

Doctrine

La décision d'enquête européenne : un nouvel instrument destiné à révolutionner la récolte des preuves au sein de l'UE ?

Introduction

La coopération judiciaire en matière pénale, entre États membres de l'Union européenne, est destinée à connaître un tournant dans les mois à venir, avec l'entrée en vigueur d'un nouvel instrument : la décision d'enquête européenne. C'est le 3 avril 2014 que l'Union européenne a adopté une directive définissant les contours de ce nouvel instrument, en vue de faciliter les enquêtes pénales transfrontières et particulièrement l'obtention de preuves sur le territoire d'autres États membres de l'Union européenne¹.

Conformément à l'article 1.1. de la directive, « la décision d'enquête européenne est une décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un État membre – l'État d'émission – afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre – l'État d'exécution – en vue d'obtenir des preuves conformément à la présente directive ». L'État membre d'émission, soit « l'État membre dans lequel la décision d'enquête européenne est émise »², transmettra celle-ci à l'État membre d'exécution, soit « l'État membre qui exécute la décision d'enquête européenne, dans lequel la mesure d'enquête doit être réalisée »³.

L'obtention des preuves au sein de l'Union européenne nécessitait la mise en place d'une nouvelle approche, le système actuel étant fragmentaire, complexe, et soit peu utilisé, soit inefficace pour répondre aux préoccupations des autorités judiciaires en la matière.

Actuellement, les États membres recourent en effet essentiellement au système de l'entraide judiciaire classique, organisé par la Convention d'entraide judiciaire du 29 mai 2000⁴. Cependant, l'exécution des commissions rogatoires internationales s'avère parfois fort aléatoire, certains allant même jusqu'à considérer que « déli-

1 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.*, n° L. 130 du 1^{er} mai 2014, p. 1 (ci-après directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne).

2 Art. 2, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

3 Art. 2, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

4 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 (ci-après convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000).

vrer une commission rogatoire internationale, c'est un peu comme jeter une bouteille à la mer »⁵. Les délais d'exécution des mesures d'enquête sollicitées sont par ailleurs tout à fait inadaptés au cours des enquêtes pénales et rallongent exagérément la durée de celles-ci.

Avant d'adopter la directive du 3 avril 2014, le législateur européen avait déjà réfléchi à un système visant à remplacer ce processus archaïque fondé sur l'entraide judiciaire classique. Ces initiatives furent toutefois des échecs.

Ainsi, une décision-cadre relative à l'exécution, dans l'Union européenne, des décisions de gel des biens ou des éléments de preuve fut adoptée le 22 juillet 2003⁶. Celle-ci ne concerne toutefois pas la récolte des preuves en tant que telle mais vise à empêcher toute opération de destruction, de transformation, de déplacement, de transfert ou d'aliénation d'éléments de preuves. Elle induit ainsi 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 immédiate dans l'État d'exécution, suivie d'un recours à l'entraide judiciaire classique afin que les éléments de preuves « gelés » puissent être transférés vers l'État membre d'émission⁷. Évidemment, cette double procédure nuit considérablement à l'efficacité de la décision-cadre, qui, bien que transposée dans presque tous les États membres⁸, n'est quasiment pas utilisée, les autorités préférant recourir directement à la coopération judiciaire classique, même plus lourde et plus lente, car elle présente l'avantage d'éviter cette double démarche imposée par la décision-cadre.

Par ailleurs, en 2008, forte du succès qu'avait connu le mandat d'arrêt européen, l'Union s'est dotée d'un mandat européen d'obtention de preuves⁹, et ce après plus de cinq années de négociations¹⁰. Cet instrument devait permettre aux États membres de recueillir des objets, documents et données sur le territoire d'autres

5 SPF Justice, *Présidence belge du Conseil de l'Union européenne 2010, Bilan des activités du SPF Justice*, p. 18, disponible sur http://justice.belgium.be/fr/publications/belgisch_voorzitterschap_eu2010.jsp, consulté le 14 juin 2016.

6 Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, *J.O.*, L.196 du 2 août 2003, p. 45 (ci-après décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution de décisions de gels de biens ou d'éléments de preuve).

7 Voy. considérant n° 3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

8 Voy. les informations disponibles à ce sujet sur le site du Réseau judiciaire européen : www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=24, consulté le 27 mai 2016.

9 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 du 30 décembre 2008, p. 72 (ci-après décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves).

10 La proposition de décision-cadre a en effet été déposée par la Commission européenne le 14 novembre 2003 (voy. Proposition de décision-cadre du Conseil relative au mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, COM (2003) 688 final, du 14 novembre 2003). La décision-cadre ne fut par contre adoptée que le 18 décembre 2008.

États membres, en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales. La décision-cadre relative au mandat européen d'obtention des preuves fut toutefois un second échec : elle n'a été transposée¹¹ que dans quelques États¹² et n'a pratiquement jamais été utilisée¹³. Un tel mandat ne peut en effet être émis qu'aux fins d'obtenir des éléments de preuve qui existent déjà. Cela signifie que l'État membre d'émission peut uniquement solliciter l'obtention de preuves préexistantes, dont il sait qu'elles se trouvent sur le territoire de l'État membre d'exécution, alors qu'il lui appartient de décrire en détail les preuves recherchées via le mandat émis¹⁴, ce qui n'est pas forcément chose aisée. Par ailleurs, sont exclues du champ d'application de la décision-cadre de nombreuses mesures d'instruction, telles que les demandes visant à conduire des interrogatoires, à recueillir des déclarations de témoins, de suspects, d'experts ou d'autres parties¹⁵, ... En outre, si à l'occasion de l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves, le juge souhaite qu'il soit procédé à des mesures d'enquête, il doit nécessairement utiliser la voie de la commission rogatoire internationale¹⁶. C'est donc la portée (très) limitée du mandat européen d'obtention de preuves, ainsi que l'option laissée aux autorités judiciaires nationales de continuer à recourir aux procédures d'entraide judiciaire classique, qui, sans nul doute, se trouvent être à l'origine de l'échec de cet instrument¹⁷.

Face à ce constat et à la nécessité d'un système efficace en vue de permettre la récolte rapide des preuves sur le territoire d'autres États membres de l'Union, sept États membres¹⁸, dont la Belgique, se fondant sur le pouvoir d'initiative que leur confère l'article 76 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁹, ont déposé une proposition de directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale²⁰. Celle-ci est destinée à remplacer, entre les États membres de

11 Cette transposition devait intervenir le 19 janvier 2011 au plus tard.

12 www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_StatusOfImpByCat.aspx?CategoryId=40, consulté le 15 mai 2016

13 M. MARTY, « Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne – Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne ? », *Jurisdoctoria*, 2011, pp. 105-128, spéc. p. 114.

14 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, du 23 juin 2010, p. 13.

15 Art. 4, § 2, de la décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

16 D. FLORE, *Droit pénal européen*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 560.

17 Voy. considérant n° 4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

18 Soit la Belgique, la Bulgarie, l'Estonie, l'Espagne, l'Autriche, la Slovaquie et la Suède.

19 Lequel prévoit que les actes visés aux chapitres 4 et 5 du T.F.U.E, soit ceux relatifs à la coopération judiciaire en matière pénale et à la coopération policière, sont adoptés soit sur proposition de la Commission, soit sur initiative d'un quart des États membres, c'est-à-dire 7 États sur les 27 que comptait l'Union européenne au moment du dépôt de la proposition de directive concernant la décision d'enquête européenne.

