

## Doctrines

La décision d'enquête européenne : la révolution de la coopération judiciaire entre États membres de l'Union est en marche !, par M. Giacometti ..... 649

## Jurisprudence

■ Questions préjudicielles - Article 495 C. jud. - Ordre des barreaux francophones et germanophone - Action  
Cour const., 6 juillet 2017 ..... 661

■ Procédure pénale - Prescription - Abrogation d'une cause légale de suspension - Pas de disposition transitoire - Application immédiate - Conséquences  
Cass., 2<sup>e</sup> ch., 11 octobre 2017, conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch ..... 662

■ Droit judiciaire - Expertise judiciaire (article 962 C. jud.) - Conditions. Utilité (article 875bis C. jud.) - Charge de la preuve (article 870 C. jud.). Vraisemblance de la prétention  
Civ. Bruxelles, 1<sup>re</sup> ch.,  
24 février 2016 ..... 665

## Chronique

Deuils judiciaires - Robe prétexte - Dates retenues.

Bureau de dépôt : Louvain 1  
Hebdomadaire, sauf juillet et août  
ISSN 0021-812X  
P301031



# Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be  
28 octobre 2017 - 136<sup>e</sup> année  
33 - N° 6703  
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

## Doctrines

## La décision d'enquête européenne : la révolution de la coopération judiciaire entre États membres de l'Union est en marche !

Le 22 mai 2017, le législateur belge a adopté la loi relative à la décision d'enquête européenne, transposant ainsi une directive du 3 avril 2014, en vue d'améliorer la coopération judiciaire en matière pénale entre la Belgique et les autres États membres de l'Union européenne. Le présent article vise à tracer les grandes lignes de ce nouveau dispositif, de nature à faciliter l'exécution de mesures d'enquête et la collecte de preuves sur le territoire d'autres États membres de l'Union européenne.

### 1 Introduction

La coopération judiciaire entre États membres de l'Union européenne avait depuis longtemps besoin d'une cure de jeunesse.

Basée sur la Convention d'entraide judiciaire du 29 mai 2000<sup>1</sup>, essentiellement<sup>2</sup>, la récolte de preuves sur le territoire d'autres États membres n'était en effet, dix-sept ans plus tard, plus adaptée aux défis actuels auxquels sont quotidiennement confrontés les autorités judiciaires dans le cadre des enquêtes transfrontières. L'exécution de commissions rogatoires internationales se révèle en effet particulièrement complexe, aléatoire, et soumise à des délais inadaptés à l'exigence de célérité qui gouverne les enquêtes pénales.

Convaincu que l'obtention des preuves devait être abordée sous l'angle du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, le législateur européen avait pourtant bien pris quelques initiatives censées constituer des alternatives au système de l'entraide judiciaire classique et moderniser la coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne. Celles-ci n'ont toutefois pas eu le succès escompté :

— La décision-cadre relative à l'exécution, dans l'Union européenne, des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, adoptée le 22 juillet 2003<sup>3</sup> visait seulement à empêcher toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments de preuves. Elle induisait une coopération en deux temps : une première étape limitée à la phase de gel, sur la base de la décision prise dans l'État membre d'émission, bénéficiant d'une exécution — presque — immédiate dans l'État d'exécution, suivie d'un recours à l'entraide judiciaire classique afin que les éléments de preuve « gelés » puissent être transférés vers l'État membre d'émission. À cette procédure complexe, les États continuèrent de préférer l'envoi de commissions rogatoires, peut-être plus lourdes et aléatoires, mais évitant la double démarche imposée par la décision-cadre.

(1) Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, établie par le Conseil conformément à l'article 34 du Traité sur l'Union européenne, signée à Bruxelles, le 29 mai 2000, *J.O.*, C.197, 12 juillet 2000, p. 1.

(2) Cette Convention a été ratifiée par tous les États membres sauf la Croatie, la Grèce, l'Italie et l'Irlande. En Belgique, la Convention a été approuvée par la loi du 11 mai 2005 (*M.B.*, 22 juin 2005). Si la Belgique entendait adresser une demande d'entraide à un État membre non lié par la Convention, elle devait recourir à d'autres instruments (pour autant que l'État membre concerné soit lié par ceux-ci), soit la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale, signée à Strasbourg le 20 avril 1959, et ses protocoles additionnels du 17 mars 1978 et du 18 novembre 2001, ou la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985.

(3) Décision-cadre 2003/577/JAI, *J.O.*, L.196, 2 août 2003, p. 45.

#### Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles



#### LA RÉFORME DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ ET SES CONSÉQUENCES (SUR LES AVOCATS) : UNE (R)ÉVOLUTION ?

Roman Aydogdu, Werner Derijcke, Julie Derom, Michel Forges, Michèle Grégoire, Nicholas Ouchinsky, Zoé Pletinckx  
Sous la coordination de Audrey Despontin

L'entrée en vigueur du Livre XX du Code de droit économique emporte une série de changements. Ceux-ci sont analysés dans cet ouvrage qui apporte son éclairage sur des questions de pratique quotidiennes.

262 p. • 85,00 € • Édition 2017

#### LA DÉONTOLOGIE EN PRATIQUE

##### Questions choisies

Thierry Bontinck, Emmanuel Cornu, Marc Dal, Cédric O. Lefebvre, Emmanuel Plasschaert, Sébastien Ryelandt  
Sous la coordination de : Marc Dal

L'ouvrage fait le point sur différentes questions auxquelles les avocats sont fréquemment confrontés : le secret professionnel, la confidentialité de la correspondance, les conflits d'intérêts, le compte de tiers et les honoraires.

136 p. • 60,00 € • Édition 2017

 larcier group [www.larciergroup.com](http://www.larciergroup.com)

commande@larciergroup.com  
ELS Belgium s.a.  
Boulevard Baudouin 1<sup>er</sup>, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve  
TÉL. 069/35 067 • Fax 069/35 068

— Le mandat européen d'obtention de preuves, dont l'Union s'est dotée en 2008, ne permettait quant à lui que d'obtenir des preuves existantes, dont l'État d'émission savait qu'elles se trouvaient sur le territoire de l'État d'exécution, et qu'il lui appartenait de décrire en détail via le mandat émis<sup>4</sup>. Il excluait par ailleurs toute une série de mesures d'enquête formant pourtant le quotidien des autorités judiciaires<sup>5</sup>. La plupart des États<sup>6</sup> n'ont même pas pris la peine de transposer la décision-cadre<sup>7</sup>, laquelle fut récemment abrogée<sup>8</sup>, sans jamais avoir fait l'objet d'une quelconque utilisation en Belgique. On peut le comprendre, vu la portée limitée du mandat européen d'obtention de preuves et les difficultés d'identifier et de décrire les preuves existant sur le territoire de l'État d'exécution<sup>9</sup>.

À la suite de ces initiatives avortées du législateur européen, sept États membres<sup>10</sup>, dont la Belgique, ont déposé une proposition de directive concernant la décision d'enquête européenne<sup>11</sup>, destinée à remplacer, à tout le moins entre les États membres liés par la directive<sup>12</sup>, le système de l'entraide judiciaire classique ainsi que les deux instruments précités. La directive fut adoptée le 3 avril 2014<sup>13</sup>. L'idée était de mettre en place un système juridique unique pour l'exécution de mesures d'enquête et la collecte de preuves au sein de l'Union européenne<sup>14</sup>, destiné à s'appliquer de manière uniforme dans l'ensemble des États membres de l'Union, selon une procédure rationalisée grâce à un formulaire standard, des délais de reconnaissance et d'exécution clairs, ainsi que des causes de refus strictement encadrées<sup>15</sup>.

Dans la mesure où la Belgique a initié les négociations du nouvel instrument<sup>16</sup>, il paraissait normal qu'elle prenne les mesures nationales nécessaires à la transposition de la directive dans le délai imparti, soit au plus tard le 22 mai 2017.

Ainsi, le législateur belge a adopté la loi du 22 mai 2017 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale (ci-après « la loi »), censée entrer en vigueur le jour même de son adoption (article 43), même si elle a été publiée au *Moniteur* du lendemain. Depuis le 22 mai 2017, les autorités belges sont ainsi en mesure d'émettre ou d'exécuter une décision d'enquête européenne (article 22, § 1<sup>er</sup>, de la loi<sup>17</sup>). Tous les États membres n'ont pas fait preuve de la même diligence, mais les processus de transposition suivent leur cours<sup>18</sup>.

L'objectif de cet article est d'analyser la loi du 22 mai 2017 d'un point de vue critique, d'une manière qui se veut davantage synthétique qu'exhaustive. Nous tracerons ainsi les contours de la réglementation — belge — relative à la décision d'enquête européenne, en vue de faciliter son utilisation par nos autorités judiciaires dans le cadre des enquêtes pénales transfrontalières. Nous veillerons à examiner les enjeux liés à l'utilisation de ce nouvel instrument auquel on assigne l'objectif de révolutionner la coopération judiciaire entre États membres de l'Union.

## 2 La décision d'enquête européenne - Définition

La décision d'enquête européenne est une « décision judiciaire, émise ou validée par une autorité judiciaire, afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre en vue d'obtenir des éléments de preuve, en ce compris les éléments qui seraient déjà en possession des autorités compétentes de l'État d'exécution » (article 4, 1<sup>o</sup>).

Ainsi, la décision d'enquête européenne met l'accent sur la mesure à exécuter<sup>19</sup>, comme c'était déjà le cas avec les commissions rogatoires internationales dont on retrouve la souplesse dans le nouveau système. Il s'agissait de ne pas reproduire l'erreur commise avec le mandat européen d'obtention de preuves qui ne permettait de recueillir que les preuves préexistantes<sup>20</sup>.

## 3 L'émission d'une décision d'enquête européenne

### A. Les autorités nationales compétentes

#### 1. Le ministère public tout puissant ?

Le législateur indique que l'autorité belge compétente pour émettre une décision d'enquête européenne est le ministère public ou le juge d'instruction en charge de l'enquête (article 24, § 1<sup>er</sup>).

En réalité, la détermination des autorités compétentes pour émettre une décision d'enquête européenne révèle un glissement de compétences du juge d'instruction vers le ministère public<sup>21</sup>, conformément aux projets de réforme soutenus par le ministre de la Justice<sup>22</sup>.

Ainsi, lorsque le dossier est à l'information, le ministère public est compétent pour émettre une décision d'enquête européenne relative à toute mesure d'enquête (article 24, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>), à l'exception de celles relevant de la compétence exclusive du juge d'instruction.

Concernant ces mesures, il y a lieu de distinguer selon qu'il s'agit d'une mesure qui, dans une enquête interne, aurait pu donner lieu à une « mini-instruction », conformément à l'article 28septies du Code d'instruction criminelle, ou qui en est exclue :

— Si le ministère public souhaite faire exécuter dans un autre État membre une mesure qui entre dans le champ d'application de la mini-

(4) Voy. partie K de l'annexe à la décision cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen 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, *J.O.*, L.350, 30 décembre 2008.

(5) Notamment les auditions de suspects, de témoins, d'experts, le prélèvement de données biométriques, d'ADN ou d'empreintes digitales, le recueil d'informations en temps réel via l'interception de télécommunications, la surveillance, ... Voy. article 4, § 2, de la décision-cadre du 18 décembre 2008.

(6) La liste des États ayant pris la peine de transposer cette décision-cadre peut être consultée sur le site du réseau judiciaire européen <http://www.ejn-crimjust.europa.eu>.

(7) Cette transposition devait intervenir le 19 janvier 2011 au plus tard.

(8) Règlement (UE) 2016/95 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 abrogeant certains actes dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale, *J.O.*, L.26,

2 février 2016, p. 9.

(9) Voy. considérant n° 4 de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, *J.O.*, L.130, 1<sup>er</sup> mai 2014, p. 1 (ci-après la directive).

(10) Conformément au minimum requis par l'article 76 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, soit la Belgique, la Bulgarie, l'Estonie, l'Espagne, l'Autriche, la Slovaquie, et la Suède.

(11) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, Fiche accompagnant la proposition, *doc. Cons. UE*, n° 9288/10, add. 2, 23 juin 2010, p. 13.

