³

En réglementant un certain nombre d'actes d'enquête, le code de procédure pénale offre des *garanties spéciales* qui s'ajoutent aux garanties générales. Il serait fastidieux de les énumérer exhaustivement dans cette étude, aussi prendrons-nous deux exemples d'actes simples et courants, la garde-à-

conformité de la mesure avec l'art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – qui exige que toute restriction à la liberté d'expression respecte l'exigence de proportionnalité – accepte du bout des lèvres d'effectuer un contrôle de proportionnalité: Cass. crim. 5.12.2000, Bull. crim. n° 362; Cass. crim. 30.10.2006, Bull. crim. n° 258.

³⁷ Cass. crim. 4.1.2005, Bull. crim. n° 3.

³⁸ http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/france_fr.pdf, p. 2. Puis, un peu plus loin, p. 4: „En particulier, la délégation française est attachée à ce que l'élaboration d'un instrument ne conduise pas à imposer l'organisation d'un contrôle sur l'opportunité des mesures d'enquête ordonnées“. Il existe une version en langue anglaise: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/france_en.pdf.

³⁹ L'expression *nemo tenetur se ipsum accusare* est rarement employée en France.

⁴⁰ Voir *Desportes/Lazerges-Cousquer* (note n° 30), n° 589 s.

⁴¹ L'art. 153 al. 3 CPP se contente de prévoir que l'obligation de prêter serment et de déposer n'est pas applicable aux personnes gardées à vue en application des dispositions de l'art. 154 (régime de l'enquête judiciaire).

⁴² Art. 116 CPP.

⁴³ Voir cependant Cass. crim. 24.1.2007, Bull. crim. n° 17; Cass. crim. 1.10.2008, Bull. crim. n° 201.

³⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité de procédure pénale, 2009, n° 578 et s.; *Guinchard/Buisson*, Procédure pénale, 4^{ème} éd. 2008, n° 547-548.

³¹ L'avant-projet de réforme du CPP du 1.3.2010 propose de légaliser cette jurisprudence en introduisant le principe de loyauté de la preuve à l'art. 113-3.

³² *Desportes/Lazerges-Cousquer* (note n° 30), n° 572.

³³ Cass. crim. 11.6.2002, Bull. crim. n° 131.

³⁴ Cass. crim. 7.2.2007, Bull. crim. n° 37.

³⁵ Art. Préliminaire, III, al. 3: „Les mesures de contrainte [...] doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et [...]“.

³⁶ On trouve des exceptions en matière de perquisition dans les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, où la Cour de cassation, statuant sur la

vue⁴⁴ – incluant l’interrogatoire du suspect – et la perquisition. Dans les relations internes, ces mesures sont exécutées par la police judiciaire, de son propre chef ou à la demande d’un magistrat. Le procureur de la République ou le juge d’instruction n’ont qu’un rôle de contrôle, qui les amène parfois à assister à la perquisition. En matière de coopération transnationale, les demandes d’exécution de ces actes sont certes émises ou réceptionnées par les autorités judiciaires. Mais l’exécution en France d’un interrogatoire – effectué éventuellement sous le régime de la garde-à-vue – ou d’une perquisition à la requête d’une autorité étrangère peut toujours être confiée à un simple officier de police judiciaire.⁴⁵ En outre, la réunion d’un tribunal pour ordonner ces mesures est inimaginable en l’état actuel du droit français, qu’il s’agisse d’une demande d’entraide formulée ou réceptionnée par la France.

En ce qui concerne l’information des personnes concernées par la mesure d’enquête, elle n’est pas obligatoire pour la perquisition: aucune prescription légale n’oblige les enquêteurs à renseigner la personne au domicile duquel il est perquisitionné quant à l’objet de leur recherche. En matière de garde-à-vue, la personne est informée de „la nature de l’infraction sur laquelle porte l’enquête“⁴⁶ une fois que la mesure a commencé. Ainsi, la convocation au commissariat de police qui a pu précéder la venue de la personne n’a pas à contenir une telle information. De surcroît, aucune indication ne lui est fournie sur l’état d’avancement de l’enquête, de sorte qu’elle ignore si des preuves ont déjà été rassemblées contre elle. Enfin, le dossier d’enquête ne lui est pas transmis.

L’information sur ses droits de la personne faisant l’objet de la mesure est faible également. En particulier, le droit à ne pas témoigner contre soi-même n’est notifié ni en début de garde-à-vue, ni en début de perquisition. Cette situation est particulièrement choquante pour la garde-à-vue, qui entretient fortement la culture de l’aveu: en effet, il n’échappe à personne en France que le but premier d’un interrogatoire mené sous ce régime est de faire avouer le suspect. D’autres droits font l’objet d’une information du gardé à vue: le droit de prévenir une personne⁴⁷ de la mesure dont il fait l’objet; le droit d’être examiné par un médecin; le droit de s’entretenir avec un avocat. En revanche, la personne subissant une perquisition ne bénéficie que du droit d’être présent ou représenté.

Enfin, le rôle de l’avocat est inexistant pour la perquisition, et extrêmement réduit pour la garde-à-vue. L’avocat peut s’entretenir jusqu’à trente minutes avec la personne gardée à vue si celle-ci le demande, mais il n’exerce aucune fonction liée à l’exercice des droits de la défense: il n’est pas présent aux interrogatoires et se trouve dans l’incapacité de conseiller utilement son client, car il n’a pas accès au dossier d’enquête. Au regard du caractère intrusif, voire coercitif de ces mesures et de leur faible encadrement judiciaire, l’absence d’un avocat en mesure d’assister les personnes concernées constitue une lacune très préjudiciable à l’exercice des droits de la défense.