20 Voy. 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, du 21 mai 2010. Notons que le choix de l'instrument – la directive – a fait l'objet de discussions dans la mesure où celle-ci doit être transposée dans le droit interne des États membres, certains ayant préféré qu'un règle-

l'Union européenne liés par la directive²¹, le système de l'entraide judiciaire classique entre les États membres de l'Union européenne²², ainsi que la décision-cadre concernant le mandat européen d'obtention des preuves²³ et les dispositions correspondantes de la décision-cadre du 22 juillet 2003 concernant le gel d'éléments de preuves²⁴.

Après les négociations de cet instrument initiées sous la Présidence Belge du Conseil en juillet 2010, l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres étant l'un de ses axes prioritaires²⁵, la directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale fut finalement adoptée le 3 avril 2014. Le délai de transposition de cette directive a été fixé au 22 mai 2017²⁶.

I La coopération judiciaire entre les États membres de l'Union au travers de la décision d'enquête européenne : principales caractéristiques

La décision d'enquête européenne devrait sans nul doute faciliter la tâche des autorités judiciaires souhaitant recueillir des preuves localisées sur le territoire

- ment soit adopté, lequel aurait contenu des normes directement applicables. Voy. Doc. Cons. U.E., n° 9288/10, du 21 mai 2010 ; voy. aussi Doc. Cons. U.E., n° 13446/10, du 10 septembre 2010, p. 3.
- 21 La directive ne remplace les instruments de coopération judiciaire que dans le cadre de leur application entre les États membres liés par la directive, ceux-ci continuant à s'appliquer dans les relations avec les États tiers, ou avec les États membres non liés par la directive (voy. *infra*). Les dispositions de ces instruments qui ne sont pas relatives à l'exécution de mesures d'enquête s'appliquent par ailleurs encore pleinement. Voy. D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 558-559.
- 22 Soit précisément, si elles sont relatives à l'exécution de mesures d'enquête ou à l'obtention de preuves, les dispositions correspondantes de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du Conseil de l'Europe du 20 avril 1959, ainsi que des deux protocoles additionnels à celle-ci et des accords bilatéraux conclus en application de l'article 26 de ladite convention, de la convention d'application de l'accord de Schengen, ainsi que de la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000, et son protocole. Voy. Art. 34, § 1^{er}, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Ces conventions contiennent, en effet, des règles allant au-delà de l'obtention de preuves, ou des règles relatives à des mesures qui, à titre exceptionnel, n'entrent pas dans le champ d'application de la directive, de sorte qu'il faut maintenir ces autres dispositions des instruments d'entraide judiciaire classique.
- 23 Notons que ladite décision cadre a été abrogée par le 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.*, n° L.26 du 2 février 2016, p. 9.
- 24 Art. 34, § 2, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. La décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 continue toutefois à s'appliquer concernant le gel de biens aux fins de confiscation. La difficulté de faire la distinction entre mesures provisoires aux fins d'obtention de preuves (qui entrent dans le champ d'application de la directive du 3 avril 2014) et aux fins de confiscation (qui en sont exclues) a été relevée par le législateur européen au considérant n° 34 de la directive, l'objectif de la mesure provisoire pouvant par ailleurs changer en cours de procédure. Le législateur européen souligne qu'en définitive, la question de savoir si un élément doit être utilisé comme preuve, et donc faire l'objet d'une décision d'enquête européenne, est laissée à l'appréciation de l'autorité d'émission.
- 25 Voy. SPF Justice, *Présidence belge du Conseil de l'Union européenne 2010, Bilan des activités du SPF Justice*, pp. 17 et ss., disponible sur http://justice.belgium.be/fr/publications/belgisch_voorzitterschap_eu2010.jsp, consulté le 14 juin 2016.
- 26 Art. 36, § 1^{er}, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne.

d'autres États membres de l'Union européenne. Jusqu'alors, elles devaient composer avec un système fragmenté et complexe²⁷. Désormais, la décision d'enquête couvrira la totalité du champ de l'obtention de la preuve, de sorte que le nouveau système remplacera intégralement l'entraide judiciaire classique²⁸.

Les États membres à l'origine de la directive ont entendu conférer à la décision d'enquête européenne une portée horizontale, en ce qu'elle doit pouvoir s'appliquer à toutes les mesures d'enquête visant à recueillir des preuves²⁹. La particularité de la décision d'enquête européenne est qu'elle met l'accent sur la mesure d'enquête à exécuter, par l'État membre d'exécution, et non plus sur la preuve à recueillir³⁰. Il appartiendra ainsi à l'autorité d'émission de préciser, dans la décision d'enquête, quelle mesure d'enquête elle sollicite, étant la mieux placée pour déterminer celle-ci en fonction de sa connaissance des éléments de l'enquête concernée³¹, sous réserve toutefois de la possibilité pour l'autorité d'exécution de recourir à une autre mesure d'enquête que celle sollicitée³². À cet égard, les États ont retenu l'échec du mandat européen d'obtention de preuves qui était quant à lui basé sur le type de preuves à recueillir, sous-entendu les preuves préexistantes, alors que l'autorité d'émission d'un tel mandat devait être en mesure de décrire en détail les preuves recherchées via le mandat émis³³. On peut imaginer que cela nuisait considérablement à l'efficacité d'un tel mandat.

Par ailleurs, la décision d'enquête européenne est fondée sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires³⁴, tout comme l'est, notamment, le mandat d'arrêt européen³⁵. Ce principe suppose qu'une décision judiciaire rendue dans un État membre, conformément aux règles qui y sont en vigueur, soit exécutée sans autre formalité dans tout autre État membre, comme s'il s'agissait d'une décision judiciaire de celui-ci³⁶. Il revient en réalité à conférer à la décision d'enquête une portée extraterritoriale, l'autorité d'émission pouvant faire exécu-

27 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, Exposé des motifs, Doc. Cons. U.E., n° 9288/10, add. 1, du 3 juin 2010, p. 2.

28 C. BRIÈGE et S. DE BIOLLEY, « Chronique de droit pénal européen », *J.D.E.*, 2014, pp. 215-224, spéc. p. 219. Contrairement à ce qui était prévu avec le mandat européen d'obtention de preuves (voy. *supra*).

29 Considérant n° 8 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

30 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, du 3 juin 2010, p. 3.

31 Considérant n° 10 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

32 Voy. *infra*.

33 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, du 23 juin 2010, p. 13.

34 D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 557.

35 Considérant n° 6 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *J.O.*, n° L. 190 du 18 juillet 2002, p. 1.

36 D. FLORE, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université libre de Bruxelles, 2001, pp. 65-77.

ter la mesure d'enquête qu'elle juge nécessaire sur le territoire d'un autre État membre, de façon simplifiée³⁷.

La décision d'enquête européenne présente ainsi les caractéristiques typiques des instruments fondés sur ledit principe : une décision à la place d'une demande d'assistance, des contacts directs entre autorités judiciaires, un formulaire-type à disposition des autorités judiciaires pour émettre une décision d'enquête européenne, la suppression du contrôle du respect de la double incrimination (à tout le moins, partiellement) ainsi que des motifs de refus d'exécution limités³⁸. La directive a également prévu des délais stricts pour l'exécution concrète de la mesure d'enquête sollicitée par l'État membre d'émission, celle-ci devant être exécutée avec la même célérité et priorité que dans le cadre d'une procédure nationale³⁹.