(12) Les instruments de coopération judiciaire existants continuent, en effet, à s'appliquer dans les relations avec les États tiers, ou avec les États membres non liés par la directive. Voy. D. FLORE, *Droit pénal européen*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 558-559.

(13) Directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête eu-

ropéenne en matière pénale. Pour une analyse complète de la directive, voy. M. GIACOMETTI et S. NEVEU, « La décision d'enquête européenne : un nouvel instrument destiné à révolutionner la récolte de preuves au sein de l'UE ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, pp. 861-910.

(14) Rapport de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/2, p. 3.

(15) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, pp. 3-4.

(16) Celles-ci ont en effet été entamées sous la Présidence belge du Conseil de l'Union européenne, la Belgique ayant fait de l'amélioration de la coopération judiciaire entre États membres l'un de ses axes prioritaires. Voy. SPF Justice, *Présidence belge du Conseil de l'Union européenne 2010, Bilan des activités du SPF Justice*, pp. 17 et s., disponible sur [http://justice.belgium.be/fr/publications/belgisch\\_voorzitterschap\\_eu2010.js](http://justice.belgium.be/fr/publications/belgisch_voorzitterschap_eu2010.js) p.

(17) Les articles indiqués sont ceux de la loi du 22 mai 2017, sauf autre précision.

(18) La liste des États membres ayant transposé la directive peut être consultée sur le site du réseau judiciaire européen : <https://www.ejn-crimjust.europa.eu>.

(19) Initiative en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, *Doc. Cons. U.E.*, n° 9288/10, add. 1, 3 juin 2010, p. 3.

(20) Proposition de directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, fiche accompagnant la proposition, *Doc. Cons. U.E.*, n° 9288/10, add. 2, 23 juin 2010, p. 13.

(21) Ceci a conduit le groupe PS de la chambre à s'abstenir lors du vote de la loi du 22 mai 2017. Voy. Compte rendu intégral de la séance plénière du 18 mai 2017, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, CRIV 57 PLEN 169, p. 37.

(22) Voy. notamment « Koen Geens veut faire passer le droit du XIX<sup>e</sup> au XXI<sup>e</sup> siècle », disponible sur <https://www.koengeens.be/fr/news/2016/12/07/koen-geens-veut-faire-passer-le-droit-du-xixe-au-xxie-siecle>, consulté le 23 mai 2017.

instruction (par ex. une fouille à corps, l'ouverture d'un courrier, ou un prélèvement forcé d'échantillon en vue d'une analyse ADN<sup>23</sup>), rien ne l'empêche d'émettre lui-même une décision d'enquête européenne, à charge toutefois de la faire valider par un juge d'instruction avant de la transmettre à l'autorité étrangère qui sera chargée de l'exécuter (article 24, § 2, alinéa 2).

Les pouvoirs du magistrat instructeur sont toutefois limités, puisqu'il vérifie seulement que la décision d'enquête européenne est nécessaire et proportionnée à la finalité de la procédure dans le cadre de laquelle elle intervient, compte tenu des droits de la personne poursuivie, et légitime<sup>24</sup>, c'est-à-dire qu'elle peut être mise en œuvre dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure belge similaire<sup>25</sup>. Le juge d'instruction ne peut par ailleurs pas évoquer le dossier et poursuivre lui-même son instruction<sup>26</sup>.

— Si le ministère public souhaite faire exécuter dans un autre État membre l'une des mesures exclues du champ d'application de la mini-instruction (témoignage anonyme<sup>27</sup>, interception de télécommunications<sup>28</sup>, contrôle visuel discret dans une habitation ou un système informatique<sup>29</sup>, ou observation effectuée avec des moyens techniques en vue d'avoir une vue dans un domicile<sup>30</sup>), il ne peut par contre émettre lui-même la décision d'enquête. Il doit en effet requérir un juge d'instruction à cette fin, celui-ci pouvant, après exécution de la décision d'enquête, décider de renvoyer le dossier au parquet ou de continuer l'enquête, sans possibilité de recours (article 24, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>), comme s'il s'agissait d'une mini-instruction (alors que celle-ci serait précisément exclue en droit interne !).

Dans l'un et l'autre cas, si le juge d'instruction refuse de faire droit à la demande du parquet visant à faire valider ou émettre une décision d'enquête européenne, un recours est ouvert au ministère public (uniquement) devant la chambre des mises en accusation (article 24, § 4).

Ces exceptions à la compétence du ministère public pour émettre une décision d'enquête ont été prévues en raison du caractère intrusif de ces devoirs d'enquête à l'égard des droits fondamentaux des citoyens et de leur spécificité<sup>31</sup>. Mais n'aurait-il pas fallu dans ce cas pousser plus loin cette logique et prévoir alors un système identique à celui de la mini-instruction ?

Si l'objectif poursuivi par le législateur, visant à permettre au juge d'instruction de se consacrer aux affaires complexes et d'éviter une procédure relativement lourde pour les enquêtes transfrontalières<sup>32</sup> est louable, il n'en reste pas moins que ce glissement des compétences du magistrat instructeur au ministère public est à déplorer.

Ainsi que l'a fait remarquer le Conseil d'État<sup>33</sup>, le régime prévu ne reproduit en effet pas la possibilité et, dans certains cas, l'obligation de mener une instruction, de sorte que les garanties plus importantes qui entourent celle-ci font défaut. Il en résulte une différence de traitement entre suspects selon que la mesure d'enquête est exécutée en Belgique ou à l'étranger. Le fait que la mesure soit exécutée conformément aux dispositions du droit de l'État d'exécution et, notamment, par l'autorité compétente dans cet autre État, ne paraît pas suffisant pour justifier cette différence de traitement<sup>34</sup>.

Il y a également lieu de s'interroger sur la conformité du droit belge avec la directive européenne. En effet, si celle-ci précise que l'autorité d'émission d'une décision d'enquête européenne est un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur, sans exiger expressément que cette autorité soit compétente pour ordonner la mesure d'enquête selon le droit interne<sup>35</sup>, la directive indique néanmoins que la mesure d'enquête sollicitée *via* la décision d'enquête européenne doit

pouvoir être ordonnée dans les mêmes conditions dans une procédure nationale similaire (article 6.1, b), de la directive). Cette règle a d'ailleurs été reprise par le législateur belge à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la loi.

À notre sens, cette conformité avec le droit interne ne concerne pas uniquement les conditions de fond qui entourent l'exécution d'une mesure d'enquête<sup>36</sup> mais renvoie également à l'autorité compétente pour solliciter l'exécution de la mesure d'enquête, ministère public ou juge d'instruction.

Or, en l'espèce :

— le ministère public n'est pas compétent, en droit interne, pour solliciter lui-même l'exécution d'une mesure d'enquête devant faire l'objet d'une mini-instruction, alors qu'il est compétent pour émettre une décision d'enquête ayant pour objet une telle mesure. La procédure de validation prévue à cet égard ne nous paraît pas suffisante pour considérer que l'exécution de la mesure d'enquête *via* la décision d'enquête européenne se serait faite dans des conditions équivalentes à celles prévues pour la mini-instruction ;

— le ministère public peut requérir du juge d'instruction l'émission d'une décision d'enquête européenne pour solliciter l'exécution de mesures d'enquête qui, en droit interne, auraient supposé une mise à l'instruction du dossier et ce, sans qu'une instruction ne soit nécessairement ouverte pour autant.

Il en résulte que, dans ces hypothèses, il faudrait considérer que la loi belge n'est pas conforme à la directive européenne.

## 2. Une autorité de nature administrative : l'Administration générale des douanes et accises

Le législateur belge permet également à l'Administration générale des douanes et accises d'émettre une décision d'enquête européenne relative à des matières qui relèvent de sa compétence exclusive lorsqu'elle porte, conformément — cette fois — à ce que prévoit la directive européenne, sur des mesures d'enquête qu'elle peut également ordonner dans le cadre d'une procédure nationale similaire (article 24, § 5, alinéa 1<sup>er</sup>). Ces mesures d'enquête consistent principalement en la communication de documents douaniers, accisiens et commerciaux, la visite de marchandises et de moyens de transport, la visite des fabriques et usines, et la visite de bâtiments et enclos où est soupçonnée l'existence de magasins ou dépôts de marchandises interdits<sup>37</sup>.

Si l'Administration générale des douanes et accises applique prioritairement la Convention de Naples II du 18 décembre 1997<sup>38</sup> pour requérir l'assistance d'autorités étrangères dans le cadre d'enquêtes pénales concernant des infractions aux réglementations douanières nationales et communautaires, le recours à la décision d'enquête européenne devrait permettre à l'Administration de contourner les limites de cet instrument de coopération douanière classique, telles que les restrictions éventuelles posées par l'État requis à l'utilisation des informations transmises, ou lorsque l'enquête concerne une législation douanière nationale qui n'a pas d'équivalent dans l'État membre requis<sup>39</sup>.

Ces dispositions sont conformes à la directive européenne, qui laissait une certaine latitude aux États membres pour déterminer les autorités d'émission compétentes, n'excluant pas qu'il puisse s'agir d'autorités non judiciaires, telles que l'Administration générale des douanes et accises, et que la décision soit émise dans le cadre de procédures administratives<sup>40</sup>.

(23) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 32.

(24) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 2437/2, p. 4.

(25) Soit les conditions « générales » qui entourent l'émission d'une décision d'enquête européenne, visées à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la loi.

(26) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 32, alors qu'il peut prendre une telle décision dans le cadre de la mini-instruction

(27) Visé à l'article 86bis, du C.i.cr.

(28) Visée à l'article 90ter, du C.i.cr.

(29) Visé à l'article 89ter, du C.i.cr.

(30) Visée à l'article 56bis, al. 2, du C.i.cr.

(31) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 32.

(32) *Ibidem*, pp. 31-32.

(33) Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 137.

(34) Réponse du délégué du ministre de la Justice repris dans l'avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1,

pp. 138-139. Voy. aussi Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 2437/2, p. 5.

(35) Le législateur belge en a tiré argument pour justifier la conformité de la loi belge à la directive, et au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Voy. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 33.

(36) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 33.

(37) Respectivement les mesures vi-

sées aux articles 182 et 184, 193 à 195, 197, et 201, 203 et 207 ; de la loi générale des douanes et accises du 18 juillet 1977.

(38) Convention du 18 décembre 1997 relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, et à l'Annexe, faite à Bruxelles le 18 décembre 1997, approuvée par la loi belge du 13 septembre 2004, *M.B.*, 4 novembre 2004.

(39) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, pp. 34-35.

(40) Voy. *infra*.

Un contrôle — de nature judiciaire — devait néanmoins être institué<sup>41</sup>, de sorte que la décision d'enquête constitue bien une décision judiciaire, conformément à la définition de la décision d'enquête européenne<sup>42</sup>.

Le législateur belge a ainsi prévu que la décision d'enquête européenne émise par l'Administration générale des douanes et accises doit être validée par un juge d'instruction (article 24, § 5, alinéa 2)<sup>43</sup>. Ce dernier vérifie les conditions d'émission de la décision d'enquête, particulièrement (mais pas seulement<sup>44</sup>) les conditions de nécessité et de proportionnalité, et il s'assure que la mesure d'enquête sollicitée aurait bien pu être ordonnée par l'Administration générale des douanes et accises, dans une procédure nationale similaire<sup>45</sup>. Il renvoie ensuite sa décision à l'Administration des douanes et accises qui pourra elle-même transmettre la décision d'enquête à l'autorité étrangère d'exécution (article 28, § 1<sup>er</sup>).

## B. Champ d'application procédural

Une décision d'enquête européenne peut être émise dans le cadre d'une procédure pénale, soit déjà engagée, soit à engager (article 5, 1<sup>o</sup>). On peut ainsi très bien imaginer que la décision d'enquête européenne soit émise en vue de l'obtention de simples renseignements, tandis que ceux-ci pourront, dans un deuxième temps, donner lieu à l'ouverture de poursuites dans l'État membre d'émission.