Saisi par le biais du nouveau recours constitutionnel qu’est la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a censuré, le 30.7.2010,⁴⁸ une partie des dispositions relatives à la garde-à-vue. Sont visées l’absence d’assistance effective d’un avocat et l’absence de notification du droit à ne pas témoigner contre soi-même. Le Conseil a reporté au 1.7.2011 la date d’abrogation des textes déclarés inconstitutionnels. Le législateur dispose donc de près d’un an pour les remplacer.⁴⁹ Toutefois, la mise en conformité de l’ensemble de la législation relative à la garde-à-vue avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme nécessiterait une intervention législative dépassant l’analyse du Conseil constitutionnel. En effet, l’autorité de contrôle de la privation de liberté, le ministère public – on écarte ici l’hypothèse d’une intervention du juge d’instruction, dont l’existence est compromise pour l’avenir – ne présente pas les garanties d’indépendance par rapport au pouvoir exécutif.⁵⁰ Or, à en croire l’avant-projet de réforme du code de procédure pénale, les pouvoirs publics en place n’envisagent ni de couper les liens qui lui permettent d’influencer le parquet, ni de confier le placement et le contrôle de la garde à vue à un magistrat indépendant.

Ce bref aperçu des faiblesses du droit français en matière de recueil de la preuve pénale montre déjà combien la réception d’une preuve obtenue en France peut être délicate pour ses partenaires européens. Dans ce contexte qui n’est probablement pas proprement français, on comprend les fortes réserves formulées par l’Allemagne vis-à-vis d’une application généralisée de la reconnaissance mutuelle en matière probatoire.⁵¹ Mais précisément parce que la France n’est

⁴⁴ La garde à vue emporte le maintien de la personne en cellule au commissariat de police et peut durer jusqu’à 24 heures ou être prolongée jusqu’à 48 heures. En matière de criminalité organisée, des prolongations complémentaires de 24 ou 48 heures sont possibles.

⁴⁵ Il faut, pour que la présence d’un magistrat soit assurée, que les autorités étrangères aient formulé une demande expresse en ce sens, en application par exemple de l’art. 4 de la convention d’entraide judiciaire entre les Etats membres de l’Union européenne du 29.5.2000.

⁴⁶ Art. 63-1 CPP.

⁴⁷ Qui ne peut être n’importe quelle personne: l’art. 63-2 CPP comporte une liste limitative de personnes pouvant être contactées.

⁴⁸ Décision n° 2010-14/22 QPC du 30.7.2010.

⁴⁹ L’avant-projet de réforme du CPP comporte une disposition intéressante, l’art. 113-4: „En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement des déclarations qu’elle a faites sans avoir été en mesure de bénéficier de l’assistance d’un avocat“.

⁵⁰ CEDH, arrêts du 10.7.2008, § 61, et du 29.3.2010 (Grande chambre) – n° 3394/03 (Medvedyev c. France): la censure n’a finalement pas lieu car le Gouvernement français a, lors de ce deuxième examen, produit un procès-verbal de présentation des suspects à un juge d’instruction.

⁵¹ „L’Allemagne observe de façon très critique l’approche consistant à transposer le principe de reconnaissance mutuelle à toutes les manières d’obtenir la preuve. L’Allemagne craint

sûrement pas le seul pays de l'Union à présenter des insuffisances en termes de garanties probatoires, il faut également envisager le cas où la preuve est recueillie à l'étranger: quels mécanismes permettraient à une autorité judiciaire française de sanctionner les irrégularités ou les violations des droits fondamentaux commises?

b) La recevabilité de la preuve

Le code français de procédure pénale aborde la question de la sanction de la preuve recueillie irrégulièrement par le mécanisme des nullités: une preuve frappée de nullité ne peut servir de fondement au jugement et doit être extraite du dossier d'enquête. Certaines causes de nullité – peu nombreuses – sont expressément prévues par la loi;⁵² d'autres ont été dégagées par la jurisprudence à partir des clauses générales des articles 171 et 802 CPP. Toutefois, comme dans d'autres systèmes juridiques, ce système n'est pas un filtre absolu, si bien que l'irrégularité du prélèvement d'une preuve n'entraîne pas nécessairement sa nullité.⁵³ De plus, même pour les causes indiscutées de nullité, que celles-ci soient de source légale ou jurisprudentielle, il est souvent requis, pour que l'annulation soit prononcée, que la partie protégée par la réglementation non respectée prouve que ce non respect a porté atteinte à ses intérêts.⁵⁴ D'une part, cette preuve est difficile à rapporter et, d'autre part, la distinction entre les causes de nullité concernées par cette exigence et celles qui ne le sont pas est à la fois floue et livrée à l'instabilité jurisprudentielle.⁵⁵

que le droit des personnes à un procès équitable puisse s'en trouver atteint. L'Allemagne craint de surcroît que les standards du droit national relatifs au domaine particulièrement sensible au regard des droits fondamentaux des mesures de poursuites pénales, ces standards faisant l'objet de garanties constitutionnelles, soient dilués à l'échelle européenne. En effet, des standards de protection équivalente n'existent pas pour l'instant au niveau européen“, p. 3 du document, disponible à l'adresse: http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0004/national_governments/germany_de.pdf.

⁵² Par exemple, selon l'art. 59 CPP, le non respect d'un certain nombre de formalités prévues en matière de perquisition (notamment les horaires légaux de perquisition, de 6 h à 21 h) entraîne la nullité de l'acte de perquisition et, par conséquent, celle des preuves prélevées au cours de la mesure.

⁵³ Seule la violation des formalités „substantielles“ donne lieu à la sanction par la nullité. *Grosso modo*, la jurisprudence inclut les formalités liées à l'exercice des droits de la défense parmi les formalités substantielles.

⁵⁴ C'est l'exigence de grief posée par les articles 171 et 802 CPP.

⁵⁵ Par exemple, la règle selon laquelle la personne au domicile de laquelle une perquisition a lieu doit être présente (art. 57 CPP) était autrefois sanctionnée par une nullité absolue, qui ne nécessitait pas la preuve d'une atteinte aux intérêts de ladite personne (Cass. crim. 27.9.1984, Bull. crim. n° 275). Depuis un revirement de jurisprudence, cette personne doit démontrer l'existence d'une telle atteinte (Cass. crim. 17.9.1996, Bull. crim. n° 316).