Le législateur européen a toutefois également retenu la souplesse du système de l'entraide judiciaire classique⁴⁰, et principalement le fait qu'une décision d'enquête pourra être émise pour l'exécution de tout type de mesure d'enquête⁴¹ (à l'exclusion de la création d'une équipe commune d'enquête⁴²) et l'obtention de tout type de preuve⁴³, pourvu que la demande soit conforme aux prescrits de la directive, et notamment aux dispositions spécifiques qu'elle prévoit pour certaines mesures d'enquête. La décision d'enquête européenne se présente ainsi comme étant un outil global, destiné à répondre à l'ensemble des besoins des autorités judiciaires en matière d'exécution de mesures d'enquête⁴⁴.

Soulignons que la décision d'enquête européenne peut constituer une alternative intéressante à l'émission d'un mandat d'arrêt européen. Le législateur européen a d'ailleurs pris le soin de préciser qu'avant de délivrer un tel mandat, et dans un objectif de proportionnalité, l'autorité d'émission devrait examiner si le but qu'elle poursuit ne pourrait pas être atteint par l'émission d'une décision d'en-

37 M. MARTY, « Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne – Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, spéc. p. 114.

38 Opinion de la Commission sur l'initiative en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1067_en.htm, consulté le 14 juin 2016. Voy. aussi Communiqué de presse de la Commission, 24 août 2010, IP/10/1067.

39 Considérant n° 21 de la directive du 3 avril 2014, concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

40 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, du 23 juin 2010, p. 24.

41 Le fait que l'accent soit mis sur la mesure d'enquête à exécuter et pas sur la preuve à obtenir est une caractéristique du système de l'entraide judiciaire classique que les États membres ont fait choix de conserver. Voy. 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, du 3 juin 2010, p. 3.

42 Qui reste régie, sous une exception près, par la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000 et la décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête (*J.O.*, n° L. 162 du 20 juin 2002, p. 1).

43 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, du 3 juin 2010, p. 2.

44 D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, pp. 559-560.

quête européenne, particulièrement si le seul objectif est d'entendre une personne poursuivie dans une procédure pénale. Dans ce cas, en effet, une décision d'enquête européenne peut être émise aux fins de mener une audition par vidéoconférence, sur le territoire de l'État membre où se trouve cette personne⁴⁵.

II Géométrie variable de l'espace pénal européen : conséquences sur l'application territoriale de la décision d'enquête européenne

Il nous paraît nécessaire de rappeler la position particulière de l'Irlande et du Royaume-Uni d'une part, et du Danemark d'autre part, concernant les instruments adoptés dans le cadre de l'espace pénal européen, dont la coopération judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union⁴⁶. En effet, ces États ne participent plus, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, à l'adoption de mesures relevant de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁴⁷.

En ce qui concerne spécifiquement l'Irlande et le Royaume-Uni, il leur a été reconnu la faculté de notifier au Conseil de l'Union européenne, lorsqu'une proposition ou une initiative est déposée dans ce domaine, leur souhait de participer à l'adoption et à l'application de la mesure proposée, et ce dans un délai de trois mois à compter de la présentation de la proposition⁴⁸. Ces États peuvent alors participer à la négociation de la mesure proposée⁴⁹ et celle-ci leur sera pleinement applicable⁵⁰.

Faisant usage de la possibilité qui vient d'être explicitée, le Royaume-Uni avait expressément notifié, peu après le dépôt de la proposition de directive, son intention de participer à l'instrument qu'est la décision d'enquête européenne⁵¹. Les autorités du Royaume-Uni auraient donc pu utiliser cet instrument et, réciproquement, les autorités judiciaires des autres États membres auraient pu également leur adresser des demandes de coopération via une telle décision. Les résultats du référendum réalisé auprès de la population britannique au mois de juin 2016 sont

45 Considérant n° 26 de la directive du 3 avril 2014, concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

46 Art. 82 et ss., T.F.U.E.

47 Soit toutes les mesures adoptées sur la base du titre V, de la 3^e partie du T.F.U.E. Voy. art. 1^{er} et 2 du Protocole 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.*, n° C. 326 du 26 octobre 2012, p. 295 ; art. 1^{er} et 2 du protocole n° 22 sur la position du Danemark, *J.O.*, n° C. 326 du 26 octobre 2012, p. 299.

48 Art. 3.1, al. 1^{er}, du protocole 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.*, n° C. 326 du 26 octobre 2012, p. 295.

49 Notons toutefois que s'il y a un blocage des négociations suite à la participation du Royaume-Uni ou de l'Irlande, le Conseil peut, après un délai raisonnable, adopter la mesure sans la participation du Royaume-Uni ou de l'Irlande, à qui ne s'appliquera alors pas ladite mesure. Voy. Art. 3.2 du protocole 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.*, n° C. 326 du 26 octobre 2012, p. 295.

50 D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 71.

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

toutefois de nature à modifier ces perspectives, le souhait ayant été exprimé que le Royaume-Uni se retire de l'Union européenne. Conformément à l'article 50 du Traité sur l'Union européenne, les traités devraient ainsi cesser d'être applicables au Royaume-Uni dès la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait négocié avec le Conseil de l'Union européenne ou, au plus tard, deux ans après la notification au Conseil européen de son intention de se retirer de l'Union européenne⁵². Dans la mesure où l'État qui se retire devient à nouveau un État tiers à l'Union⁵³, les instruments juridiques adoptés sur la base des dispositions du traité cesseront en principe de s'y appliquer.

L'Irlande n'ayant pas fait usage de la possibilité d'exprimer sa volonté de participer à la directive concernant la décision d'enquête, et le Danemark ne disposant pas de cette faculté, ces deux États ne sont ni liés par celle-ci, ni soumis à son application⁵⁴.

III Le champ d'application procédural de la décision d'enquête européenne

L'émission d'une décision d'enquête européenne aux fins de récolter des preuves sur le territoire d'un autre État membre peut intervenir, non seulement dans le cadre des procédures pénales, mais également dans d'autres types de procédures pour autant que la décision qui sera finalement prise puisse faire l'objet d'un recours devant une juridiction compétente, notamment, en matière pénale⁵⁵.

A Procédures pénales – en cours ou à engager

Les procédures pénales seront sans nul doute le terrain d'action privilégié pour l'émission d'une décision d'enquête européenne, l'intitulé de la directive du 3 avril 2014 précisant d'ailleurs expressément qu'elle concerne la décision d'enquête européenne *en matière pénale*.

Il n'est toutefois pas nécessaire que la procédure pénale soit déjà engagée par l'autorité de l'État d'émission pour donner lieu à une décision d'enquête européenne. L'article 4 de la directive précise en effet qu'une telle décision peut être émise aux fins d'une procédure pénale *à engager* par les autorités judiciaires⁵⁶. On

52 Laquelle notification n'a, au jour où nous écrivons ces lignes, pas encore été réalisée.

53 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, spéc. pp. 397-398.

54 Considérant n^{os} 44-45 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

55 Art. 4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

56 Art. 4, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

peut ainsi très bien imaginer que les preuves recueillies suite à l'exécution de la mesure d'enquête sollicitée au travers de la décision d'enquête européenne constituent le fondement pouvant donner lieu à l'ouverture de poursuites dans l'État membre d'émission.

Le législateur européen a par ailleurs pris le soin de préciser 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 entendue⁵⁷ ou encore de la réalisation d'une audition par vidéoconférence⁵⁸.