Une décision d'enquête européenne peut également être émise dans le cadre de procédures — engagées — par des autorités administratives, ou même des procédures civiles, pour autant qu'il y ait une possibilité de recours devant une juridiction compétente notamment (mais pas exclusivement<sup>48</sup>) en matière pénale (article 5, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>).

Si cette précision n'a pas été reprise dans la législation belge, la directive indique en outre expressément qu'une décision d'enquête européenne peut être émise à n'importe quel stade de la procédure, en ce compris lors du procès, si nécessaire, avec la participation de la personne concernée, en vue par exemple, du transfèrement temporaire d'une personne détenue vers l'État d'émission afin qu'elle puisse être entendue<sup>46</sup> ou encore de la réalisation d'une audition par vidéoconférence<sup>47</sup>.

## C. Champ d'application personnel

Une décision d'enquête européenne peut être émise dans le cadre d'une procédure portant sur des faits pouvant engager la responsabilité d'une personne morale ou entraîner une peine à son encontre dans l'État d'émission (article 5, 4<sup>o</sup>), même si l'État d'exécution ne connaît pas de mécanisme permettant d'attribuer une responsabilité — pénale ou autre — à une personne morale<sup>49</sup>.

À la suite de l'avis du Conseil d'État<sup>50</sup>, le législateur a précisé, dans le cadre des travaux parlementaires, qu'une décision d'enquête européenne pouvait aussi être émise dans le cadre des procédures qui concernent des suspects mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, conformément à l'article 62 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse<sup>51</sup>.

## D. Les mesures d'enquête pouvant être sollicitées via une décision d'enquête européenne

### 1. Dispositions générales : toute mesure d'enquête

Ni le législateur belge, ni le législateur européen, n'ont dressé de liste exhaustive des mesures d'enquête dont il est possible de solliciter l'exécution, à l'étranger, via l'émission d'une décision d'enquête européenne. C'est donc n'importe quelle mesure d'enquête que l'autorité d'émission peut solliciter via la décision d'enquête, en vue d'obtenir des éléments de preuve sur le territoire de l'État d'exécution (article 4, 2<sup>o</sup>).

Il n'est toutefois pas question, pour la Belgique, de profiter du droit de l'État d'exécution pour solliciter l'exécution d'une mesure d'enquête qui ne serait pas prévue ou pas permise en vertu du droit belge : la mesure sollicitée doit, en effet, pouvoir être ordonnée dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire (article 6, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>). Si, par contre, la mesure d'enquête sollicitée, bien que prévue par le droit belge, n'existe pas selon le droit de l'État d'exécution, ce dernier devrait pouvoir recourir à une autre mesure d'enquête qui permet d'atteindre le résultat attendu<sup>52</sup>.

### 2. Exception : les équipes communes d'enquête

Conformément à la directive<sup>53</sup>, les équipes communes d'enquête n'entrent pas dans le champ d'application de la décision d'enquête européenne (article 4, 2<sup>o</sup>, de la loi).

Ces équipes, constituées d'enquêteurs de deux ou plusieurs États, compétents pour effectuer une enquête pénale transfrontière sur le territoire d'un ou de plusieurs États ayant constitué l'équipe<sup>54</sup>, font l'objet d'une réglementation spécifique à l'article 13 de la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000<sup>55</sup>, ainsi que dans la décision-cadre du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête<sup>56</sup>.

Cette réglementation spécifique continue à s'appliquer à la mise en place de cette forme particulière de coopération<sup>57</sup>, dans la mesure où elle est plus favorable à la collecte de preuves, celles-ci s'échangeant tout à fait librement entre les membres de l'équipe<sup>58</sup>.

Si toutefois, dans le cadre de l'équipe commune d'enquête, celle-ci a besoin de l'aide d'un autre État membre que ceux qui ont créé l'équipe, une demande peut être adressée par les autorités de l'État d'intervention en utilisant la décision d'enquête européenne<sup>59</sup>.

### 3. Spécificités de certaines mesures d'enquête

Conformément à la directive, le législateur belge a entendu apporter des précisions concernant quelques mesures d'enquête, dans la mesure où leur mise en œuvre présente certaines spécificités dont il importait de tenir compte sur le plan procédural, ou en raison de la sensibilité de la mesure d'enquête visée qui imposait de prévoir des causes de refus d'exécution supplémentaires<sup>60</sup>.

L'introduction de ces dispositions spécifiques reflète en réalité, pour partie, les modalités particulières relatives à ces mesures d'enquête contenues dans les conventions d'entraide judiciaire classique<sup>61</sup>. On y retrouve également l'interception de télécommunications, dont les télécommunications satellites, et avec transmission immédiate à l'État

(41) Article 2, c), ii), de la directive

(42) Article 1.1 de la directive.

(43) Soit une autorité judiciaire, conformément à ce que prévoit la directive européenne, en son article 2, c), ii).

(44) Voy. avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 129.

(45) Soit les conditions visées à l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la loi.

(46) Si le transfert de cette personne est envisagé aux fins de poursuites dans l'État d'émission, il sera toutefois nécessaire d'émettre un mandat d'arrêt européen.

(47) Considérant n° 25 de la directive. Voy. également art. 24 de la directive.

(48) Exposé des motifs, *Doc. parl.*,

Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 13.

(49) Certains États membres ne connaissent pas de mécanisme de responsabilité pénale des personnes morales, notamment l'Allemagne, la Grèce, et la Suède. Voy. G. VERMEULEN, W. DE BONDY et C. RYCKMAN, *Liability of legal persons for offences in the EU*, Antwerpen, Maklu, 2012, pp. 31 et s. Pour plus d'informations sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales au sein des différents États membres de l'U.E., voy. X, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles, la Charte, 2008.

(50) Avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-

2017, n° 54-2437/1, p. 126.

(51) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 10.

(52) Article 10.1, a), de la directive.

(53) Article 3 de la directive.

(54) D. FLORE, *op. cit.*, p. 514.

(55) Convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne.

(56) Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, *J.O.*, L.162, 20 juin 2002, p. 1. Cette décision-cadre est appelée à devenir caduque le jour où la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne sera en vigueur

(57) Considérant n° 8 de la directive.

(58) D. FLORE, *op. cit.*, p. 558.

(59) L'article 4, 2<sup>o</sup>, de la loi permet en effet le recours à une décision d'enquête européenne aux fins de l'application de l'article 13, § 8, de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale et de l'article 1<sup>er</sup>, § 8, de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête.

(60) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 2437/2, p. 4.

(61) D. FLORE, *op. cit.*, p. 558.

d'émission, que les États membres à l'initiative de la directive avaient d'abord envisagé d'exclure du champ d'application de la décision d'enquête<sup>62</sup>, avant de les y intégrer en prévoyant toutefois des règles particulières<sup>63</sup>.

Pour le surplus de la réglementation relative à ces mesures spécifiques, nous renvoyons aux dispositions correspondantes de la loi (articles 31 à 40)<sup>64</sup>.

#### 4. Assistance des autorités étrangères par des autorités belges

L'autorité d'émission a la possibilité de demander à ce que les autorités belges (policiers, juges d'instruction, ...) soient associées à l'exécution de la mesure d'enquête sollicitée, en prêtant assistance aux autorités compétentes de l'État d'exécution, sous réserve de réciprocité, c'est-à-dire à condition que, dans une procédure nationale similaire, cette assistance soit également possible (article 26).

### E. La procédure d'émission d'une décision d'enquête européenne

#### 1. Les conditions d'émission

L'autorité d'émission — et le cas échéant le magistrat instructeur s'il intervient comme autorité de validation<sup>65</sup> — devra vérifier, au cas par cas (article 25), que la décision émise est bien proportionnée et nécessaire à la finalité de la procédure dans laquelle elle intervient, compte tenu des droits du suspect, du prévenu, ou de l'accusé (article 6, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>).

Le considérant n<sup>o</sup> 11 précédant la directive explicite le contenu de ce contrôle de proportionnalité : il appartient à l'autorité d'émission « de vérifier si la preuve recherchée est nécessaire et proportionnée aux fins de la procédure, si la mesure d'enquête choisie est nécessaire et proportionnée aux fins de l'obtention de la preuve concernée et si une décision d'enquête européenne devrait être émise aux fins d'associer un autre État membre à l'obtention de cette preuve ». Parmi les critères devant être pris en considération figurent notamment la gravité de l'infraction, la possibilité pour le suspect d'être détenu, la hauteur de la peine encourue, la nécessité d'assurer une protection effective de la population, ainsi que les intérêts des victimes de l'infraction<sup>66</sup>.

L'insertion de ces conditions dans le texte de loi vise à éviter une utilisation abusive de la décision d'enquête européenne, pour des motifs futiles, tels que le vol d'une bicyclette ou la non-restitution d'un frigo volé<sup>67</sup>.

La mesure d'enquête doit en outre pouvoir être ordonnée dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire (article 6, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>). Comme nous l'avons déjà exposé, la vérification de cette condition devrait, à notre sens, amener le ministère public à s'abstenir de solliciter lui-même des mesures d'enquête qui ne peuvent, en droit interne, être exécutées que *via* une mini-instruction ou qui sont exclues du champ d'application de celle-ci.

Plutôt que d'instaurer une cause de refus spécifique liée au non-respect des conditions d'émission, le législateur a préféré prévoir un contrôle plus strict de celles-ci par l'autorité d'émission<sup>68</sup>, en prévoyant une procédure de consultation entre autorités d'émission et d'exécution en cas de difficulté (article 6, § 2)<sup>69</sup>.

#### 2. Exigences formelles

En vue d'en faciliter la rédaction, la décision d'enquête européenne est établie sous la forme d'un certificat figurant en annexe A à la loi belge du 22 mai 2017 (article 8, § 1<sup>er</sup>).

Plusieurs informations doivent y être renseignées (article 27, § 1<sup>er</sup>), portant sur l'identité de l'autorité d'émission, et le cas échéant, de validation, sur l'objet et les motifs de la décision d'enquête européenne, sur la/les personne(s) concernées, l'acte délictueux faisant l'objet de l'enquête et les dispositions pénales applicables, ainsi que la description de la/des mesure(s) d'enquête demandée(s) et des éléments de preuve à obtenir (article 8, § 2), et, si c'est le cas, le fait que la décision d'enquête est destinée à compléter une décision émise antérieurement (article 27, § 2). La décision d'enquête européenne est traduite dans une langue officielle de l'État où elle devra être exécutée, ou toute autre langue acceptée par lui (article 27, § 3)<sup>70</sup>. Il n'est en principe pas nécessaire d'y joindre d'autres documents<sup>71</sup>.

#### 3. La transmission de la décision d'enquête européenne

Comme tout instrument fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle, des contacts directs entre autorités d'émission et d'exécution sont prévus en vue d'assurer la transmission de la décision d'enquête européenne, ou toutes les autres fois que la situation le nécessite (article 7).

Tous les canaux disponibles peuvent être utilisés pour la transmission d'une décision d'enquête européenne. La seule exigence est qu'une trace écrite existe, et que l'État d'exécution puisse vérifier l'authenticité de la décision d'enquête européenne (article 28, § 1<sup>er</sup>, de la loi).

Il s'agit toutefois d'identifier l'autorité d'exécution compétente. À cette fin, l'autorité d'émission peut solliciter des renseignements au sujet de l'autorité d'exécution à qui transmettre la décision d'enquête européenne, particulièrement en recourant au parquet fédéral, ainsi qu'au réseau judiciaire européen et aux points de contacts institués dans ce cadre<sup>72</sup> (article 28, § 3).

Si les autorités belges sont amenées à prêter assistance à leurs homologues étrangers dans le cadre de l'exécution de la décision d'enquête, elles pourront directement leur adresser une nouvelle décision qui viendrait compléter une décision antérieure, tant qu'elles sont présentes sur le territoire de l'État d'exécution (article 28, § 3).