Par ailleurs, la jurisprudence utilise parfois la règle selon laquelle toute preuve doit être débattue contradictoirement devant le juge⁵⁶ pour, paradoxalement, affaiblir les exigences posées à l'égard du recueil de la preuve. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que l'enregistrement par magnétophone d'un suspect, à son insu, par un enquêteur de police, n'encourait pas la nullité bien que la preuve fût recueillie de manière déloyale, pour la double raison que cette preuve avait fait l'objet d'un débat contradictoire devant le juge et qu'elle n'était pas la seule présentée.⁵⁷ On le voit, les garanties contre les illégalités commises lors de l'obtention de la preuve ne sont pas très solides...

Cette situation est aggravée par le fait que les juridictions françaises exercent un contrôle limité à l'extrême sur la régularité du recueil des preuves dans le contexte de l'entraide judiciaire internationale. Selon la Cour de cassation, la régularité d'une preuve recueillie sur demande d'entraide – formulée en application de la Convention européenne du 20.4.1959 – ne peut être contrôlée que par les juridictions de l'Etat exécutant la commission rogatoire internationale.⁵⁸ Ainsi, lorsque la preuve a été recueillie à l'étranger à la demande de la France, les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour contrôler que son obtention a été régulière. De cette jurisprudence, il ressort que l'Etat français accorde une confiance aveugle à ses partenaires du Conseil de l'Europe. Inversement, lorsque la preuve est prélevée en France à la demande d'un Etat étranger, les juridictions françaises sont en principe compétentes pour vérifier que ce prélèvement a été effectué en conformité avec ses principes internes. Les mécanismes décrits ci-dessus devraient par conséquent entrer en jeu. Cependant, la Cour de cassation pose pour condition à l'exercice de ce contrôle que „les actes dont la régularité est contestée puissent être mis à la disposition de la juridiction compétente pour en assurer le contrôle“⁵⁹. Or, toujours selon la Cour, tel n'est pas le cas lorsque la commission rogatoire a déjà été renvoyée aux autorités de l'Etat requérant, même lorsque la personne invoquant l'irrégularité produit des copies des actes!⁶⁰ Cette solution qui risque fortement de conduire à un „insoluble conflit négatif de compétences entre l'Etat requis et l'Etat requérant“⁶¹ est la voie ouverte aux abus.

⁵⁶ Art. 427 al. 2 CPP: „le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement débattues devant lui“.

⁵⁷ Cass. crim. 13.10.2004, Bull. crim. n° 243. Voir *Ambroise-Castérot*, AJ Pénal 2005, p. 261, p. 267.

⁵⁸ Cass. crim. 24.6.1997, Bull. crim. n° 252 (selon l'art. 3 de la convention européenne d'entraide judiciaire du 20 avril 1959, „les commissions rogatoires sont exécutées dans les formes prévues par la législation de l'Etat requis [ce qui] implique que la régularité de leur exécution soit contrôlée par les juridictions de cet Etat“).

⁵⁹ Cass. crim. 24.6.1997, Bull. crim. n° 252.

⁶⁰ Cass. crim. 3.6.2003, Bull. crim. n° 113.

⁶¹ Argumentation de la Cour d'appel de Bastia dans l'affaire jugée par la Cour de cassation le 3.6.2003, références ci-dessus.

Personne n'est dupe: tant la faiblesse des garanties offertes en matière de recueil de la preuve que la grande tolérance manifestée à l'égard de preuves recueillies irrégulièrement sont sources de grande fragilité pour le droit probatoire français. L'exemple de l'effondrement actuel du régime de la garde-à-vue face aux exigences constitutionnelles et conventionnelles est poignant: du laxisme à la crise, il peut n'y avoir que quelques pas... Or, dans un contexte de renforcement permanent de la coopération judiciaire européenne, les effets de cette crise pourront-ils être contenus à l'échelle franco-française?

2. Les conséquences pour la coopération judiciaire européenne

Rappelons d'abord que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'interdit pas de contrôler le respect des droits garantis par la Convention dans le contexte particulier de l'entraide judiciaire internationale, même lorsque celle-ci s'exerce entre plusieurs Etats parties à la Convention.⁶² Il n'y a donc pas d'obstacle à ce qu'un manquement aux principes du procès équitable commis dans le contexte de la transmission d'une preuve pénale d'un Etat à l'autre de l'Union européenne donne lieu à une condamnation par la Cour de Strasbourg, soit de l'Etat qui fournit cette preuve, soit de celui qui l'exploite.

A cette réalité s'ajoute en matière de coopération judiciaire internationale l'impérieuse nécessité que les Etats impliqués se fassent mutuellement confiance. A défaut, le risque d'un repli des autorités nationales sur elles-mêmes par réflexe souverainiste ou identitaire ne peut être écarté. Or, que la coopération fonctionne selon le modèle traditionnel de l'entraide – ou assistance – judiciaire ou qu'elle s'articule autour du principe de reconnaissance mutuelle, les lacunes d'un ou de plusieurs systèmes juridiques européens vis-à-vis pour la mise en œuvre des garanties fondamentales des individus sont préjudiciables à la construction ou au maintien de cette confiance. On le constate à partir de l'exemple français tant lorsque la preuve est recueillie en France pour être exploitée dans un autre Etat de l'Union (a), que lorsqu'elle est récoltée à l'étranger pour être utilisée en France (b).

a) La preuve recueillie en France

En raison du faible niveau de garanties offert par le droit probatoire français, le risque que la France, Etat requis, fournisse à ses partenaires européens des preuves qui ne seraient pas recevables en application de leur droit national, n'est pas négligeable. Par exemple, les autorités françaises transmet-

tent un procès-verbal d'interrogatoire d'un suspect qui n'a pas été informé de ses droits au début de l'interrogatoire, notamment celui de ne pas répondre aux questions; d'après les principes de l'Etat requérant, l'absence d'information de la personne interrogée sur ses droits constitue une cause d'irrecevabilité de l'interrogatoire comme support probatoire.