B Procédures administratives et autres

La directive, en son article 4, permet également l'émission d'une décision d'enquête européenne dans le cadre de procédures de nature administrative ou d'autres procédures engagées par des autorités judiciaires, à condition que la décision qui serait rendue puisse donner lieu à un recours devant une juridiction compétente, notamment, en matière pénale⁵⁹. Il pourrait ainsi s'agir d'une procédure à l'issue de laquelle une sanction serait imposée par un procureur, qui peut mener à une procédure pénale si la personne s'oppose à ladite sanction⁶⁰.

Les faits qui justifieraient le recours à ces procédures ne doivent en outre pas nécessairement consister en une infraction pénale, le législateur européen se limitant à parler de faits punissables « au titre d'infractions aux règles de droit » de l'État d'émission⁶¹.

Contrairement aux procédures pénales, la procédure – administrative ou autre – dans le cadre de laquelle interviendrait une décision d'enquête européenne doit nécessairement être engagée, le législateur européen n'ayant pas explicitement visé les procédures « à engager » comme il l'a fait pour les procédures pénales⁶².

57 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. Voy. considérant n° 25 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

58 Considérant n° 25 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

59 Art. 4, b) et c), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Voy. aussi D. FLORE, *Droit pénal européen*, op. cit., p. 558.

60 L. BACHMAIER, « Transnational Evidence – Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters », *Eurcrim.*, 2015, pp. 47-60, spéc. p. 48.

61 Art. 4, b) et c), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

62 Voy. l'art. 4, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

Soulignons que, si la procédure dans le cadre de laquelle la décision d'enquête intervient peut être d'une autre nature que pénale, l'autorité d'émission doit quant à elle nécessairement répondre aux conditions de l'article 2, c), de la directive, qui désigne des autorités compétentes dans le cadre de poursuites pénales uniquement⁶³. Ainsi, si les poursuites peuvent donc être engagées par une autorité administrative ou une autre autorité judiciaire, seule une autorité de nature pénale est compétente pour délivrer une décision d'enquête européenne.

Le législateur européen a par ailleurs prévu une garantie supplémentaire pour l'État d'exécution en ce qu'il pourrait refuser d'exécuter la décision d'enquête européenne émise dans le cadre d'une procédure non pénale, si la mesure d'enquête sollicitée n'est pas autorisée par son droit dans le cadre d'une procédure nationale similaire⁶⁴.

IV Le champ d'application personnel de la décision d'enquête européenne

Le législateur européen a cru nécessaire de préciser qu'une décision d'enquête européenne peut être émise dans le cadre d'une procédure portant sur des faits ou infractions pouvant engager la responsabilité d'une personne morale ou entraîner une peine à son encontre dans l'État d'émission⁶⁵.

Ainsi, même si l'État d'exécution ne connaît pas de mécanisme permettant d'attribuer une responsabilité – pénale ou autre – à une personne morale, l'exécution d'une décision d'enquête européenne émise dans le cadre d'une procédure dirigée à l'encontre d'une personne morale dans l'État d'émission doit rester possible⁶⁶.

V Les mesures d'enquête dont l'exécution peut être sollicitée via la décision d'enquête européenne

La décision d'enquête européenne couvre toute mesure d'enquête que l'autorité d'émission souhaiterait voir accomplie sur le territoire de l'État d'exécution⁶⁷. Le

63 Voy. *infra*.

64 Art. 11.1, c), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

65 Art. 4, d), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Pour plus d'informations sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales au sein des différents États membres de l'UE, voy. X, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe*, Bruxelles, la Charte, 2008.

66 Certains États membres ne connaissent pas de mécanisme de responsabilité pénale des personnes morales, dont notamment l'Allemagne, la Grèce, et la Suède. Voy. G. VERMEULEN, W. DE BONDT, et C. RYCKMAN, *Liability of legal persons for offences in the EU*, Anvers, Maklu, 2012, pp. 31 et ss.

67 Art. 3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

législateur européen envisageait le système le plus flexible possible, sur le mode de l'entraide judiciaire classique, sans se limiter à un catalogue exhaustif de mesures d'enquête qu'il serait possible de solliciter via une décision d'enquête européenne, de sorte que le texte final ne prévoit pas de définition, au regret de certains⁶⁸, des mesures d'enquête pouvant être sollicitées via le nouvel instrument⁶⁹.

Il est également prévu que la décision puisse avoir pour objet la simple obtention de preuves qui seraient déjà en possession de l'autorité d'exécution⁷⁰, ce que permettait déjà le mandat européen d'obtention de preuves que la directive vise justement à remplacer⁷¹.

La seule mesure qui fait exception à l'utilisation de la décision d'enquête européenne est la création d'une équipe commune d'enquête, ainsi que l'obtention des preuves que ladite équipe aurait permis recueillir⁷². Une telle équipe suppose de rassembler des enquêteurs issus de deux ou de plusieurs États membres, pour effectuer un enquête pénale sur le territoire d'un ou de plusieurs États membres qui créent l'équipe, avec pour objectif de maximiser l'efficacité des enquêtes dans chaque État concerné⁷³.

Ces équipes communes d'enquête font l'objet d'une réglementation spécifique à l'article 13 de la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne⁷⁴, ainsi que dans la décision-cadre du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête^{75, 76}, qui

68 Voy., à cet égard, M. MARTY, « Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne – Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, spéc. pp. 118-119 ; A. MANGIARACINA, « A New and Controversial Scenario in the Gatering 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. 120.

69 D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 557.

70 Considérant n° 7 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

71 Voy. *supra*.

72 Art. 3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

73 D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 514.

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

75 Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, *J.O.*, n° L. 162 du 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 dans tous les États membres (art. 5 de la décision-cadre 2002/465/JAI). Notons néanmoins que la Croatie, la Grèce, l'Irlande et l'Italie n'ont pas ratifié ladite convention. Voy. le site web du réseau judiciaire européen, www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_Library_RatificationsByCou.aspx (consulté le 27 mai 2016).

76 L'adoption de la décision-cadre du 13 juin 2002, qui reprend précisément le texte de l'article 13 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale, était justifiée par le fait qu'il y avait lieu de permettre, sans délai, la création d'équipes communes d'enquête, afin de lutter aussi efficacement que possible contre la criminalité transnationale, sans attendre que chaque État membre ait ratifié la Convention relative à l'entraide judiciaire. Il y avait ainsi lieu d'adopter un instrument spécifique, juridiquement contraignant, relatif aux équipes communes d'enquête. Voy. Considérants n°s 3, 5 et 6 de la décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, *J.O.*, n° L. 162 du 20 juin 2002, p. 1.

continuent donc à s'appliquer à la mise en place de cette forme particulière de coopération⁷⁷. Cette réglementation spécifique aux équipes communes d'enquête étant plus favorable à la collecte des preuves qui s'échangent tout à fait librement entre les membres de l'équipe, on peut comprendre que le législateur européen ait prévu d'exclure ces équipes du cadre – plus strict à cet égard – de la décision d'enquête européenne⁷⁸. Notons toutefois que, si 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 pourra être adressée par les autorités de l'État d'intervention en utilisant la décision d'enquête européenne⁷⁹.