#### F. L'utilisation des éléments de preuve recueillis à l'étranger - La clause « Antigone »

Si la directive européenne ne contient aucune disposition relative à l'utilisation ultérieure des preuves recueillies à la suite de l'exécution de la décision d'enquête européenne, le législateur belge a précisé qu'il était exclu d'utiliser en Belgique les éléments de preuves recueillis irrégulièrement à l'étranger dans trois hypothèses : si l'irrégularité découle d'une règle qui, selon le droit de l'État d'exécution, est prescrite à peine de nullité<sup>73</sup> ; si elle entache la fiabilité de la preuve ; ou encore si l'utilisation des preuves viole le droit à un procès équitable (article 29).

Clairement inspirée de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, cette disposition est formulée de manière légèrement différente dans la mesure où, au lieu de restreindre les hypothèses où la nullité d'un élément de preuve peut être prononcée (« la nullité d'un élément de preuve n'est décidée *que si* ... »), elle précise les cas où il est exclu d'utiliser les éléments de preuve recueillis à l'étranger, de manière, semble-t-il, non limitative.

Cette disposition ne fait toutefois que reproduire le texte de l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, qui s'applique dans le cadre de l'entraide judiciaire classique en application de la Convention du 29 mai 2000.

(62) Initiative en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, *Doc. Cons. U.E.*, n<sup>o</sup> 9288/10, add. 1, du 3 juin 2010, pp. 5-6.  
(63) Articles 30 et 31 de la directive.  
(64) Voy. M. GIACOMETTI et S. NEVEU, *op. cit.*, pp. 899 et s.  
(65) *Voy. supra*.  
(66) A. MANGIARACINA, « A New and Controversial Scenario in the Gatekeeping of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive

on the European Investigation Order », *Utrecht Law Review*, 2014, pp. 113-133, spéc. p. 126.  
(67) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n<sup>o</sup> 54-2437/1, p. 13.  
(68) L'autorité d'exécution n'est d'ailleurs pas censée demander et analyser la législation de l'État d'émission.  
(69) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n<sup>o</sup> 54-2437/1, p. 14.  
(70) À cet égard, la directive impose

aux États membres de faire savoir à la Commission européenne, dans le délai de transposition de la directive, les langues acceptées pour recevoir une décision d'enquête européenne. Voy. article 33.1, b), de la directive.  
(71) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n<sup>o</sup> 54-2437/1, p. 15.  
(72) Voy. notamment l'Atlas et particulièrement les fiches belges qui précisent, État par État, mesure d'enquête par mesure d'enquête, l'autorité compétente pour autoriser

l'exécution de la mesure. Elles donnent également des informations sur la réglementation applicable à la mesure d'enquête sélectionnée, en fonction de l'État choisi, et permettent de comparer ces informations entre plusieurs États membres, <http://www.ejn-crimjust.europa.eu>.  
(73) Les juridictions belges étant ainsi amenées à se prêter à l'exercice difficile de l'appréciation du régime des nullités prévu par le droit étranger.

Les enseignements tirés de la jurisprudence relative à cette disposition peuvent, à notre sens, être appliqués *mutatis mutandis*, en vue d'interpréter l'article 29 de la loi concernant la décision d'enquête européenne.

L'appréciation de la régularité des preuves recueillies à l'étranger n'entraîne ainsi pas nécessairement la consultation du dossier de l'instruction faite à l'étranger. Le juge doit néanmoins veiller à ce que les prévenus ne soient pas privés de la possibilité, *in concreto*, de contester les preuves obtenues à l'étranger et s'assurer que leurs droits de défense soient respectés<sup>74</sup>.

La Cour de cassation a par ailleurs précisé que, pour décider d'exclure une preuve recueillie à l'étranger au motif que son utilisation viole le droit à un procès équitable, le juge doit vérifier si les droits de la défense ont été respectés, cette vérification exigeant un examen de la cause dans son ensemble, à l'effet de rechercher si un vice inhérent à un stade de la procédure a pu, ou non, être corrigé par la suite. Il y a lieu d'examiner notamment si les parties se sont vu offrir la possibilité de remettre en question l'authenticité de l'élément de preuve et de s'opposer à son utilisation, ce contrôle tenant compte de la qualité de l'élément de preuve, en ce compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de son exactitude<sup>75</sup>.

Notre juridiction suprême s'était toutefois montrée moins restrictive dans un arrêt du 11 décembre 2013<sup>76</sup>, dans lequel elle a conclu que les juges d'appel n'avaient pas pu, sans violer l'article 6 de la Convention, déduire que les prévenus n'apportaient aucun élément concret à l'appui de leur défense concernant la régularité de la procédure relative à des dépositions effectuées au Maroc et les retenir comme moyens de preuve sans s'être préalablement assurés, au vu des éléments spécifiques de la cause, que ces déclarations n'avaient pas été obtenues au moyen de traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors que la Cour européenne elle-même a décidé que les rapports d'organisation de défense des droits de l'homme invoqués par le requérant établissaient un risque en ce sens.

L'irrégularité d'un élément de preuve est de nature à empêcher l'utilisation des actes d'instruction qui en résultent. La Cour de cassation a en effet estimé que l'arrêt qui statue en sens contraire et qui limite la sanction de la nullité prévue, conformément aux articles 12 et 40 de la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, à la demande d'entraide judiciaire rédigée en français et qui refuse d'écartier des débats les actes d'instruction posés par les services de police suisses ensuite de cette demande d'entraide judiciaire et les procès-verbaux qu'ils ont dressés, au motif qu'il n'apparaît pas qu'ils soient contraires au droit suisse et ou que leur utilisation soit contraire au droit à un procès équitable, ne justifie pas légalement sa décision<sup>77</sup>.

## 4 L'exécution d'une décision d'enquête européenne

À côté de la possibilité d'émettre une décision d'enquête européenne, la Belgique peut également être amenée, en qualité d'État d'exécution, à exécuter une décision d'enquête européenne émise par une autorité étrangère. Notons que la décision d'enquête européenne peut être adressée aux autorités belges en français, néerlandais, allemand ou anglais (article 15).

### A. Les autorités nationales compétentes

La directive laissait aux États membres une large marge de manœuvre en vue de déterminer les autorités compétentes pour exécuter une décision d'enquête européenne<sup>78</sup>. La seule exigence est qu'il s'agisse d'une autorité compétente, en vertu du droit interne, pour ordonner la mesure d'enquête visée dans la décision<sup>79</sup>.

En Belgique, le législateur a distingué la phase de réception et d'exécution de la décision d'enquête européenne pour déterminer, dans chaque cas, à quelle autorité il y avait lieu de s'adresser. Il n'y a par contre pas de distinction, concernant l'autorité compétente, entre la reconnaissance de la décision d'enquête européenne et l'exécution de celle-ci, le législateur belge n'évoquant que la décision à prendre relative à « l'exécution » de ladite décision d'enquête<sup>80</sup>.

#### 1. En vue de la réception de la décision d'enquête européenne

Le ministère public est, en Belgique, l'autorité compétente pour recevoir une décision d'enquête européenne, et précisément celui près le tribunal de l'arrondissement judiciaire dans lequel la mesure d'enquête ou une des mesures d'enquête sollicitées dans la décision devra être exécutée (article 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>).

L'autorité d'émission peut également adresser la décision d'enquête au procureur fédéral, lequel est compétent, en particulier, en cas d'urgence, lorsque le lieu où la mesure d'enquête doit être exécutée n'est pas spécifié (notamment dans l'hypothèse d'une livraison surveillée ou contrôlée ou une analyse balistique comparative<sup>81</sup>), ou en cas de besoin de coordination de l'exécution de la décision d'enquête européenne (particulièrement lorsque différentes entités belges sont concernées<sup>82</sup>) (article 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2).

L'Administration générale des douanes et accises est quant à elle compétente pour réceptionner les décisions d'enquête relatives à des matières qui relèvent de sa compétence exclusive (article 14, § 2).

Si une autre autorité belge reçoit une décision d'enquête européenne, il lui appartient de la transmettre d'office au ministère public territorialement compétent en en informant l'autorité d'émission, au moyen d'un formulaire spécifique<sup>83</sup>, dans la semaine suivant la réception (article 14, § 3).

#### 2. En vue de l'exécution de la décision d'enquête européenne

Ministère public et juge d'instruction sont les autorités compétentes, en Belgique, pour exécuter une décision d'enquête européenne, ainsi que, pour les matières qui relèvent de sa compétence exclusive, l'Administration générale des douanes et accises, à condition qu'elle puisse, en vertu du droit belge, exécuter la mesure d'enquête sollicitée (article 16, §§ 1<sup>er</sup> et 3).

Aucun glissement de compétences du juge d'instruction vers le ministère public n'est ici à déplorer. La législation belge de transposition est ainsi conforme à la directive européenne, qui impose que l'autorité d'exécution puisse aussi, en droit interne, exécuter la mesure d'enquête sollicitée par l'autorité étrangère (article 2, d), de la directive).

Ainsi, si le ministère public est compétent pour exécuter la mesure d'enquête sollicitée, dans le cadre d'une procédure nationale similaire, il peut soit prendre lui-même la décision de l'exécuter, soit requérir un juge d'instruction à cette fin (article 16, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>). Dans l'hypothèse où c'est le parquet fédéral qui a reçu la décision d'enquête européenne, il peut également décider de l'exécuter sans l'intervention du parquet territorialement compétent, sauf, bien entendu, si un magistrat instructeur doit être saisi (article 14, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3).

En effet, l'autorité d'exécution est le juge d'instruction si la mesure d'enquête sollicitée doit, en vertu du droit belge, être ordonnée par lui,

(74) Cass., 3 avril 2012, R.G. n° P.10.0973.N, *Pas.*, 2012, *T. Strafr.*, 2013, p. 180, note G. BOULET, « Het recht van verdediging : een magneet die buitenlandse stukken naar een Belgisch strafdossier trekt ? ».

(75) Cass., 30 avril 2014, R.G. n° P.13.1869.F, *Pas.*, 2014, n° 307, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 834, avec la note de F. LUGENTZ, « L'entraide judiciaire internationale - Examen de la régularité des

preuves recueillies à l'étranger au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de l'administration de la preuve » ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1367 avec la note de M.-A. BEERNAERT, « Antigone, le prince et "l'idéal de justice" » ; *R.W.*, 2015-2016, p. 1101, avec la note de B. DE SMET, « De regelmatigheid van bewijs afkomstig uit het buitenland, de eed van de verdachte en te laat neergelegde conclusies ».

(76) Cass., 11 décembre 2013, R.G. n° P.13.1150.F, P.13.1151.F, P.13.1152.F et P.13.1153.F, *Pas.*, 2013, n° 676, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 318, avec concl. M.P.

(77) Cass., 10 mai 2016, R.G. n° P.15.1643.N.

(78) Voy. article 2, d), de la directive.

(79) Voy. à ce sujet initiative en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en ma-

tière pénale, *Doc. Cons. U.E.*, n° 9288/10, add. 1, du 3 juin 2010, p. 5.

(80) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 2437/001, p. 12.

(81) *Ibidem*, p. 23.

(82) *Ibidem*.

(83) Figurant à l'annexe B de la loi.

le ministère public — ou l'Administration générale des douanes et accises — devant alors lui transmettre sans délai la décision d'enquête européenne (article 16, § 2, alinéa 2).

Néanmoins, le ministère public<sup>84</sup> se voit attribuer un rôle de filtre, dans la mesure où, s'il existe une raison manifeste de refuser l'exécution de la décision d'enquête européenne (ex : informations essentielles manquantes ou mesure ne pouvant être exécutée en Belgique dans une procédure nationale similaire<sup>85</sup>), il peut d'emblée, sans devoir saisir un juge d'instruction, refuser l'exécution de la décision d'enquête européenne (article 16, § 2, alinéa 2), après avoir vérifié qu'il ne peut être recouru à une autre mesure d'enquête<sup>86</sup>, ou consulter lui-même l'autorité d'émission<sup>87</sup>.

Enfin, lorsque la décision d'enquête européenne porte sur plusieurs mesures dont certaines relèvent de la compétence exclusive du juge d'instruction, le ministère public peut, au choix, soit scinder le dossier et exécuter les mesures d'enquête qui relèvent de sa compétence en transmettant l'autre partie du dossier à un juge d'instruction, soit transmettre celui-ci dans son intégralité au juge d'instruction en vue de l'exécution de l'ensemble des mesures d'enquête sollicitées (article 16, § 2, alinéa 3).