Dans l'hypothèse d'une demande d'entraide judiciaire traditionnelle, l'Etat requérant effectuera le contrôle qui lui paraît approprié et, le cas échéant, décidera que la preuve recueillie est inexploitable. L'échec d'une première demande d'entraide incitera le praticien à utiliser, dans une demande suivante, l'article 4 alinéa 1 de la Convention d'entraide judiciaire du 29.5.2000, qui lui permet d'indiquer aux autorités de l'Etat requis certaines formalités ou procédures à respecter – et impose à ces dernières de procéder aux dites formalités ou procédures, sauf si elles sont contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre requis. Se trouve ainsi réclamée la mise en œuvre de la règle *forum regit actum*, qui déroge au principe traditionnel selon lequel les demandes d'entraide judiciaire sont exécutées d'après la loi de l'Etat requis, *locus regit actum*. Dans l'exemple choisi, cela aurait pour conséquence d'imposer aux autorités françaises d'informer la personne de ses droits avant de commencer l'interrogatoire, ce qui est à la fois simple et peu contraignant. Mais si l'on raisonne à partir d'autres règles de procédure, par exemple celle, connue de certains systèmes juridiques, selon laquelle seul un juge peu valablement interroger le suspect, le degré de contrainte pour l'autorité requise augmente sérieusement: comment les autorités françaises pourraient-elles satisfaire cette exigence si le juge d'instruction disparaissait *et* si l'interrogatoire d'un simple suspect restait de la seule compétence du parquet ou de la police judiciaire?

Si la coopération s'effectuait selon la logique de la reconnaissance mutuelle, au premier abord les difficultés paraissent s'effacer: en effet, l'Etat mandaté devrait, en principe – nous raisonnons ici à partir d'un modèle pur de reconnaissance mutuelle –, reconnaître tel quel l'ordre⁶³ d'exécuter un acte d'enquête, ceci selon le droit de l'Etat mandant (on mentionne rarement que, d'un point de vue logique, la reconnaissance mutuelle devrait entraîner avec elle l'application de la règle *forum regit actum*, puisqu'il revient à l'Etat mandaté de reconnaître les actes pris par l'Etat mandant). Ensuite, l'Etat mandant devrait recevoir et utiliser la preuve recueillie sans effectuer de contrôle particulier puisque lui aussi doit reconnaître les actes effectués par l'Etat partenaire.⁶⁴ Tout semble simple tant que l'on s'abstient de souligner l'épineux problème de l'application du droit étranger:⁶⁵ un système juridique comme celui de la France, qui n'applique pas un certain nombre de garanties en matière probatoire, sera-t-il techni-

⁶² CEDH, décision du 7.3.2000 – n° 43844/98 (T.I.c. Royaume-Uni): „Lorsque des Etats établissent des organisations internationales ou, *mutatis mutandis*, des accords internationaux pour coopérer dans certains domaines d'activité, la protection des droits fondamentaux peut s'en trouver affectée. Il serait contraire au but et à l'objet de la Convention que les Etats contractants soient ainsi exonérés de toute responsabilité au regard de la Convention dans le domaine d'activité concerné“.

⁶³ Et non plus la demande. Ainsi, le mandat d'obtention de preuve *impose* à l'autorité requise de rechercher l'élément de preuve visé par le mandat.

⁶⁴ L'allègement, voire la suppression des contrôles est un aspect fondamental de la technique de la reconnaissance mutuelle, voir *Lelieur/Sinopoli*, Les Petites Affiches n° 37 du 22.2.2010, 7 (13 et s.).

⁶⁵ Voir les explications de *Ambos*, ZIS 2010, 557 (561).

quement capable et structurellement en mesure d'appliquer les standards étrangers?

Pour contourner cette difficulté pratique considérable, la décision-cadre relative au mandat d'obtention de preuve continue de partir du principe de l'application de la règle *locus regit actum*, sauf si l'autorité d'émission indique expressément que des formalités et procédures doivent être respectées par l'autorité d'exécution *et* à condition que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux de son droit national.⁶⁶ On constate finalement que, dans leur application pratique, les techniques de l'entraide judiciaire traditionnelle et de la reconnaissance mutuelle se rejoignent grandement.⁶⁷ Mais les conséquences sont sévères: percevant qu'ils risquent d'être forcés de reconnaître des preuves constituées dans l'irrespect de certaines garanties essentielles, certains Etats refusent par principe l'application élargie de la technique de la reconnaissance mutuelle à tous les types de preuves.⁶⁸ D'autres Etats qui n'adoptent pas cette position radicale pourraient, à l'épreuve, si cet élargissement était réalisé, avoir de mauvaises surprises. Décideront-ils alors de fermer les yeux sur la violation d'une règle protectrice des justiciables reconnue dans leur droit interne? Ou préféreront-ils refuser la reconnaissance de l'acte de leur partenaire européen, en d'autres termes enfreindront-ils leurs obligations découlant du droit de l'Union, mettant ainsi en œuvre la *méfiance* mutuelle? La peste ou le choléra?

b) La preuve recueillie à l'étranger

Lorsque la France reçoit une preuve recueillie à l'étranger à sa demande, la probabilité est forte qu'elle se retrouve à exploiter cette preuve quelles que soient les conditions dans lesquelles elle a été prélevée. En effet, les autorités judiciaires françaises ne contrôlent pas que les formalités du droit étranger qui s'imposent à l'autorité d'exécution en application de la règle *locus regit actum* ont été respectées.⁶⁹