Un considérant qui précède le texte de la directive concernant la décision d'enquête européenne précise en outre que celle-ci ne devrait pas s'appliquer à l'observation transfrontalière, visée dans la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985⁸⁰. L'article 40 de la Convention permet en effet aux agents d'une partie contractante qui observent dans leur pays une personne soupçonnée d'avoir commis un fait susceptible d'extradition de continuer ladite observation sur le territoire d'une autre partie contractante⁸¹, et même, sous certaines conditions, en cas d'urgence, sans autorisation préalable⁸². Une autorisation devra toutefois, dans les deux cas, être sollicitée soit préalablement, soit *a posteriori*, sous la forme d'une demande d'entraide judiciaire, selon le texte de l'article 40 de la Convention. On aurait toutefois pu imaginer que la demande d'autorisation prenne la forme d'une décision d'enquête européenne. Celle-ci reste néanmoins théoriquement possible (sous réserve de ce que les États auront prévu dans leurs mesures nationales de transposition), dans la mesure où l'exclusion des observations transfrontalières n'a pas été reprise dans le texte même de la directive⁸³,

77 Considérant n° 8 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

78 D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 558.

79 L'art. 3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale permet en effet l'usage d'une décision d'enquête européenne aux fins de l'application de l'art. 13, § 8, de la Convention d'entraide judiciaire en matière pénale et de l'art. 1^{er}, § 8, de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, ces deux dispositions précisant que « *Lorsque l'équipe commune d'enquête a besoin de l'aide d'un État membre autre que ceux qui l'ont créé, ou d'un État tiers, la demande d'entraide peut être adressée par les autorités compétentes de l'État d'intervention à leurs homologues de l'autre État concerné, conformément aux instruments et arrangements pertinents* ».

80 Considérant n° 9 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Ledit considérant était plus catégorique dans la proposition initiale puisqu'il était indiqué que la directive *ne s'applique pas* auxdites observations transfrontalières (usage du présent et non du conditionnel). Voy. considérant n° 9 de l'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, du 21 mai 2010.

81 Art. 40.1 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *J.O.*, n° L. 239 du 22 septembre 2000, p. 19 (ci-après Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985).

82 Art. 40.2 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985.

83 Ce qui avait pourtant été explicitement suggéré lors des travaux préparatoires au sein des instances de l'Union. Voy. Doc. Cons. U.E., n° 9288/10, du 21 mai 2010 ; voy. aussi Doc. Cons. U.E., n° 13446/10, du 10 septembre 2010, p. 5. *Contra* W. BRUGGEMAN, « Optimalisatie federale poli-

et que les considérants n'ont pas une valeur juridique obligatoire pour les États membres⁸⁴.

La directive contient par ailleurs des dispositions particulières lorsque la décision d'enquête européenne vise l'exécution de certaines mesures d'enquête, telles qu'une audition par vidéoconférence, par téléconférence, ou encore lorsque la mesure d'enquête sollicitée suppose le transfert d'une personne détenue vers l'État d'émission ou d'exécution⁸⁵. 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 classique⁸⁶. On y retrouve également l'interception de télécommunications dont les télécommunications satellites et avec transmission immédiate à l'État 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'enquête⁸⁷, avant de les y intégrer en prévoyant toutefois des règles particulières⁸⁸.

VI L'émission d'une décision d'enquête européenne

L'émission d'une décision d'enquête européenne suppose le respect de plusieurs conditions, tandis que la directive contient aussi une définition de l'autorité d'émission, seule compétente pour solliciter l'exécution de mesures d'enquête sur le territoire d'un autre État membre au moyen d'une décision d'enquête. Celle-ci doit, en outre, respecter certaines formes ainsi que des règles en termes de contenu de la décision d'enquête.

A L'autorité d'émission compétente

L'autorité interne compétente pour émettre une décision d'enquête européenne, que l'on nommera « autorité d'émission »⁸⁹, peut être un juge, une juridiction, un juge d'instruction, ou un procureur, compétent(e) dans le cadre de l'affaire au cours de laquelle apparaît la nécessité de recueillir des preuves sur le terri-

tie – Visie 2015 – Het Europees onderzoekbevel (EOB) », *Panopticon*, 2014, pp. 353-355, spéc. pp. 354-355.

84 Les considérants permettent de comprendre les éléments qui ont fait partie des discussions au niveau des instances européennes. Seul le dispositif d'une directive, qui suit les considérants, contient toutefois des dispositions obligatoires pour les États membres. Voy. D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 92.

85 Voy. *infra*.

86 D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 558.

87 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, du 3 juin 2010, pp. 5-6.

88 Art. 30 et 31 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

89 Art. 2, c), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.



toire d'un autre État membre⁹⁰. Il s'agit ainsi de l'autorité qui est concrètement en charge de ladite affaire⁹¹.

Le législateur européen laisse en outre une certaine marge d'appréciation aux États membres quant à la définition d'autres autorités compétentes pour émettre une telle décision : il peut, en effet, s'agir de toute autre autorité qui, dans le cas d'espèce, agit en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre des procédures pénales, et est compétente pour ordonner l'obtention de preuves conformément au droit national⁹². Un État membre pourrait ainsi désigner une autorité de police en tant qu'autorité d'émission, à condition que cette autorité soit compétente pour ordonner la mesure d'instruction correspondante au niveau national⁹³. Le système paraît ainsi adapté aux spécificités des États de tradition anglosaxonne, où l'enquête peut parfois être réalisée exclusivement par la police⁹⁴.

Alors que les États membres à l'initiative de la directive souhaitent simplifier la procédure lorsque l'autorité d'émission est différente d'un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur⁹⁵, un compromis a dû être trouvé, notamment dans la mesure où ces autres autorités, telles que les autorités policières, pourraient ne pas être, aux yeux de certains, suffisamment objectives, indépendantes et qualifiées légalement pour décider s'il y a lieu de solliciter l'exécution d'une mesure d'enquête sur le territoire d'un autre État membre⁹⁶. Ainsi, il a été prévu que la décision d'enquête émise par une autorité non judiciaire doit être validée par un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur de l'État d'émission⁹⁷. Le législateur européen a par ailleurs veillé à préciser la nature du contrôle opéré par l'autorité judiciaire, lequel doit porter sur la conformité de la décision d'enquête aux conditions d'émission de celle-ci, particulièrement les

90 Art. 2, c), i), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

91 D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 643.

92 Art. 2, c), ii), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

93 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, du 3 juin 2010, p. 4.

94 *Contra* M. MARTY, « Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne – Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, spéc. pp. 119-120.

95 En prévoyant seulement la possibilité pour les États membres de désigner d'autres autorités – judiciaires – compétentes pour émettre une décision d'enquête européenne, sans autre formalité. Voy. 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, du 3 juin 2010, p. 4.

96 A. MANGIARACINA, « A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level : The Proposal for a Directive on the European Investigation Order », *op. cit.*, spéc. p. 123.

97 Art. 2, c), ii), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

conditions de nécessité et de proportionnalité⁹⁸, ainsi que la disponibilité de la mesure d'enquête selon le droit national de l'État d'exécution⁹⁹.

Cette étape supplémentaire visant à faire valider la décision d'enquête européenne ne manque pas de rappeler ce qui existait déjà dans la décision-cadre sur le mandat européen d'obtention de preuves, à savoir la possibilité pour l'État d'exécution de demander à ce que, dans l'hypothèse où l'autorité d'émission n'est pas un juge, une juridiction, un magistrat instructeur ou un procureur, alors que le droit national de l'État d'exécution imposerait, dans une procédure nationale similaire, que les mesures nécessaires à l'exécution du mandat soient ordonnées par une telle autorité, de solliciter la validation dudit mandat¹⁰⁰.

Ce processus de validation assure que la décision d'enquête européenne est effectivement une décision prise ou, à tout le moins, validée par une autorité judiciaire¹⁰¹. Cette dernière sera alors considérée, compte tenu de la validation de la décision d'enquête européenne, comme une autorité d'émission, qui peut notamment transmettre la décision à l'autorité d'exécution concernée¹⁰².