## B. La procédure d'exécution

### 1. Les délais

Il est prévu que la décision sur l'exécution de la décision d'enquête européenne doit nécessairement être prise et la mesure exécutée avec la même célérité et priorité que s'il s'agissait d'une enquête nationale et, en tout état de cause, conformément aux délais prescrits par la loi (article 17, § 1<sup>er</sup>).

Dans la mesure du possible, les exigences particulières posées par l'autorité d'émission quant au délai plus court éventuellement nécessaire vu la gravité de l'infraction, les délais de la procédure interne, ou d'autres circonstances particulièrement urgentes, ou quant au fait que l'exécution de la mesure d'enquête devrait avoir lieu à une date spécifique seront prises en considération (article 17, § 2).

La mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle supposant que des délais de procédure contraignants soient prévus<sup>88</sup>, un double délai s'impose aux autorités nationales d'exécution.

Ainsi, un premier délai de trente jours est prévu pour reconnaître la décision d'enquête européenne (article 17, § 3). Dans les cas spécifiques où il n'est pas possible de le respecter, l'autorité d'exécution doit nécessairement informer, sans délai et de quelque manière que ce soit, l'autorité d'émission en expliquant les raisons du retard et en indiquant le temps nécessaire pour prendre une décision. Dans ces situations, le délai peut être prolongé de trente jours supplémentaires (article 17, § 6).

Après avoir décidé de reconnaître la décision d'enquête européenne, l'autorité d'exécution dispose d'un délai de nonante jours pour exécuter la/les mesure(s) sollicitée(s) (article 18, § 1<sup>er</sup>). Si le législateur belge ne l'a pas précisé, le législateur européen a toutefois prévu que ce délai ne s'applique pas si l'État d'exécution est déjà en possession des éléments de preuve recherchés (auquel cas il ne sera pas nécessaire d'exécuter la mesure d'enquête sollicitée par l'autorité d'émission)<sup>89</sup>.

S'il n'est pas possible de respecter le délai de nonante jours, il appartient à l'autorité compétente d'exécution de consulter l'autorité d'émission sur la date appropriée pour l'exécution de la mesure (article 18, § 2).

Certains motifs de report de l'exécution de la décision d'enquête européenne ont été explicitement prévus (article 17, § 7), lorsque l'exécution

de la décision d'enquête européenne risque de nuire à une procédure en cours dans l'État d'exécution, ou lorsque les objets, documents ou données concernés par la décision d'enquête sont déjà utilisés dans le cadre d'une autre procédure. Dans ce cas, l'exécution est reportée soit jusqu'au moment jugé raisonnable par l'État d'exécution dans la première hypothèse, soit durant le temps nécessaire à l'utilisation des objets, documents ou données dans l'autre procédure, dans la seconde hypothèse, en informant l'autorité d'émission (article 23, § 5, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>).

Le législateur belge a précisé par ailleurs que les délais prévus pour l'exécution d'une décision d'enquête européenne valent sans préjudice des obligations de l'État belge prises conformément aux articles 93-9 et 90 du Statut de la Cour pénale internationale, qui règlent la concurrence de demandes de coopération judiciaire émanant de la Cour pénale internationale d'une part, et d'un autre État d'autre part (article 17, § 8).

### 2. Les causes de refus

Certaines causes de refus d'exécution de la décision d'enquête européenne — toutes facultatives — ont été prévues par le législateur belge, conformément à la directive<sup>90</sup>. Notons toutefois que, pour certaines mesures d'enquête, les causes de refus sont limitées<sup>91</sup> tandis que pour d'autres, des motifs de refus additionnels ont été prévus<sup>92</sup>.

#### a. L'exigence de double incrimination

Si le fait pour lequel est émise la décision d'enquête européenne ne constitue pas une infraction selon le droit belge, les autorités belges peuvent refuser d'exécuter celle-ci (article 11, § 1<sup>er</sup>). Cette cause de refus est liée à l'exigence de double incrimination<sup>93</sup>.

Celle-ci ne peut toutefois être invoquée dans deux hypothèses :

1<sup>o</sup> Lorsque la décision d'enquête européenne est émise pour l'une des trente-deux infractions visées à l'article 11, § 3, de la loi, à condition qu'elles soient punies dans l'État d'émission d'une peine ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'un maximum d'au moins trois ans. Les faits contenus dans cette liste sont envisagés comme des domaines prioritaires d'harmonisation sur le plan de l'Union ou visent des infractions essentielles du droit pénal de tous les États membres, de sorte que la question de la double incrimination risque rarement de constituer un obstacle à l'exécution de la décision d'enquête<sup>94</sup>.

Le législateur belge a toutefois pris le soin de préciser, concernant l'homicide volontaire et les coups et blessures graves, qui sont compris dans la liste (article 11, § 3, 14<sup>o</sup>), que les faits d'avortement<sup>95</sup> et d'euthanasie<sup>96</sup> ne sont pas considérés comme couverts par la notion d'homicide volontaire (article 11, § 5).

Une autre précision a été apportée en matière d'impôts, de taxes ou de droits de douane et de change, l'exécution de la décision d'enquête européenne ne pouvant être refusée au motif que la loi belge n'imposerait pas le même type de taxes ou de droits ou ne contiendrait pas le même type de réglementation en la matière que l'État d'émission (article 11, § 4).

Notons que, comme la jurisprudence développée concernant le mandat d'arrêt européen<sup>97</sup> a été amenée à le préciser, la qualification juridique donnée par l'autorité d'émission importe peu pour déterminer s'il y a lieu de s'abstenir de contrôler la double incrimination<sup>98</sup>. Il s'agira en effet de vérifier, sur la base de l'exposé des faits, que le comportement décrit dans la décision correspond bien à l'un des comportements visés dans ladite liste<sup>99</sup>.

2<sup>o</sup> Le contrôle de l'exigence de double incrimination est également supprimé lorsque l'autorité d'émission se limite à solliciter l'exécution de certaines mesures d'enquête auxquelles il doit toujours être pos-

(84) L'Administration générale des douanes et accises ne dispose pas d'une telle possibilité. Voy. article 16, § 3, de la loi.

(85) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 2437/1, p. 25.

(86) Dans les conditions fixées à l'article 13 de la loi. Voy. *infra*.

(87) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 2437/1, p. 25.

(88) D. FLORE, *op. cit.*, p. 545.

(89) Article 12.4 de la directive.

(90) Voy. article 11.1. de la directive qui précise que « la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut être refusée [...] ».

(91) Voy. article 13, § 2, de la loi.

(92) Voy. chapitre 5 de la loi, Dispositions particulières relatives à certaines mesures d'enquête, articles 31 à 40.

(93) Ce principe implique que les actes ou omissions qui donnent lieu à

des poursuites dans l'État d'émission constituent une infraction pénale au regard du droit de l'État d'exécution.

(94) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 17.

(95) Visés à l'article 350, alinéa 2, du Code pénal.

(96) Visés par la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie.

(97) La loi belge relative au mandat d'arrêt européen contient également un motif de refus fondé sur l'exigence

de la double incrimination, avec une exception portant sur la même liste des trente-deux infractions. Voy. article 5, § 2, de la loi du

19 décembre 2003, *M.B.*, 22 décembre 2003.

(98) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 17.

(99) D. FLORE, *op. cit.*, p. 591.

sible de recourir : obtention d'informations ou d'éléments de preuve en possession de l'autorité d'exécution ou dans des bases de données de la police ou des autorités judiciaires, auditions, mesures d'enquête non coercitives (visées à l'article 13, § 2<sup>100</sup>) (article 11, § 2).

### b. Incompatibilité avec les droits fondamentaux

Lorsqu'il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la décision d'enquête européenne serait incompatible avec le respect des droits fondamentaux, et précisément avec les obligations de l'État conformément à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et à la Charte des droits fondamentaux, l'exécution de la décision d'enquête peut être refusée (article 12, 3<sup>o</sup>).

À l'exception de la décision-cadre relative aux sanctions pécuniaires<sup>101</sup>, aucun instrument européen de reconnaissance mutuelle ne contenait, jusqu'alors, explicitement<sup>102</sup>, un tel motif de refus. Si l'introduction explicite de cette cause de refus peut être envisagée comme un regain de méfiance entre les États membres — qui sont tous tenus au respect des droits fondamentaux — elle correspond néanmoins aux diverses législations nationales de transposition d'autres instruments de reconnaissance mutuelle qui contenaient un motif de refus fondé sur la violation des droits fondamentaux. On peut par ailleurs se réjouir de l'attention accordée au respect des droits fondamentaux dans le cadre de l'exécution de la décision d'enquête européenne, dans la mesure où les enquêtes pénales sont, bien trop souvent, gouvernées par des exigences de célérité et d'efficacité, tandis que peu de place est laissée à ce stade, dans les pays de tradition inquisitoire, au respect des droits des personnes poursuivies.

La portée de cette disposition doit toutefois, à notre sens, être appréhendée à la lumière de la jurisprudence des deux Cours européennes qui s'est développée quant aux rapports entre la coopération judiciaire pénale et les droits fondamentaux, principalement concernant l'exécution de mandats d'arrêt européens. Selon nous, ces enseignements dépassent le cadre strict du mandat d'arrêt européen et donnent le ton concernant les liens entre reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux et ce, quelle que soit la forme de coopération envisagée.

Ainsi, dans un arrêt récent du 5 avril 2016<sup>103</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à préciser que, en présence d'éléments objectifs, fiables, précis et dûment actualisés témoignant de l'existence de défaillances soit systémiques ou généralisées, soit touchant certains groupes de personnes, soit encore certains centres de détention en ce qui concerne les conditions de détention dans l'État membre d'émission, l'autorité judiciaire d'exécution doit vérifier, de manière concrète et précise, s'il existe des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée par un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exercice de poursuites pénales ou de l'exécution d'une peine privative de liberté courra, en raison des conditions de sa détention dans cet État membre, un risque réel de traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la Charte, en cas de remise audit État membre.

Anticipant cette jurisprudence, la Cour de cassation belge avait déjà souligné, dans un arrêt du 15 avril 2014 concernant l'exécution d'un mandat d'arrêt européen, que le refus de remettre la personne concernée devait nécessairement être justifié par des éléments circonstanciés indiquant un danger manifeste pour ses droits fondamentaux et aptes à renverser la présomption de respect de ces droits<sup>104</sup>.

### c. Les autres causes de refus d'exécution

Notre propos n'est pas d'entrer dans le détail des autres causes de refus d'exécution prévues par la législation belge, conformément à la directive européenne<sup>105</sup>. Nous précisons seulement que celles-ci s'appliquent dans les situations suivantes :

1<sup>o</sup> Il existe, en droit belge, une immunité ou un privilège, qui rend impossible l'exécution de la décision d'enquête européenne (article 12, 1<sup>o</sup>). En principe, il devrait toutefois s'agir d'un simple motif de report de l'exécution de la décision d'enquête<sup>106</sup>. Ainsi, si la levée de l'immunité ou du privilège dépend d'une autorité belge, il appartient à l'autorité d'exécution de demander à celle-ci de lever immédiatement cette immunité ou ce privilège. Dans le cas contraire, si c'est une autorité d'un autre État ou d'une organisation internationale qui est compétente, l'autorité belge en informe l'autorité d'émission afin que celle-ci puisse prendre les initiatives qui s'imposent pour faire lever l'immunité ou le privilège<sup>107</sup>.

2<sup>o</sup> Des règles de droit belge relatives à l'établissement et la limitation de la responsabilité pénale concernant la liberté de la presse ou la liberté d'expression dans d'autres médias, rendent impossible l'exécution de la décision (article 12, 1<sup>o</sup>).

3<sup>o</sup> L'exécution de la décision d'enquête risque de nuire à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité, de mettre en danger une source d'informations ou de comporter l'utilisation d'informations classifiées se rapportant à des activités de renseignement particulières (article 12, 2<sup>o</sup>).