Peut-on imaginer qu'en cas de violation, par l'autorité étrangère, d'un principe reconnu par le droit français – que ce principe soit également reconnu dans l'Etat d'exécution ou non –, la preuve puisse être déclarée irrecevable par la justice française? La voie ne semble pas complètement fermée depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 7.2.2007,⁷⁰ dans lequel le recueil d'une preuve par provocation policière aux Etats-Unis a été censuré. Toutefois, dans cette espèce, les autorités américaines n'avaient pas été sollicitées par les autorités françaises. Elles n'agissaient pas dans le cadre d'une commission rogatoire internationale, mais de leur propre initiative. Ce n'est apparemment qu'après avoir constaté qu'un internaute français avait commis une infraction qu'elles ont transmis la procédure aux autorités françaises. Pour que cette solution s'applique dans le cadre d'une demande d'entraide judiciaire, il faudrait que la jurisprudence de la Cour de cas-

sation franchisse un pas supplémentaire.⁷¹ Celui-ci serait évidemment le bienvenu du point de vue de la protection des justiciables. Mais pour qu'un contrôle de conformité par rapport aux exigences probatoires françaises s'intègre dans la logique des instruments européens de coopération, ne faudrait-il pas asseoir celui-ci sur l'exigence que l'autorité d'émission ait expressément indiqué les formalités qu'elle souhaite voir respectées?⁷² Or, les praticiens français prendront-ils la peine de formuler ces indications alors que la jurisprudence française ne le requiert pas, pour l'instant du moins, et qu'elle se montre en règle généralement tolérante vis-à-vis de la preuve recueillie de manière illégale?

A titre personnel, nous pensons que les juridictions françaises de contrôle et, derrière elles, la Cour de cassation, devraient élever le niveau d'exigence. En effet, si en l'état du droit probatoire français le passage à la technique de la reconnaissance mutuelle pour tous les types de preuve paraît facile du point de vue de l'hexagone⁷³ tellement les contrôles internes sont faibles, à long terme nul n'a intérêt à ce que la France devienne un havre de „facilité probatoire“. Au-delà de la menace d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme sur le fondement de l'article 6 de la Convention, une telle situation serait extrêmement néfaste à la confiance que sont censés s'accorder mutuellement les Etats de l'Union et, par conséquent, à l'efficacité de leur coopération.⁷⁴ Aussi la progression de la technique de la reconnaissance mutuelle dans ce contexte s'avère-t-elle non seulement dangereuse pour la protection des personnes dans l'Union, mais également risquée en terme d'efficacité des investigations transnationales.

Pour sortir de l'impasse, les partenaires européens ne peuvent pas se passer d'„aplanir le terrain de jeu“⁷⁵ probatoire d'un bout à l'autre de l'Union. En termes techniques, cela revient à prévoir des normes communes, applicables dans l'ensemble des Etats membres pour l'obtention transnationale de preuves.

III. L'établissement de normes communes pour l'obtention transnationale de preuves pénales

Précisions d'emblée que ces normes n'ont pas vocation à remplacer l'ensemble des règles probatoires nationales, mais

⁷¹ Lequel constituerait un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt du 24.6.1997, voir note n 58.

⁷² Art. 4 al. 1 de la Convention d'entraide judiciaire du 29.5.2000 et art. 12 de la décision-cadre du 18.12.2008.

⁷³ On remarquera que les autorités françaises se montrent accueillantes vis-à-vis des propositions formulées dans le livre vert, voir les références données dans la note n° 38.

⁷⁴ Rappelons que le refus du Royaume-Uni de d'extrader Rachid Ramda, suspecté d'avoir financé des actes terroristes perpétrés dans le métro parisien, était motivé par la crainte – malheureusement justifiée – que celui-ci soit soumis à des traitements inhumains ou dégradants tant les conditions d'incarcération dans les prisons françaises sont parfois pénibles.

⁷⁵ L'expression est tirée de la formule anglaise „level the playing field“.

⁶⁶ Art. 12 de la décision-cadre du 18.12.2008.

⁶⁷ *Ambos*, ZIS 2010, 557 (561).

⁶⁸ Voir la position de l'Allemagne, citée supra, note n 51.

⁶⁹ Voir note n 58.

⁷⁰ Voir note n 34.

uniquement à s'appliquer en cas de collecte transnationale de preuve, c'est-à-dire dans le contexte circonstancié de la coopération judiciaire européenne.

Après avoir précisé la fonction que pourraient revêtir des normes communes pour l'obtention transnationale de preuve, en particulier au regard des projets de la Commission européenne (1.), il faudra s'interroger sur le niveau de protection des personnes qu'elles devront proposer. En effet, „aplanir“ le terrain de jeu ne veut pas dire l'„abaisser“, tant il est vrai que c'est au sommet des montagnes qu'on trouve les plus beaux plateaux. Pour être en mesure de pallier les lacunes relevées dans la première partie de cette étude, les normes communes édictées ne peuvent se contenter de jouer le rôle de marqueur du plus petit dénominateur commun aux systèmes juridiques nationaux. Bien au contraire, elles doivent être à même de „tirer vers le haut“ les systèmes juridiques qui en ont besoin (2.).

1. La fonction des normes communes

La Commission européenne souligne dans son livre vert la nécessité de remplacer le régime juridique actuel d'obtention transnationale de preuves, qui se caractérise par un curieux morcellement entre trois instruments, par un instrument unique fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle et couvrant tous les types de preuves.⁷⁶ A l'analyse, il apparaît que l'absence actuelle d'harmonisation juridique du droit probatoire pénal constitue peut-être précisément l'origine de la limitation du champ d'application du mandat d'obtention de preuves. Aussi l'édictation de normes communes devrait-elle permettre de débloquent la situation et d'élargir le domaine de la reconnaissance mutuelle (a). Au-delà de ce premier aspect à caractère quantitatif, se profile un aspect qualitatif fondamental déjà mentionné, relatif à la confiance mutuelle entre les Etats membres. Alors que l'Union européenne s'est contentée jusqu'à présent de *déclarer* l'existence de cette confiance mutuelle, les normes communes devraient permettre de la *construire* (b).

a) Permettre l'application de la reconnaissance mutuelle à tous les types de preuve

Tel que le prévoit la décision-cadre du 18 décembre 2008, la reconnaissance mutuelle appliquée à la matière probatoire connaît un domaine d'application très limité. Ainsi, le mandat d'obtention de preuves ne peut être décerné qu'en vue d'obtenir une preuve déjà existante et directement disponible,⁷⁷ consistant en des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales. Il en découle qu'est exclue du champ d'application de la décision-cadre la mise en œuvre d'une série de mesures d'enquête, notamment le fait de procéder à un interrogatoire du suspect ou à une audition d'un témoin, de consulter un expert, d'analyser un matériel biologique, d'intercepter des

télécommunications, etc.⁷⁸ On peut légitimement s'interroger sur les raisons d'une exclusion d'une telle ampleur...