Si la décision d'enquête européenne est émise par une autorité qui ne correspond pas à la définition de l'autorité d'émission contenue dans la directive, l'autorité d'exécution renverra la décision d'enquête européenne à l'État d'émission¹⁰³, sans devoir ni reconnaître celle-ci, ni l'exécuter. Il appartiendra alors à l'État d'émission, s'il persiste dans sa volonté de voir exécutée une mesure d'enquête sur le territoire d'un autre État membre, de faire en sorte que la décision soit prise par une autorité compétente conformément à l'article 2, c) de la directive.

Notons qu'il est possible pour un suspect ou une personne poursuivie, de solliciter lui/elle-même ou par l'intermédiaire d'un avocat qui agirait pour son compte, l'émission d'une décision d'enquête européenne, en vertu des droits de la défense applicables conformément à la procédure pénale nationale¹⁰⁴. En Belgique, la défense d'un inculpé pourrait, en vertu de l'article 61quinquies du Code d'instruction criminelle, solliciter du juge d'instruction l'émission d'une décision d'enquête

98 Art. 2, c), ii), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

99 I. ARMADA, « The European investigation order and the lack of european standards for gathering evidence – Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution? », *New Journal of European Criminal Law*, 2015, pp. 8-31, spéc. p. 12.

100 Art. 11.5 de la décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

101 I. ARMADA, « The European investigation order and the lack of european standards for gathering evidence – Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution? », *op. cit.*, spéc. pp. 11-12.

102 Art. 2, c), ii), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

103 Art. 9.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

104 Art. 1.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.



européenne en vue de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête sur le territoire d'un autre État membre, et ce comme actes d'instruction complémentaires¹⁰⁵. À notre sens, une telle demande pourrait aussi être adressée à la juridiction de jugement, qui bien que n'étant pas naturellement une autorité chargée des enquêtes dans le cadre des procédures pénales, constitue une juridiction à qui la qualité d'autorité d'émission est expressément reconnue par l'article 2, c), de la directive du 3 avril 2014¹⁰⁶.

Si la directive évoque seulement le suspect ou la personne poursuivie, il nous semble qu'une partie civile puisse également, dans l'intérêt de la manifestation de la vérité, solliciter le recueil de preuves sur le territoire d'un autre État membre via une décision d'enquête européenne. Ceci n'a toutefois pas été explicitement prévu par le législateur européen.

Si le suspect ou la personne poursuivie (voire la partie civile) peuvent être à l'origine de l'émission d'une décision d'enquête européenne, l'initiative reviendra, dans tous les cas, à une autorité d'émission répondant aux caractéristiques précisées par l'article 2, c), de la directive du 3 avril 2014, qui conserve un pouvoir d'appréciation sur la demande qui lui aurait été adressée en ce sens.

B Le contenu et la forme d'une décision d'enquête européenne

1. La forme de la décision d'enquête européenne

En ce qui concerne la forme de la décision d'enquête européenne, le législateur européen a veillé à faciliter la tâche de l'autorité d'émission en prévoyant un formulaire, annexé à la directive, qui constituera la décision d'enquête européenne¹⁰⁷. Il reviendra en effet seulement à l'autorité d'émission de compléter ce formulaire et d'y indiquer les informations requises¹⁰⁸. La décision d'enquête européenne, contenue dans ce formulaire, doit par ailleurs être signée et son contenu certifié comme étant exact et correct par l'autorité d'émission¹⁰⁹. Il s'agit du seul document qui sera transmis à l'autorité d'exécution, sans qu'il ne soit nécessaire d'y adjoindre un certificat, comme le prévoyait notamment la décision-cadre relative au gel des biens et éléments de preuves¹¹⁰.

105 Art. 61 *quinquies*, § 1^{er}, C.i. cr.

106 Par ailleurs, le considérant n° 25 de la directive précise que les mesures d'enquête sollicitées par la décision d'enquête européenne peuvent être réalisées à toutes les phases de la procédure pénale, en ce compris celle du procès.

107 Annexe A à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

108 Art. 5.1, al. 1^{er}, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

109 Art. 5.1, al. 1^{er}, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

110 Art. 9 de la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve.

La décision d'enquête européenne doit être établie (ou, le cas échéant, traduite¹¹¹) dans une des langues officielles de l'État d'exécution ou toute autre langue indiquée par l'État d'exécution comme une langue dans laquelle il accepte de recevoir une décision d'enquête européenne¹¹².

2. Le contenu de la décision d'enquête européenne

La décision d'enquête européenne doit nécessairement contenir plusieurs informations, qui permettront à l'État d'exécution d'en apprécier la portée.

En premier lieu, il s'agira d'indiquer les coordonnées de l'autorité d'émission¹¹³, ainsi que, le cas échéant, de l'autorité de validation^{114, 115}.

L'autorité d'émission doit ensuite décrire le type de procédure pour laquelle la décision d'enquête européenne est émise (procédure pénale, administrative ou autre¹¹⁶)¹¹⁷, et préciser si l'émission de celle-ci a fait l'objet d'un recours¹¹⁸. Le formulaire annexé à la directive¹¹⁹ permet à l'autorité d'émission de préciser si la décision d'enquête émise vient, éventuellement, compléter une décision d'enquête antérieure, voire une décision adressée à un autre État membre dans la même procédure¹²⁰.

111 Art. 5.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

112 Art. 5.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Les États membres sont tenus de faire savoir à la Commission européenne, dans le délai de transposition de la directive, les langues acceptées pour une telle décision. Voy. art. 33.1, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

113 Voy. section K du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

114 Si la décision d'enquête européenne est émise par une autorité qui n'est ni un juge, ni une juridiction, ni un juge d'instruction, ni un procureur, conformément à l'article 2, c), ii), de la directive. Voy. section L du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

115 Art. 5.1, al. 2, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

116 Telle que visée à l'article 4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

117 Voy. section F du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

118 Art. 5.1, d), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Voy. section J du formulaire annexé à ladite directive. En cas de recours exercé, la décision d'enquête doit également indiquer l'autorité qui pourra fournir des informations complémentaires sur ce recours.

119 Et précisément la section D de ce formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

120 Cette seconde décision d'enquête européenne doit aussi être certifiée quant à son contenu, qui doit être garanti correct et exact, et, le cas échéant, être validée par un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur de l'État d'émission si elle est émise par une autre autorité. Voy. art. 8.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

Il lui appartient ensuite de mentionner l'objet de la décision d'enquête européenne¹²¹. Il s'agit ainsi de décrire la ou les mesures d'enquête dont l'exécution est sollicitée, ainsi que les preuves à obtenir¹²². S'il s'agit d'une des mesures pour lesquelles des dispositions particulières ont été prévues par la directive, le formulaire contient des sections spécifiques qui devront également être complétées¹²³.

L'autorité d'émission peut préciser d'éventuelles formalités ou procédures à respecter pour exécuter la mesure d'enquête sollicitée¹²⁴, ou encore indiquer s'il s'agit d'un cas d'urgence, justifié, par exemple, par la dissimulation ou la destruction de preuves, l'imminence du procès ou toute autre raison qu'il lui appartient alors de décrire¹²⁵.