4<sup>o</sup> La décision d'enquête européenne est émise dans le cadre d'une procédure civile ou administrative<sup>108</sup>, tandis que la mesure d'enquête sollicitée n'est pas autorisée par le droit belge dans le cadre d'une procédure nationale similaire (article 12, 4<sup>o</sup>). Dans ce cas toutefois, l'autorité d'exécution pourrait recourir à une autre mesure d'enquête que celle sollicitée par l'autorité d'émission, et qui serait quant à elle permise en vertu du droit belge<sup>109</sup>.

5<sup>o</sup> L'exécution de la décision d'enquête européenne serait contraire au principe *ne bis in idem* (article 12, 5<sup>o</sup>), en vertu duquel « une personne ne peut être poursuivie, jugée ou condamnée deux fois pour les mêmes faits »<sup>110</sup>.

Ce motif de refus est particulièrement important dans ce domaine de la coopération judiciaire entre les États membres, une enquête en cours dans l'État d'émission pouvant concerner des faits commis — partiellement au moins — sur le territoire de l'État d'exécution, et pour lesquels la personne concernée par la décision d'enquête aurait déjà été condamnée. Son utilisation devrait toutefois être limitée (raison pour laquelle il s'agit d'une cause de refus facultative, contrairement aux autres lois de transposition d'instruments de reconnaissance mutuelle<sup>111</sup>), dans la mesure où la nature préliminaire des procédures sous-tendant la décision d'enquête européenne empêchent de considérer, de manière définitive qu'il en résulterait une atteinte au principe *ne bis in idem*<sup>112</sup>.

6<sup>o</sup> L'infraction à la base de l'émission de la décision d'enquête européenne est présumée avoir été commise en dehors du territoire de l'État d'émission, mais bien totalement ou en partie sur le territoire belge, tandis que ces faits ne sont pas punissables en vertu du droit belge (article 12, 6<sup>o</sup>). Ce motif de refus s'applique à toutes les infractions, en ce compris celles figurant dans la liste reprise à l'article 11, § 3, de la loi, et pour lesquelles le contrôle de double incrimination a été supprimé<sup>113</sup>.

(100) Voy. *infra*.

(101) Laquelle ne vise toutefois pas la violation des droits fondamentaux parmi les motifs de refus d'exécution de la décision infligeant une sanction pécuniaire, mais bien en son article 20.3 relatif à la mise en œuvre de l'instrument, qui précise, que « Chaque État membre peut, lorsque le certificat visé à l'article 4 donne à penser que des droits fondamentaux ou des principes juridiques fondamentaux définis par l'article 6 du Traité ont pu être violés, s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution de la décision » (§ 3). Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'appli-

tion du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires, *J.O.*, L.76, 22 mars 2005, p. 16.

(102) Bien que la plupart contienne une clause selon laquelle la réglementation envisagée ne peut avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux pesant sur les États membres. En Belgique, voy. notamment les articles 4, 5<sup>o</sup>, de la loi belge du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen (*M.B.*, 22 décembre 2003) ; 12, 10<sup>o</sup>, de la loi du 15 mai 2012 sur l'exécution des peines privatives de liberté (*M.B.*, 8 juin 2012) ; et 12, 6<sup>o</sup>, de la loi du 21 mai 2013 sur la surveillance des mesures de probation

(*M.B.*, 13 juin 2013).

(103) Affaires jointes *Aranyosi et Căldăraru* (C-404/15 et C-659/15 PPU), *J.D.E.*, 2016, p. 210 ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, p. 675 et note F.L. ; *R.W.*, 2016, p. 396 (note V. GLERUM) ; *Juristenkrant*, 2016, pp. 1-2 (note de J. HUYSMANS).

(104) Cass., 15 avril 2014, R.G. n<sup>o</sup> P.14.0616.F.

(105) Pour plus de précisions, voy. M. GIACOMETTI et S. NEVEU, *op. cit.*, spécialement pp. 888 et s.

(106) D. FLORE, *op. cit.*, p. 635.

(107) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n<sup>o</sup> 54-2437/1, p. 19.

(108) Engagée par des autorités ad-

ministratives ou par des autorités judiciaires concernant des infractions non pénales. Voy. article 5, 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, de la loi.

(109) Conformément à l'article 13, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la loi.

(110) D. FLORE, *op. cit.*, p. 662.

(111) Voy. notamment article 4, 2<sup>o</sup>, de la loi du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n<sup>o</sup> 54-2437/1, p. 20.

(112) Considérant n<sup>o</sup> 17 de la directive. Voy. aussi Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n<sup>o</sup> 54-2437/1, p. 20.

(113) D. FLORE, *op. cit.*, p. 620.

7° Sauf concernant les mesures d'enquête auxquelles il doit toujours être possible de recourir, visées à l'article 13, § 2, de la loi, l'application de la mesure d'enquête sollicitée par l'État d'émission est limitée par le droit belge à une liste ou à certaines catégories d'infractions, ou à des infractions passibles de sanctions d'un certain seuil (ex : mesures d'enquête ne pouvant être utilisées que si l'enquête porte sur des infractions visées à l'article 90ter, §§ 2 à 4, du Code d'instruction criminelle, telle que l'interception de télécommunications ou le gel d'un compte bancaire<sup>114</sup>), qui ne comprennent pas l'infraction sur laquelle porte la décision d'enquête européenne (article 12, 7°).

### 3. La décision relative à l'exécution de la mesure d'enquête sollicitée

Une décision d'enquête européenne doit obligatoirement être exécutée, sous réserve de l'application de motifs de refus, lesquels sont néanmoins toujours facultatifs<sup>115</sup>.

Trois points doivent attirer l'attention de l'autorité belge d'exécution (article 17, § 4) :

1° En premier lieu, elle s'assure que l'autorité d'émission correspond bien à la définition des autorités compétentes pour émettre une décision d'enquête européenne<sup>116</sup>.

Si ce n'est pas le cas (ex : décision d'enquête émise par une autorité administrative, non validée par une autorité judiciaire), il y a lieu de renvoyer la décision d'enquête à l'autorité d'émission, sans devoir ni reconnaître celle-ci, ni l'exécuter. Il appartient alors à l'État d'émission de faire en sorte que la décision soit prise par une autorité d'émission compétente, au sens de la directive<sup>117</sup>.

2° L'autorité d'exécution s'assure ensuite qu'il n'y a pas de motif de refuser l'exécution de la décision d'enquête. Dans la perspective de favoriser la collaboration entre autorités d'émission et d'exécution et, partant, de limiter le recours à ces causes de refus, le législateur belge impose, concernant certaines causes de refus<sup>118</sup>, de consulter l'autorité d'émission avant de décider de ne pas exécuter la décision d'enquête, et de solliciter, le cas échéant, toute information nécessaire à ce sujet (article 17, § 5).

3° Finalement, elle envisage la possibilité de recourir à une mesure d'enquête alternative dans les conditions énoncées à l'article 13 de la loi, notamment si une autre mesure d'enquête moins intrusive permet d'aboutir au même résultat.

Si elle estime ne pas être en mesure de prendre une décision sur l'exécution, car le formulaire qui contient la décision d'enquête européenne est incomplet ou incorrect, l'autorité d'exécution consulte l'autorité d'émission (article 23, § 4).

En tout état de cause, l'autorité d'exécution est tenue par une obligation de confidentialité quant aux faits et au contenu de la décision d'enquête, sauf dans la mesure où la divulgation de ces données s'avère nécessaire à l'exécution de la mesure d'enquête. Si l'autorité d'exécution ne peut respecter l'obligation de confidentialité, elle devra nécessairement en informer l'autorité d'émission (article 9, § 1<sup>er</sup>).

### 4. Les alternatives à disposition de l'État d'exécution

#### a. Si la mesure d'enquête sollicitée n'existe pas ou n'est pas disponible en droit belge

Si la décision d'enquête européenne vise une mesure qui n'existe pas en droit belge (ex : l'infiltration par un citoyen<sup>119</sup>), ou qui n'est pas disponible dans le cadre d'une procédure nationale similaire (ex : mesures d'enquête dont l'utilisation est limitée en droit belge à des infractions d'une certaine gravité, nécessitant le consentement de l'intéressé, ou encore ne pouvant être exécutées qu'à l'encontre de personnes faisant déjà l'objet d'une suspicion<sup>120</sup>), l'autorité d'exécution est invitée, si cela est possible, à recourir à une autre mesure d'enquête (article 13, § 1<sup>er</sup>).

Le fait que la mesure d'enquête ne soit pas expressément prévue par une disposition légale belge n'implique pas nécessairement qu'elle n'existe pas (exemple : l'audition à l'aide d'un polygraphe). Dans cette hypothèse, la décision d'enquête doit pouvoir être exécutée<sup>121</sup>.

Le législateur européen avait, dans les deux situations visées à l'article 13, § 1<sup>er</sup>, l'idée d'imposer le recours à une autre mesure d'enquête, à moins qu'il n'existe aucune autre mesure d'enquête qui permette d'obtenir le même résultat que celle sollicitée par l'État d'émission<sup>122</sup>.

Certaines mesures d'enquête doivent toutefois nécessairement pouvoir être exécutées (article 13, § 2) : obtention d'informations ou d'éléments de preuve déjà en possession de l'autorité d'exécution, ou d'informations contenues dans des bases de données détenues par la police ou les autorités judiciaires auxquelles l'autorité d'exécution a accès dans le cadre d'une procédure pénale (ex : banque de données nationale générale ou banque nationale de données ADN<sup>123</sup>), audition d'un témoin, d'un expert, d'une victime, d'un suspect, d'un prévenu, d'un accusé ou d'un tiers sur le territoire belge, identification de personnes détentrices d'un numéro de téléphone ou d'une adresse IP spécifique, et toute mesure d'enquête non coercitive, sans autre précision donnée par le législateur belge<sup>124</sup>.

#### b. S'il existe une mesure d'enquête moins intrusive

L'autorité d'exécution belge a également la possibilité — mais non l'obligation — de recourir à une autre mesure d'enquête que celle sollicitée par l'autorité d'émission, lorsque le même résultat peut être obtenu par des moyens moins intrusifs (article 13, § 3). Si, en principe, le contrôle lié à la proportionnalité de la mesure sollicitée via la décision d'enquête européenne ne peut être réalisé que par l'autorité d'émission, cette faculté pour l'autorité d'exécution l'amène, indirectement, à apprécier également la proportionnalité de la décision d'enquête européenne.

Dans les hypothèses visées aux points a. et b. où l'autorité belge déciderait de recourir à une mesure d'enquête alternatives, elle aura l'obligation d'informer l'autorité d'émission qui peut toujours décider de retirer ou de compléter la décision d'enquête européenne<sup>125</sup>.

### 5. Droit applicable

La mesure d'enquête sollicitée dans la décision d'enquête européenne est exécutée conformément au droit belge (article 19, § 1<sup>er</sup>) et dès lors, selon les règles belges applicables à la mesure d'enquête, même si elle est sollicitée par une autorité étrangère et que les éléments de preuve recueillis sont destinés à être utilisés dans l'État membre d'émission.

Ceci vaut sans préjudice des dispositions spécifiques relatives à certaines mesures d'enquête, reprises dans la loi belge du 22 mai 2017, qui peuvent prévoir des modalités particulières dans le cadre de l'exécution de celles-ci<sup>126</sup>.

L'autorité d'émission a par ailleurs la possibilité, notamment en vue de garantir l'admissibilité des preuves recueillies, de préciser, dans la décision d'enquête européenne, les formalités et procédures qu'il y aurait lieu de respecter dans le cadre de l'exécution. Pour autant que celles-ci ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit belge (auquel cas il s'agira d'en informer l'autorité d'émission<sup>127</sup>), il appartient à l'autorité belge de s'y conformer (article 19, § 2) (exemple : audition d'un inculpé en présence de son avocat alors que cela ne serait pas prévu par le droit belge<sup>128</sup>).

### 6. Intervention d'autorités de l'État d'émission

L'autorité d'émission peut demander qu'une ou plusieurs autorités nationales assiste(nt) les autorités belges compétentes lors de l'exécution de la décision d'enquête, sous réserve de réciprocité. L'autorité d'exécution belge fait en principe droit à cette demande, pour autant qu'elle

(114) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 21.