Une explication peut être proposée à partir du sens du terme „reconnaissance“. Par hypothèse, l'acte de reconnaissance s'applique à un objet sur lequel on n'exerce pas déjà son emprise. Par exemple, un père reconnaît son enfant uniquement si celui-ci n'est pas déjà considéré juridiquement comme son fils. Appliquée à un système juridique, la reconnaissance permet à un tel système d'accorder une valeur juridique à quelque chose qui, à l'origine, n'en avait pas selon ses propres règles. Elle est donc le moyen de donner une efficacité juridique à des éléments qui n'étaient pas appréhendés selon le droit interne, bien souvent parce qu'ils étaient inconnus de lui. Finalement, la reconnaissance octroie une efficacité juridique à un objet né dans un contexte juridique différent, en œuvrant précisément sur ce contexte juridique: bien que celui-ci soit étranger, il sera considéré comme s'il avait été similaire au contexte juridique dans lequel le même objet aurait été plongé s'il était né en droit interne.

Posons que l'objet auquel nous venons de faire allusion est une preuve. On remarque que c'est rarement la preuve elle-même (un témoignage, une constatation, un document écrit) qui pose problème en matière de coopération judiciaire internationale, mais bien le contexte juridique qui l'entoure: l'acte d'enquête qui a permis d'y accéder, la nature de l'autorité qui l'a prélevée, ou encore les règles juridiques en application desquelles elle a été analysée. Ainsi la question centrale est de savoir si l'on peut, dans un Etat, donner une valeur juridique à une preuve constituée selon le contexte juridique d'un autre Etat. Parce que c'est le contexte juridique étranger encadrant la preuve qui est sensible, c'est lui qui constitue l'enjeu de la reconnaissance. En toute logique, l'apport de la reconnaissance mutuelle devrait donc être d'effacer les obstacles provenant de ce contexte juridique étranger.

Or, paradoxalement, le principal instrument de reconnaissance mutuelle relatif à la matière probatoire, le mandat d'obtention de preuves, s'applique aux preuves qui sont quasiment dénuées de contexte juridique: ainsi, aux preuves déjà existantes par opposition à celles qu'il faudrait encore recueillir, ce dans un contexte juridique différent de celui dans lequel elles ont vocation à être exploitées; de plus, aux preuves directement disponibles par opposition à celles qui devraient donner lieu à un examen complémentaire. Dans le système actuel, ce sont donc ces preuves dépourvues de contexte juridique, c'est-à-dire finalement les preuves sur lesquelles il n'y a rien à reconnaître, qui peuvent faire l'objet d'une coopération fondée sur reconnaissance mutuelle! Les autres preuves restant soumises à l'entraide judiciaire traditionnelle. Pourtant, c'est bel et bien le contexte juridique du prélèvement ou de l'examen complémentaire qu'il serait utile de reconnaître.

Pourquoi l'Union se serait-elle arrêtée là où la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle commençait à faire sens? Cette étrange question incite à ajuster l'analyse. En réalité, l'Union ne s'est-elle pas essoufflée là où la confiance

⁷⁶ COM (2009) 624 final, p. 5.

⁷⁷ La Commission le rappelle dans son livre vert, COM (2009) 624 final, p. 4.

⁷⁸ Décision-cadre du 18.12.2008, art. 4.

mutuelle n'était plus suffisante pour que les Etats acceptent de faire progresser la reconnaissance mutuelle? On peut penser que l'absence de normes communes en matière probatoire s'est cruellement fait sentir lors de la négociation du mandat d'obtention de preuves. Ces normes permettraient précisément de renforcer l'indispensable confiance.

b) Construire la confiance mutuelle nécessaire au bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle

En procédure pénale, la confiance mutuelle sur le fondement duquel ont été adoptés les instruments de reconnaissance mutuelle de l'Union européenne trouve sa principale source dans les travaux du Conseil de l'Europe: d'une part, dans l'harmonisation des règles relatives à la coopération judiciaire pénale par le biais de conventions internationales, notamment la convention d'entraide judiciaire de 1959; d'autre part, dans l'établissement de standards protecteurs des droits des justiciables par la Convention européenne des droits de l'homme et, surtout, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.⁷⁹ Au regard de ces avancées, il a été déclaré au sein de l'Union européenne qu'une confiance mutuelle suffisante existait entre ses Etats membres. L'Union a cru par conséquent pouvoir se passer de construire elle-même cette confiance. Mais aujourd'hui, les conséquences néfastes de cette politique apparaissent pleinement.⁸⁰

Force est de constater que, sans harmonisation juridique préalable, la reconnaissance mutuelle ne parvient pas à remédier aux „défauts“ couramment mis en exergue de l'entraide judiciaire.⁸¹ La décision-cadre instituant le mandat d'obtention de preuves montre ainsi que la suppression de l'exigence de double incrimination n'est pas totale: elle réapparaît dès qu'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie en vue d'exécuter le mandat.⁸² De plus, les motifs de refus de reconnaissance des décisions étrangères restent nombreux.

⁷⁹ V. *Giannoulis*, The relationship between the European Union and the Council of Europe regarding the efficient implementation of the principle of mutual recognition of criminal decisions, disponible à l'adresse: <http://www.cejec.eu/wp-content/uploads/2010/07/ue-law-and-ce-law-mutual-recognition-criminal-decisions-vissarion-giannoulis2.pdf>.