La décision d'enquête européenne doit également indiquer les motifs pour lesquels elle est émise¹²⁶ et contenir une description de l'acte délictueux faisant l'objet de l'enquête ou de la procédure dans l'État d'émission, ainsi que les dispositions légales qui y sont applicables¹²⁷. La décision contient, à cet égard, des informations relatives à la nature et la qualification juridique des infractions faisant l'objet de la procédure dans l'État d'émission, au stade de l'enquête dans cet État, ainsi que toute autre information utile¹²⁸. Il s'agit également de donner, à l'autorité d'exécution, des informations sur la ou les personnes concernées par la mesure d'enquête sollicitée¹²⁹, à tout le moins si celles-ci sont connues de l'autorité d'émission¹³⁰.

C Les conditions d'émission d'une décision d'enquête européenne

Si la proposition initiale ne contenait aucune précision sur d'éventuelles conditions entourant l'émission d'une décision d'enquête européenne¹³¹, le texte final

121 Art. 5.1, al. 2, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

122 Art. 5.1, al. 2, e), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Voy. section C du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

123 Voy. section H du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

124 Voy. section I du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

125 Voy. section B du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

126 Art. 5.1, al. 2, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

127 Art. 5.1, al. 2, d), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

128 Voy. section G du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

129 Art. 5.1, al. 2, c), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

130 Voy. section E du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

131 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, du 21 mai 2010.

de la directive impose le respect de deux conditions¹³², celles-ci devant être vérifiées par l'autorité d'émission chaque fois qu'elle émet une décision d'enquête européenne¹³³.

Ainsi, premièrement, l'émission de la décision d'enquête européenne doit être nécessaire et proportionnée aux finalités de la procédure dans le cadre de laquelle elle est émise¹³⁴, compte tenu des droits du suspect ou de la personne poursuivie¹³⁵. C'est l'autorité d'émission qui évaluera si l'exécution d'une perquisition sur le territoire d'un autre État membre, par exemple, est nécessaire dans le cadre de la procédure nationale concernée¹³⁶. Plusieurs critères devraient être pris en considération, tels que 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'infraction¹³⁷.

Deuxièmement, les mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne doivent nécessairement pouvoir être ordonnées dans les mêmes conditions au cours d'une procédure nationale similaire¹³⁸. La décision de diligenter la mesure d'instruction visée dans la décision d'enquête européenne est prise par l'autorité d'émission conformément à son droit national¹³⁹. Cette condition est de nature à éviter le phénomène du *forum shopping*, à savoir le fait pour une autorité judiciaire de recourir à la décision d'enquête européenne pour l'exécution d'un devoir d'enquête qui ne serait pas disponible dans son propre État¹⁴⁰.

Il appartient à l'autorité d'émission de certifier, dans la décision d'enquête européenne, que ces deux conditions de fond sont bien remplies en l'espèce¹⁴¹. Si toutefois l'autorité d'exécution a des raisons de penser que ces deux conditions n'ont pas été respectées, elle peut consulter l'autorité d'émission sur l'importance

132 Art. 6 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

133 Art. 6.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

134 Visée à l'art. 4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

135 Art. 6.1, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

136 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, du 3 juin 2010, p. 8.

137 A. MANGIARACINA, « A New and Controversial Scenario in the Gatering of Evidence at the European Level : The Proposal for a Directive on the European Investigation Order », *op. cit.*, p. 126.

138 Art. 6.1, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

139 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, du 3 juin 2010, p. 8.

140 A. MANGIARACINA, « A New and Controversial Scenario in the Gatering of Evidence at the European Level : The Proposal for a Directive on the European Investigation Order », *op. cit.*, p. 126.

141 Voy. le texte formant un préambule de la décision d'enquête européenne, Annexe A de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

d'exécuter la décision d'enquête européenne, après quoi l'autorité d'émission peut éventuellement décider de retirer la décision d'enquête européenne émise¹⁴².

L'autorité d'exécution pourra par ailleurs, à tout le moins indirectement, apprécier la proportionnalité de la mesure d'enquête sollicitée puisque la directive lui permet de recourir à une autre mesure d'enquête que celle sollicitée par l'autorité d'émission, si celle-ci permet d'obtenir le même résultat mais par des moyens moins intrusifs¹⁴³.

VII La transmission de la décision d'enquête européenne

A Transmission directe entre autorités judiciaires

Comme tout instrument fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle, la décision d'enquête européenne est transmise directement par l'autorité d'émission à l'autorité d'exécution, par tout moyen permettant de laisser une trace écrite et dans des conditions qui permettront à l'État d'exécution d'en établir l'authenticité¹⁴⁴. Les autres communications nécessaires dans le cadre de l'exécution de la décision d'enquête européenne se feront également entre autorités judiciaires d'émission et d'exécution concernées¹⁴⁵, ce qui est sans nul doute de nature à également faciliter la coopération entre celles-ci.

Dans l'hypothèse où l'autorité d'émission est amenée à prêter son assistance à l'exécution d'une décision d'enquête européenne, et que, dans ce cadre, il paraîtrait nécessaire d'émettre une nouvelle décision d'enquête en vue de compléter celle émise antérieurement, c'est également directement à l'autorité d'exécution que celle-ci sera transmise par l'autorité d'émission, alors qu'elle est présente sur le territoire de l'État d'exécution¹⁴⁶. Il n'est donc pas nécessaire, dans ces circonstances, que la décision d'enquête soit émise dans l'État d'émission, ni qu'elle soit transmise via les autorités centrales lorsque celles-ci existent¹⁴⁷.

142 Art. 6.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

143 Art. 10.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

144 Art. 7.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

145 Art. 7.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

146 Art. 8.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

147 Voy. *infra*. Voy. aussi 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, du 3 juin 2010, p. 8.

Le législateur européen prévoit en outre que toutes les difficultés qui concernent la transmission ou l'authenticité d'un document nécessaire à l'exécution de la décision d'enquête européenne sont directement résolues entre autorité d'émission et autorité d'exécution, au moyen de contacts directs¹⁴⁸. Il est également possible d'impliquer les autorités centrales des États membres concernés par la décision d'enquête européenne¹⁴⁹.

B Transmission facilitée

Le législateur européen permet également aux États membres de désigner une ou plusieurs autorité(s) centrale(s), pour assister les autorités compétentes¹⁵⁰, mais également pour que celles-ci assurent la transmission et la réception des décisions d'enquête européenne, ainsi que toute autre correspondance officielle les concernant¹⁵¹. Lorsqu'elle intervient dans la transmission d'une décision d'enquête, l'autorité centrale ne joue qu'un rôle purement administratif, de boîte-aux-lettres, destiné à assurer uniquement la réception et la transmission des décisions d'enquête¹⁵². Si la transmission directe de la décision d'enquête entre autorités d'émission et d'exécution compétentes paraît la voie la plus simple et la plus rapide, l'intervention d'une autorité centrale peut s'avérer utile dans la mesure où il peut ne pas être évident d'identifier l'autorité d'exécution compétente pour exécuter la mesure d'enquête sollicitée¹⁵³.

Notons toutefois que le législateur européen a précisé que, si l'autorité d'émission ne connaît pas l'autorité d'exécution à qui transmettre la décision d'enquête européenne, ce renseignement pourra être sollicité directement auprès l'État d'exécution, par tout moyen, y compris les points de contact mis en place dans le cadre du réseau judiciaire européen¹⁵⁴.

148 Art. 7.7 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

149 Art. 7.7 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

150 Art. 7.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

151 Art. 7.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

152 D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 644.

153 L. BACHMAIER, « Transnational Evidence – Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters », *op. cit.*, spéc. p. 49.