(115) *Ibidem*, p. 16.

(116) Voy. article 4, 5°, de la loi quant à la définition de l'autorité compétente.

(117) Article 2, c), de la directive.

(118) Précisément celles visées à l'article 12, 1°, 2°, 3° et 5°, et 7° de la

loi (voy. *supra*).

(119) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 21.

(120) *Ibidem*.

(121) *Ibidem*.

(122) I. ARMADA, « The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights -

based Ground for Refusal the Solution ? », *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 8-31, spécialement p. 16.

(123) *Ibidem*, p. 22.

(124) Et ce alors que la directive européenne invitait les États membres à définir ces mesures d'enquête « non intrusives ». Voy. article 1<sup>o</sup>.2, d), de la directive.

(125) Articles 13, § 4 et 23, § 4, 4°, de la loi.

(126) Voy. articles 31 à 40 de la loi.

(127) Article 23, § 4, 2°, de la loi.

(128) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 27.

ne soit pas contraire aux principes fondamentaux du droit belge, et ne nuise pas aux intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité (article 20, § 1<sup>er</sup>)<sup>129</sup>.

Les autorités de l'État d'émission présentes en Belgique sont liées par le droit belge pendant l'exécution de la décision d'enquête et ne disposent d'aucun pouvoir répressif, sauf si l'exercice de tels pouvoirs est conforme au droit belge (les fonctionnaires de l'État d'émission peuvent ainsi notamment porter leur arme de service réglementaire dans les mêmes conditions que les fonctionnaires de police belges — article 20, § 3, alinéa 1<sup>er</sup> — et l'utiliser pour garantir leur légitime défense ou celle d'autrui — art. 20, § 3, alinéa 2), et dans la mesure convenue entre l'autorité belge d'exécution compétente et l'autorité d'émission (article 20, § 2).

Les autorités de l'État d'émission devraient pouvoir prendre une part active à l'exécution de la décision d'enquête, par exemple, lors de l'audition d'un témoin, en ayant la possibilité d'interroger ce dernier<sup>130</sup>.

### C. Transmission automatique à l'État d'émission des preuves recueillies à l'issue de l'exécution de la décision d'enquête

Alors qu'auparavant, il appartenait à la chambre du conseil de décider du transfert des objets saisis en vertu d'une commission rogatoire, conformément à l'article 11 de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions<sup>131</sup>, la transmission des preuves récoltées en application d'une décision d'enquête européenne<sup>132</sup> se fait de façon automatique, sans approbation d'une quelconque autorité (article 21, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>)<sup>133</sup>.

Si on peut y voir une évolution destinée à faciliter la coopération, il n'en reste pas moins que les personnes concernées — à l'exception des tiers intéressés — ne disposent plus d'aucun moyen pour s'opposer audit transfert (sauf exercice préalable d'un recours en vue d'obtenir la mainlevée de la saisie).

Si des autorités nationales de l'État d'émission sont présentes en Belgique, les preuves pourront même leur être directement transférées, sans délai et sans devoir attendre que l'exécution de la mesure d'enquête soit tout à fait terminée (article 20, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2)<sup>134</sup>.

À l'occasion du transfert des éléments de preuve, l'autorité belge peut préciser qu'elle exige le renvoi de ces preuves dès qu'elles ne sont plus nécessaires à l'État d'émission (article 21, § 3), ou à tout autre moment ou occasion convenu entre autorités compétentes, notamment, si les objets, documents ou données concernés sont déjà pertinents dans le cadre d'une autre procédure en cours en Belgique (article 21, § 4).

Dans un souci de confidentialité, il est prévu que, conformément à son droit national et sauf indication contraire des autorités belges, l'autorité d'émission ne peut divulguer aucun élément de preuve ni aucune information fournie, sauf dans la mesure nécessaire aux fins des enquêtes et procédures décrites dans la décision d'enquête européenne (article 9, § 2).

## 5 La place des droits de la défense

Si l'exposé des motifs de la loi belge annonce d'emblée que le cadre légal de la décision d'enquête européenne contient un certain nombre de mécanismes de contrôle et de garanties destinés à assurer une pro-

tection cohérente des droits fondamentaux des citoyens<sup>135</sup>, cette bonne intention ne résiste pas à l'analyse approfondie de la réglementation de la décision d'enquête européenne.

La place laissée à l'exercice des droits de la défense dans le cadre de l'émission ou de l'exécution d'une décision d'enquête européenne est, en effet, fortement réduite.

### A. Impossibilité de s'opposer à l'exécution ou à l'émission d'une décision d'enquête européenne

Ni la directive européenne ni la législation belge n'ont prévu de possibilité pour les personnes concernées par la décision d'enquête européenne de faire valoir leurs droits à l'occasion de l'émission ou de l'exécution de celle-ci. Il est toutefois classique, dans le cadre des enquêtes pénales, que les personnes impliquées ne soient pas associées à l'exécution de mesures d'enquête, qui doivent pouvoir créer un effet de surprise pour être efficaces<sup>136</sup>.

Par contre, rien n'empêche les parties de solliciter l'émission d'une telle décision d'enquête, selon les modalités prévues par l'article 61quinquies<sup>137</sup> du Code d'instruction criminelle<sup>138</sup>.

### B. Recours en cas de saisie de biens

La seule exception à l'impossibilité d'exercer un quelconque recours contre la décision d'enquête européenne vise l'hypothèse où celle-ci a entraîné la saisie de biens.

Le législateur européen avait en effet précisé que les parties intéressées par la décision d'enquête européenne devaient pouvoir exercer les voies de recours qui leur étaient ouvertes par le droit national, à l'égard des mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne<sup>139</sup>.

Or, en droit belge, les seules<sup>140</sup> voies de recours prévues par rapport à l'exécution de mesures d'enquête concernent les situations où celles-ci impliquent une saisie, à tout le moins lorsque celle-ci est ordonnée par une autorité judiciaire (et pas si la décision émane de l'Administration générale des douanes et accises — article 22, § 4).

En cas d'exercice d'une voie de recours, il appartient à l'autorité belge d'en informer l'autorité d'émission et de lui communiquer la décision définitive, l'autorité d'émission pouvant demander la confirmation écrite de ces informations (article 23, § 4, 6<sup>o</sup>).

#### 1. Requête en mainlevée d'actes d'enquête relatifs aux biens

Les parties lésées par un devoir d'enquête relatif à leurs biens, accompli dans le cadre de l'exécution d'une décision d'enquête européenne, peuvent en solliciter la mainlevée auprès de l'autorité qui l'aura ordonnée, ministère public ou juge d'instruction, conformément aux articles 28sexies et 61quater du Code d'instruction criminelle, destinés à s'appliquer *mutatis mutandis*<sup>141</sup>.

Elles seront par ailleurs informées de la possibilité d'exercer un tel recours, sauf si cela nuit à la confidentialité de l'enquête<sup>142</sup>.

On peut y voir une évolution par rapport au régime en vigueur antérieurement dans le cadre de l'entraide judiciaire classique, dans la mesure où la jurisprudence considérait que les commissions rogatoires internationales obéissaient à des règles de procédure propres, et que les dispositions des articles 28sexies et 61quater du Code d'instruction criminelle n'étaient pas applicables lorsqu'une saisie était ordonnée dans ce cadre<sup>143</sup>. Les personnes se prétendant lésées par une saisie or-

(129) Article 9.4 de la directive.

(130) A. MANGIARACINA, *op. cit.*, spécialement p. 121.

(131) Article 11 de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, *M.B.*, 17 mars 1874, abrogé par l'article 217 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017.

(132) Tout comme, désormais, suite

à l'exécution d'une commission rogatoire internationale, vu l'abrogation de l'article 11, susmentionné.

(133) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/001, pp. 28-29.

(134) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 28.

(135) *Ibidem*, p. 4.

(136) Voy. à ce sujet, C.J.U.E., 29 janvier 2013, affaire *Radu*, C-396/11 ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 1440 ; *J.D.E.* (somm.), 2013, p. 129 ; *R.W.*, 2013, p. 670 (note V. GLERUM).

(137) Voire de l'article 47bis, § 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, du C.i.cr. lorsque le dossier est à l'information.

(138) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 2437/1, p. 34.

(139) Article 14.1 de la directive.

(140) Article 22, § 1<sup>er</sup>, de la loi.

(141) À l'exception de l'article 28sexies, § 6 et 61quater, § 7, du C.i.cr.

(142) Article 22, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi.

(143) Bruxelles (mise acc.), 26 juin 2000, *Rev. dr. pén. crim.*, 2001,

p. 589 ; Bruxelles (mise acc.), 30 juin 2004, n° 1749 ; Bruxelles (mise acc.), 4 mai 2011, *T. Strafr.*, 2011, p. 357, note F. SCHUERMANS. La loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution des saisies et des confiscations (*M.B.*, 3 juillet 1997) ne reconnaît, en effet, pas la possibilité de solliciter la mainlevée de la saisie ordonnée en exécution d'une commission rogatoire internationale.

donnée en Belgique étaient ainsi invitées à tenter d'obtenir la levée de celle-ci auprès de l'autorité requérante étrangère<sup>144</sup>. La possibilité d'exercer un référé pénal était toutefois déjà prévue lorsque la saisie ordonnée l'était en exécution d'une décision prise par un autre État membre de l'Union européenne<sup>145</sup>.

Le législateur a pris le soin d'exclure que les parties ne profitent du référé pénal pour contester les motifs de fond qui sous-tendent l'émission de la décision d'enquête européenne, de tels arguments ne pouvant être invoqués que dans l'État d'émission (article 22, § 2, de la loi)<sup>146</sup>.

Si elle est conforme à la directive européenne<sup>147</sup>, cette précision confirme le fait que les parties ne disposent d'aucun moyen de s'opposer à l'émission ou l'exécution de la décision d'enquête, ces contestations ne pouvant être émises qu'ultérieurement, dans l'État d'émission.

## 2. Opposition du tiers intéressé au transfert de biens saisis dans le cadre de l'exécution d'une décision d'enquête européenne

Selon ce qui est déjà prévu en matière de transmission de pièces sollicitée par une commission rogatoire internationale<sup>148</sup>, les tiers intéressés par des objets saisis dans le cadre de l'exécution d'une décision d'enquête européenne et constituant l'objet de l'infraction peuvent s'opposer au transfert de ces biens vers l'État d'émission (article 22, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>).

Il appartient à l'autorité belge de communiquer sa décision relative au transfert des biens saisis, non seulement à la personne chez qui les biens ont été saisis, mais également aux tiers qui se seraient manifestés ainsi qu'à leurs avocats (article 22, § 2, alinéa 2). Sauf si cela nuit à la confidentialité de l'enquête, les tiers seront informés de la possibilité de s'opposer à ce transfert de pièces (article 22, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2).

L'opposition au transfert est formée par requête motivée par laquelle le tiers doit manifester un intérêt légitime à cette opposition. Cette requête est introduite auprès de la chambre du conseil du lieu où l'autorité belge qui a pris la décision de transfert exerce ses fonctions, dans les quinze jours de la notification de la décision de l'autorité belge d'exécution (article 22, § 3, alinéa 3). Le législateur a pris le soin de préciser que seule la chambre du conseil était compétente pour statuer sur les réclamations de tiers, à l'exclusion du juge des référés (article 22, § 3, alinéa 4).

Un recours contre la décision de la chambre du conseil est ouvert devant la chambre des mises en accusation (article 22, § 3, alinéa 5), sans possibilité de pourvoi en cassation (article 22, § 3, alinéa 6)<sup>149</sup>.

Si, auparavant, un recours en cassation était ouvert contre la décision rendue par la chambre des mises en accusation statuant sur la transmission de pièces saisies en exécution d'une commission rogatoire internationale<sup>150</sup>, le législateur belge a désormais également exclu cette possibilité, uniformisant ainsi les règles applicables en matière de transferts de biens saisis, que ce soit en application d'une décision d'enquête européenne ou d'une commission rogatoire internationale<sup>151</sup>.