⁸⁰ La tentative du Conseil de l'Europe d'introduire au début des années 1970 le mécanisme de la reconnaissance mutuelle sans le nommer ainsi – voir la Convention de 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs – s'était déjà soldée par un échec: la Convention a fait l'objet de très peu de ratifications.

⁸¹ Dans leur étude L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, *Gisèle Vernimmen-Van Tiggelen* et *Laura Surano* mentionnent que la plupart des experts interrogés sur la pertinence d'une harmonisation des droits procéduraux après l'échec de la proposition de décision-cadre sur les garanties procédurales se sont prononcés en faveur de la relance des travaux, in: *Même (dir.)*, *Quel futur pour la reconnaissance mutuelle en matière pénale*, Analyse transversale, 2009, p. 560.

⁸² Art. 14 al. 2 de la décision-cadre du 18.12.2008.

Enfin, aucune position claire n'ayant été arrêtée entre les règles *locus et forum regit actum*, les deux droits peuvent être appliqués cumulativement,⁸³ ce qui ne va guère dans le sens de la simplification. On le voit, malgré les proclamations bruxelloises, la reconnaissance mutuelle ne parvient pas à s'appliquer pleinement. Elle reste lacunaire, et il y a fort à penser que seule une harmonisation des règles de procédure pénale lui permettrait de prospérer. En effet, l'harmonisation juridique européenne, qui n'est autre qu'un rapprochement⁸⁴ des règles nationales, permettrait de (re-)construire la confiance mutuelle entre les Etats membres, tant il est vrai que le sentiment de confiance est lié à ce qu'on connaît, à ce qui est proche de ses propres pratiques. A l'inverse, l'application aveugle d'un mécanisme étranger inconnu sous prétexte que la reconnaissance doit être accordée, ne peut que susciter la méfiance.

La nécessité de créer des normes communes en matière de procédure pénale est reconnue depuis longtemps par l'Union européenne. Elle était déjà mentionnée en 1999 au sommet de Tampere, puis a été rappelée dans le programme de La Haye de 2004. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, issu du traité de Lisbonne, prévoit en son article 82 que la coopération judiciaire européenne „inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres“ en matière d'admissibilité mutuelle des preuves notamment, et octroie une compétence spécifique à l'Union pour „établir des règles minimales“ dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires. Il ne reste qu'à faire... Mais encore faut-il *bien* faire, ce qui ouvre le débat sur la qualité que devraient revêtir ces nouvelles normes communes.

2. La qualité des normes communes

L'article 82 du traité sur le fonctionnement de l'Union évoque l'établissement de règles „minimales“. Ce terme mérite qu'on s'y arrête, car il est important de cerner à quoi il se rapporte. Il faut en effet bien noter qu'il s'agit, selon le texte de l'article 82 alinéa 2, des règles minimales „pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires“. Ce ne sont donc pas des règles minimales dans l'absolu; le niveau minimal à atteindre est au contraire celui qui permettra de „faciliter“ la reconnaissance mutuelle. Or, le terme „faciliter“ apparaît dans le contexte actuel comme un euphémisme. En matière d'admissibilité mutuelle des preuves, ne s'agirait-il pas plutôt de débloquer une situation de crispation qui conduit certains Etats jusqu'à refuser catégoriquement toute avancée supplémentaire de la technique de la reconnaissance mutuelle alors que, nous l'avons vu, les types de preuves auxquelles elle s'applique pour l'instant sont celles qui le nécessitent le moins?

Aussi le terme „minimal“ ne doit-il pas tromper. Réécrire au sein de l'Union européenne les standards développés par les organes du Conseil de l'Europe ne suffirait pas. En effet, à

⁸³ Art. 4 al. 1 de la Convention d'entraide judiciaire de 2000 et art. 12 de la décision-cadre du 18.12.2008.

⁸⁴ Et non pas une unification.

certaines exceptions près, les Etats de l'Union respectent les principes posés par la Convention et la Cour européenne des droits de l'homme. Se contenter de réaffirmer ces derniers dans de nouveaux instruments de l'Union reviendrait à consacrer le *status quo*. Or, on sait que celui-ci ne permet pas d'assurer le bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle. D'ailleurs, le Conseil de l'Union européenne le reconnaît dans sa résolution du 30.11.2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales.⁸⁵ après avoir rappelé que la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales „constitue la base commune de la protection des droits des suspects et des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales“, puis que, telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme, la convention „constitue un fondement important permettant aux Etats membres de nourrir et de renforcer la confiance réciproque dans leurs systèmes judiciaires pénaux“, le Conseil indique que „l'Union européenne pourrait agir davantage afin d'assurer une mise en œuvre et un respect complets des normes énoncées par la convention, et, le cas échéant, de veiller à une application cohérente des normes applicables et de relever le niveau des normes existantes“⁸⁶. Il poursuit ainsi: „afin de renforcer la confiance mutuelle au sein de l'Union européenne, il importe qu'en complément de la convention, il existe des normes de l'Union européenne relatives à la protection des droits procéduraux qui soient dûment mises en œuvre et appliquées au sein des Etats membres“⁸⁷. Ce complément pourrait aisément être puisé dans les jurisprudences des cours constitutionnelles des Etats membres.

D'autres raisons invitent à plaider pour l'édiction de normes communes garantissant un haut degré de protection des suspects et personnes poursuivies pénalement. En premier lieu, il a été dûment constaté que le droit pénal matériel développé ces dernières années par l'Union européenne s'éloignait parfois des principes découlant de la tradition libérale européenne, fondatrice du progrès social en Europe comme de la construction européenne.⁸⁸ Ainsi, le législateur européen a eu tendance à recourir au droit pénal pour protéger des intérêts non clairement définis; à négliger le principe de l'*ultima ratio*, ou encore celui de la précision des normes d'incrimination. Un vieil adage rappelle que le droit pénal est celui qui permet à la société de se défendre contre les délinquants, tandis que le droit de la procédure pénale est celui qui protège les délinquants contre les risques d'abus de la vengeance sociale. Face à ce droit pénal matériel européen sévère, foisonnant et imprécis, il est plus que nécessaire que les normes „minimales“ de procédure pénale assurent un haut niveau de protection des justiciables. De façon générale, d'un point de vue politique, il paraît urgent dans une Union qui

jusqu'à présent a fortement soutenu la liberté économique,⁸⁹ laquelle ne profite qu'à certains, de renforcer maintenant la liberté individuelle qui peut être au bénéfice de tous. L'adhésion des populations européennes au projet européen est à ce prix, comme l'a montré le rejet du referendum pour l'établissement d'une Constitution européenne dans plusieurs Etats membres.