## 3. Effet suspensif des recours formés

S'il paraîtrait logique que l'exercice d'une voie de recours par la partie concernée par la décision d'enquête européenne ou par un tiers ait

pour effet de suspendre le transfert des éléments de preuves faisant l'objet des saisies, l'autorité d'émission peut anticiper l'exercice de ces voies de recours et justifier, dans la décision d'enquête européenne, la nécessité d'un transfert immédiat en vue du bon déroulement de l'enquête ou de la préservation des droits individuels (article 21, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>).

Si les motifs indiqués sont jugés suffisants, et à condition que le transfert immédiat des éléments de preuve ne soit pas de nature à causer un préjudice grave et irréversible à la personne concernée, l'autorité belge pourrait décider, nonobstant l'exercice des voies de recours, de transférer les éléments saisis à l'autorité d'émission (article 21, § 2).

Là encore, on constate que la place des droits de la défense est restreinte, l'efficacité des recours formés s'avérant réduite si l'autorité d'exécution peut décider que, nonobstant ceux-ci, il y a lieu de transférer les biens à l'autorité d'émission. Sauf à considérer que, dans l'hypothèse où la saisie serait finalement levée par les autorités de l'État d'exécution, la personne concernée pourrait récupérer les biens dans l'État d'émission, ce qui paraît incertain...

## 6 Application territoriale de la décision d'enquête européenne

La plupart des États membres étant liés par la directive du 3 avril 2014, il sera possible dès que les mesures nationales de transposition *ad hoc* auront été adoptées, de leur envoyer une décision d'enquête européenne, ou de recevoir celles qu'ils auront émises en vue de les exécuter sur le territoire belge.

Rappelons toutefois que l'application de ce nouvel instrument ne sera pas possible dans les relations entre la Belgique et le Danemark, qui, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ne participent plus aux mesures adoptées dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice<sup>152</sup>, dont relève la coopération judiciaire en matière pénale, ou entre la Belgique et l'Irlande, qui n'a pas usé de sa faculté d'*opt-in* en vue de participer au système mis en place<sup>153</sup>. Les instruments fondés sur la coopération judiciaire classique continueront ainsi de gouverner la coopération judiciaire en matière pénale avec ces deux États.

En ce qui concerne le Royaume-Uni, celui-ci a utilisé sa faculté d'*opt-in* pour participer au mécanisme de la décision d'enquête européenne<sup>154</sup>. Ainsi, il devrait être possible de faire exécuter une mesure d'enquête au Royaume-Uni tout comme ce dernier pourra solliciter l'assistance des autres États membres, cet État ayant adopté les mesures nationales de transposition de la directive, lesquelles sont entrées en vigueur le 31 juillet 2017<sup>155</sup>.

Notons toutefois que la décision récemment prise par le Royaume-Uni de se retirer de l'Union européenne sera probablement de nature à remettre en cause ce qui précède. En effet, les traités cesseront d'être applicables au Royaume-Uni à la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, au plus tard, dans les deux ans de la notification de sa décision de retrait, soit le 29 mars 2019<sup>156</sup>. Dans la mesure où l'État qui se retire devient à nouveau un État tiers à l'Union<sup>157</sup>, ce seront donc les

(144) Bruxelles (mise acc.), 4 mai 2011, *T. Straffr.*, 2011, p. 357, note F. SCHUERMANS.

(145) Article 15, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 5 août 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne, *M.B.*, 7 septembre 2006.

(146) Article 22, § 2, de la loi.

(147) Article 14.3 de la directive.

(148) Voy. article 11, alinéa 4, de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, *M.B.*, 17 mars 1874, repris à l'article 6, § 5, de la loi du 9 décembre 2004 sur la transmission policière internationale de données à caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judi-

ciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, tel qu'inséré par l'article 218 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017.

(149) À ce sujet, voy. avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, pp. 135-136.

(150) Cass., 4 mai 2015, R.G. n° P.15.0332.N, *Pas.*, 2015, n° 292.

(151) Voy. article 6, § 5, de la loi du 9 décembre 2004 sur la transmission policière internationale de données à

caractère personnel et d'informations à finalité judiciaire, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale et modifiant l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, tel qu'inséré par l'art. 218 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017.

(152) Soit toutes les mesures adoptées sur la base du titre V, de la 3<sup>e</sup> partie du TFUE. Voy. articles 1<sup>er</sup> et 2 du Protocole n° 22 sur la position du Danemark, *J.O.*, C.326, 26 octobre 2012, p. 299.

(153) Voy. articles 1<sup>er</sup> et 2 du Proto-

cole n° 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité ou de justice, *J.O.*, C.326, 26 octobre 2012, p. 295.

(154) Considérant n° 43 de la directive du 3 avril 2014, concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

(155) Voy. [https://www.ejn-crimjst.europa.eu/ejn/EJN\\_Library\\_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=120](https://www.ejn-crimjst.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=120).

(156) Article 50, § 3, TUE.

(157) J. WEERTS, « L'évolution du droit de retrait de l'Union européenne et sa résonance sur l'intégration européenne », *C.D.E.*, 2012, pp. 345-407, spécialement pp. 397-398.

instruments fondés sur l'entraide judiciaire classique qui devraient gouverner à nouveau les relations avec cet État.

## 7 Relation avec la législation préexistante

En ce qui concerne l'exécution de mesures d'enquête, la législation relative à la décision d'enquête européenne est destinée à remplacer les dispositions correspondantes de la loi du 9 décembre 2004 portant notamment sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, à tout le moins dans les relations entre la Belgique et les États membres de l'Union européenne liés par la directive du 3 avril 2014 (article 3, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>).

Concernant la simple saisie d'éléments de preuve (préexistants), ce sont les dispositions correspondantes de la loi du 5 août 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne — soit la loi qui visait à assurer la mise en conformité du droit belge avec la décision-cadre du 22 juillet 2003 déjà évoquée<sup>158</sup> — qui sont destinées à être remplacées (article 3, § 2, alinéa 2)<sup>159</sup>.

Il est précisé qu'une décision d'enquête européenne peut être émise en vue de compléter une décision de saisie d'éléments de preuve prise en exécution de la loi du 5 août 2006 et reçue préalablement à l'entrée en vigueur de la loi du 22 mai 2017, ceci évitant le recours aux instruments internationaux de coopération judiciaire classique pour solliciter le transfert des éléments de preuve saisis<sup>160</sup>. Il en sera alors simplement fait mention dans la décision d'enquête, comme si celle-ci venait compléter une décision d'enquête antérieure<sup>161</sup> (article 41, § 3, de la loi).

Les lois du 9 décembre 2004 et 5 août 2006 ne sont pas pour autant abrogées, dans la mesure où elles continuent à s'appliquer, chacune pour ce qui les concerne, avec le Danemark et l'Irlande, soit les États membres non liés par la directive, ainsi qu'avec ceux qui ne l'auront pas transposée dans les délais<sup>162</sup>. La loi du 5 août 2006 continue par ailleurs de s'appliquer aux décisions prises par l'autorité étrangère en vue de saisir des biens et de permettre leur confiscation ultérieure<sup>163</sup>, tandis que celle du 9 décembre 2004 reste d'application pour tout ce qui ne concerne pas l'exécution des mesures d'enquête et la collecte de preuves, tel que l'échange et l'envoi de pièces judiciaires ou les équipes communes d'enquête<sup>164</sup>.

## 8 Conclusion

La révolution de la coopération judiciaire en matière pénale entre États membres de l'Union européenne paraît enclenchée. En tout cas, les États membres disposent aujourd'hui d'un instrument innovant, de nature à contribuer à l'amélioration et à la simplification de la collecte de preuves dans les procédures nationales transfrontières, sur le territoire d'un autre État membre de l'Union.

L'intérêt pratique de cet instrument est essentiel : les autorités judiciaires peuvent désormais envisager de récolter des preuves à l'extérieur de leurs frontières sur la base d'une procédure stricte, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle, au moyen d'un simple formu-

laire uniformisé à remplir, limitant les causes de refus d'exécution, imposant des délais précis de nature à accélérer la suite qui sera réservée à leur demande, et destinée à remplacer le système archaïque des commissions rogatoires internationales avec les difficultés que l'exécution de celles-ci pouvait causer. Les autorités judiciaires sont par ailleurs désormais confrontées à un cadre juridique unique, remplaçant la mosaïque des dispositions applicables antérieurement en la matière<sup>165</sup>.

Si la loi belge est relativement conforme aux dispositions de la directive européenne, il reste toutefois que la définition des autorités d'émission pourrait susciter quelques questions dans le cadre de l'exécution des décisions d'enquête émanant des autorités judiciaires belges, particulièrement lorsque la mesure d'enquête à exécuter concerne un devoir relevant de la compétence exclusive d'un juge d'instruction. Il est regrettable que le législateur ait profité de la transposition de la directive européenne pour formellement amorcer le glissement des compétences du juge d'instruction vers le ministère public, sans qu'un réel débat parlementaire n'ait eu lieu sur ces questions.

Afin de s'assurer de la conformité de la loi belge avec les dispositions européennes, nous suggérons toutefois que les autorités judiciaires adoptent une position prudente et confient le dossier à un magistrat instructeur, soit dans le cadre d'une mini-instruction si elle est possible en droit interne, soit dans le cadre d'une instruction, afin que celui-ci émette la décision d'enquête européenne envisagée.

Si le législateur européen n'a pas, dans ces conditions, imposé de motifs de refus, considérant que les autorités nationales d'émission étaient les mieux placées pour savoir si elles peuvent ou non solliciter l'exécution d'une mesure d'enquête dans une situation particulière, la recevabilité des éléments de preuve que la décision d'enquête aura permis de recueillir pourrait soulever quelques débats. L'article 29 de la loi peut toutefois être de nature à tempérer ceux-ci dans la mesure où l'exclusion des preuves recueillies à l'étranger n'est pas explicitement prévue dans l'hypothèse où serait constatée une atteinte aux règles touchant à l'organisation des cours et tribunaux, et particulièrement à la répartition des compétences, notamment entre ministère public et juge d'instruction<sup>166</sup>. Contrairement à l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, il subsiste toutefois une certaine marge de manœuvre pour les plaideurs dans la mesure où l'article 29 paraît laisser ouverte la possibilité d'invoquer d'autres hypothèses d'exclusion des preuves recueillies à l'étranger que celles qu'il vise expressément.

On peut à cet égard certainement regretter que la question de la recevabilité des éléments de preuve recueillis au moyen de la décision d'enquête européenne n'ait pas été réglée au plan européen, laissant le champ libre aux législations nationales et à la diversité des systèmes applicables en matière d'admissibilité des preuves irrégulièrement recueillies.

Les premières applications pratiques de ce nouvel instrument seront déterminantes pour apprécier comment les autorités belges se positionneront quant aux règles prescrites par la loi belge du 22 mai 2017 concernant l'émission et l'exécution de décisions d'enquête européenne.

Affaire à suivre donc...

Mona GIACOMETTI

Assistante et doctorante à l'U.C.L. (CRID&P)  
Avocat

(158) Projet de loi relatif à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre États membres de l'Union européenne, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2005-2006, n° 51-2106/001, p. 3.

(159) Article 3, § 2, alinéa 2, de la loi.

(160) Article 17 de la loi du 5 août 2006.

(161) Conformément à l'article 27, § 2, de la loi, destiné à s'appliquer *mutatis mutandis*. Article. 41, § 3, de la loi.

(162) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 4.

(163) La décision d'enquête européenne ne pouvant être émise qu'aux fins de saisie d'éléments de preuve.

(164) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2437/1, p. 11.

(165) Voy. Communiqué de presse suite à la 3.096<sup>e</sup> session du Conseil Justice et Affaires intérieures, Luxem-

bourg, 9 et 10 juin 2011, *Doc. Cons. U.E.*, 11008/11, p. 20.

(166) Voy. à ce sujet, Cass., 23 septembre 2015, R.G.

n° P.14.0238.F. et conclusions de l'av. gén. D. Vandermeersch. Voy. aussi M.-A. BEERNAERT, « Les princesses de l'hôtel Conrad et la loi Antigone », *J.L.M.B.*, 2016, p. 762.