En second lieu, la construction de standards de haut niveau de procédure pénale ne doit pas faire peur du point de vue de l'efficacité de la répression. Rappelons qu'ainsi qu'elle fonctionne actuellement, la reconnaissance mutuelle permet l'application cumulative du droit de l'Etat mandant et du droit de l'Etat mandaté. On peut légitimement penser que l'application d'un seul droit, soit-il exigeant, restera toujours moins contraignante que l'empilement inorganisé de garanties issues de plusieurs traditions juridiques différentes. De plus, les critiques adressées à l'Union européenne en ce qui concerne l'efficacité de la coopération judiciaire pénale visent en général l'incohérence ou la complexité des mécanismes en place. Elles n'évoquent que rarement une trop grande tolérance ou complaisance vis-à-vis des délinquants. Au contraire, les Etats membres qui sont le plus réticents envers la politique de l'Union sont ceux qui craignent l'abaissement des garanties fondamentales. L'élaboration de normes communes offrant un haut degré de protection des suspects et personnes poursuivies permettrait donc de remédier aux difficultés dues à la complexité de la mise en œuvre de la coopération judiciaire *et* aux craintes formulées quant à la substance de la réglementation.

D'un point de vue pratique, la Commission européenne envisage l'établissement de normes communes en deux blocs. Elle prévoit d'une part la formulation de principes généraux par voie de directives en application d'un programme intitulé „les droits des personnes dans le cadre des procédures pénales“⁹⁰ et dicté par le Conseil de l'Union européenne dans la feuille de route du 30 novembre 2009. Deux propositions de directives ont déjà été rendues publiques, l'une relative à la traduction et à l'interprétation dans le cadre des procédures pénales,⁹¹ l'autre concernant le droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.⁹² Devraient suivre plusieurs autres propositions, notamment sur l'assistance d'un conseiller juridique et l'aide juridictionnelle. Dans sa résolution du 30.11.2009, le Conseil de l'Union européenne avait indiqué que les droits mentionnés dans la feuille de route „pourraient être complétés par d'autres droits“⁹³. A notre sens, sont

⁸⁵ Document n° 2009/C 295/01.

⁸⁶ Point 2 du préambule.

⁸⁷ Point 8 du préambule.

⁸⁸ Manifeste pour une politique criminelle européenne (Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik), dir. *Satzger*, ZIS 2009, 691.

⁸⁹ C'est d'ailleurs dans le contexte de la libre circulation des marchandises qu'est né le concept de reconnaissance mutuelle, voir *Lelieur/Sinopoli*, Les Petites Affiches n° 37 du 22.2.2010, 7.

⁹⁰ Communication de la Commission du 20.4.2010 „Mettre en place un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens européens – Plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm“, COM (2010) 171 final, p. 15.

⁹¹ COM (2010/0050) 82 final.

⁹² COM (2010/392/3).

⁹³ Point n° 2 de la résolution, précitée.

nécessaires les compléments suivants: droit à ne pas témoigner contre soi-même (*nemo tenetur se ipsum accusare*); proportionnalité des actes d'enquête par rapport à la gravité de l'infraction recherchée et à l'atteinte portée aux libertés; intervention d'un juge pour tout acte d'enquête comportant une mesure de contrainte et d'au moins un magistrat du parquet pour l'interrogatoire du suspect.

D'autre part, la Commission prévoit une proposition législative „visant à instaurer des normes communes en matière d'obtention de preuves pénales afin d'en garantir la recevabilité“. Cet instrument, destiné à compléter le nouvel instrument de reconnaissance mutuelle qui remplacera ceux qui fixent le régime actuel, a pour objet de réglementer les actes d'enquête spéciaux qui accompagneront la coopération judiciaire internationale. Il devra décliner concrètement les droits reconnus dans les textes législatifs adoptés en application du programme relatif aux „droits des personnes dans le cadre des procédures pénales“ et assurer la mise en œuvre technique des nouvelles garanties. Pour cette raison, il est impératif qu'il soit adopté après que les principes généraux mentionnés dans le paragraphe précédents auront été dûment définis.

IV. Conclusion

L'établissement de normes communes pour l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne n'est pas seulement une nécessité pour l'Union si celle-ci veut améliorer la coopération judiciaire pénale en son sein. Il peut être aussi une chance pour un droit probatoire français en crise. Mais, pour l'Union comme pour la France, le succès de ces normes communes suppose qu'elles soient ambitieuses et qu'elles affichent sans ambiguïté l'objectif d'assurer une protection de haut niveau aux personnes suspectées et poursuivies dans le cadre de procédures pénales. En effet, ce n'est qu'à cette condition que ces normes faciliteront effectivement la reconnaissance mutuelle en matière probatoire et qu'elles pourront servir table d'orientation au législateur français.

En revanche, l'adoption d'un nouvel instrument de reconnaissance mutuelle pour l'obtention transnationale de preuves sans harmonisation juridique préalable de qualité, n'a aucun intérêt. En effet, sans cette harmonisation, l'élargissement de la reconnaissance mutuelle à tout type de preuve est soit voué à l'échec, soit susceptible d'entraîner une baisse considérable du niveau de respect des droits fondamentaux. Or, si cet élargissement ne peut être réalisé dans de bonnes conditions, un nouvel instrument de reconnaissance mutuelle en matière probatoire est inutile. Dans ce cas, mieux vaudrait que l'Union s'abstienne...