154 Art. 7.5 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Pour connaître le point de contact dans un État membre de l'Union européenne, l'autorité d'émission pourra simplement se rendre sur le site du réseau judiciaire européen www.ejn-crimjust.europa.eu, sur lequel, à condition de disposer d'un login et d'un mot de passe, elle pourra obtenir des informations sur les coordonnées de ce point de contact dans un autre État membre. Ces points de contact sont des intermédiaires actifs chargés de faciliter la coopération judiciaire entre les États membres, en particulier dans le cadre de la lutte contre les formes graves de criminalité (art. 4.1, al. 1^{er}, de la décision-cadre 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *J.O.*, L. 348 du 24 décembre 2008, p. 130).

Le réseau judiciaire européen¹⁵⁵ et le site internet qui y est consacré contiennent en effet de précieuses informations pour pouvoir facilement identifier l'autorité d'exécution dans un autre État membre¹⁵⁶. Les fiches belges précisent en effet, 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 membres¹⁵⁷.

Si malgré la consultation de ces sources d'information, l'autorité à laquelle est transmise la décision d'enquête européenne s'avèrerait ne pas être l'autorité compétente pour reconnaître celle-ci ou prendre les mesures nécessaires à son exécution, il est prévu que cette autorité transmette la demande de coopération reçue à l'autorité d'exécution compétente, tout en informant l'autorité d'émission¹⁵⁸.

C Transmission sécurisée par le biais du système de télécommunications du réseau judiciaire européen

La directive précise que, le cas échéant, une décision d'enquête européenne peut être transmise par le biais du système de télécommunications mis en place dans le cadre du réseau judiciaire européen¹⁵⁹. Dans le cadre de ce réseau, des télécommunications sécurisées sont en effet prévues en vue d'assurer le travail opérationnel des points de contact¹⁶⁰. Celles-ci sont destinées à permettre la circulation de données et des demandes de coopération judiciaire entre les États membres de l'Union¹⁶¹, en ce compris, désormais, des décisions d'enquête européennes.

Ce système de transmission d'une décision d'enquête européenne, via le système de télécommunications sécurisées du réseau judiciaire européen, n'est toutefois pas destiné à remplacer les contacts directs entre les autorités d'émission et d'exé-

155 Le réseau judiciaire européen est constitué des points de contact des différents États membres (art. 2 de la décision-cadre 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen), et est destiné à faciliter la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, en particulier dans le cadre de la lutte contre les formes graves de criminalité (voy. considérant n° 8 de ladite décision-cadre du 16 décembre 2008).

156 Voy. le site du réseau judiciaire européen, www.ejn-crimjust.europa.eu.

157 Voy. www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/ejn_fichesbelges.aspx, consulté le 5 juin 2016.

158 Art. 7.6 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

159 Art. 7.4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

160 Art. 9.2, al. 1^{er}, de la décision-cadre 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *J.O.*, L. 348 du 24 décembre 2008, p. 130.

161 Art. 9.2, al. 2, de la décision-cadre 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *J.O.*, L. 348 du 24 décembre 2008, p. 130.

cution des États membres¹⁶², mais est incontestablement de nature à faciliter ceux-ci.

Notons que dans la directive relative à la décision d'enquête européenne, il est erronément fait référence, en ce qui concerne le réseau judiciaire européen, à l'action commune du 29 juin 1998 qui a effectivement créé le réseau judiciaire européen¹⁶³. Celle-ci a néanmoins été abrogée et remplacée par une décision-cadre adoptée le 16 décembre 2008¹⁶⁴ en vue de renforcer le réseau judiciaire européen¹⁶⁵, auquel il convient désormais de faire référence.

VIII La reconnaissance et l'exécution de la décision d'enquête européenne

A La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et ses conséquences

La directive du 3 avril 2014 applique le principe de reconnaissance mutuelle aux décisions d'enquête européennes¹⁶⁶. Cela signifie que l'autorité de l'État d'exécution exécutera la décision étrangère directement, comme s'il s'agissait d'une décision émanant de ses autorités nationales¹⁶⁷, sans qu'aucune formalité ne soit requise¹⁶⁸, sous réserve d'une éventuelle procédure de validation judiciaire si celle-ci est prévue par le droit national de l'État d'exécution¹⁶⁹.

B L'autorité d'exécution compétente

L'autorité d'exécution est l'autorité compétente pour reconnaître une décision d'enquête européenne et en assurer l'exécution en conformité avec la directive et les procédures applicables dans le cadre d'une procédure nationale similaire. La définition de l'autorité judiciaire d'exécution laisse une large marge de ma-

162 Art. 9.4 de la décision-cadre 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *J.O.*, L. 348 du 24 décembre 2008, p. 130.

163 Action commune 98/428/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen, *J.O.*, L. 191 du 7 juillet 1998.

164 Art. 14 de la décision-cadre 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *J.O.*, L. 348 du 24 décembre 2008, p. 130.

165 Considérant n° 4 précédant la décision-cadre 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *J.O.*, L. 348 du 24 décembre 2008, p. 130.

166 Article 1.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

167 Art. 9.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Sauf à se prévaloir de l'un des motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution ou de l'un des motifs de report prévus par la directive.

168 Art. 9.1. de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

169 Voy. *infra*.

nœuvre aux États membres qui pourront conserver les autorités déjà compétentes selon leur droit national pour exécuter la mesure d'enquête sollicitée¹⁷⁰. Ainsi, par exemple, « si la décision d'instruction européenne émise a pour objet d'effectuer une perquisition dans une habitation située dans un lieu spécifique d'un État membre donné, l'autorité d'exécution doit être une autorité qui serait compétente, dans le cadre d'une procédure nationale similaire, pour ordonner une perquisition dans le lieu en question »¹⁷¹.

Les procédures de reconnaissance et d'exécution de la décision peuvent toutefois nécessiter l'autorisation d'une juridiction dans l'État d'exécution lorsque son droit national le prévoit¹⁷². Ainsi, si la décision d'enquête européenne émise par un procureur sollicite l'exécution d'un test ADN, alors que l'exécution d'un tel devoir d'enquête nécessite, selon le droit de l'État d'exécution, l'intervention d'un juge, l'État d'exécution peut subordonner l'exécution de la décision d'enquête à l'autorisation d'un juge¹⁷³.

C L'exécution de la décision d'enquête européenne

La décision d'enquête européenne est exécutée de la même manière et suivant les mêmes modalités que si la mesure d'enquête concernée avait été ordonnée par une autorité de l'État d'exécution¹⁷⁴. Néanmoins, l'autorité d'émission peut attirer l'attention sur certaines particularités de son propre droit¹⁷⁵, de manière à garantir, ultérieurement, l'admissibilité de la preuve¹⁷⁶. L'autorité d'exécution devra nécessairement respecter les formalités et procédures expressément indiquées par l'autorité d'émission, sauf disposition contraire de la directive, et sous réserve que celles-ci ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution¹⁷⁷. Ainsi, la directive relative à la décision d'enquête européenne maintient le système en vigueur depuis la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000, selon lequel *locus regit*

170 D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 641.

171 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, du 3 juin 2010, p. 5.

172 Article 2, d), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

173 L. BACHMAIER, « Transnational Evidence – Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters », *op. cit.*, spéc. p. 49.

174 Art. 9.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

175 Art. 9.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

176 Voy. *infra*.

177 Art. 9.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. La référence à ces principes fondamentaux de l'État d'exécution étant relativement peu précise, des divergences pourraient apparaître dans les législations nationales de transposition de la directive. Voy. I. ARMADA, « The European Investigation Order and the Lack Of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights - Based Refusal the Solution », *op. cit.*, spéc. p. 21.

*actum*¹⁷⁸, avec certains tempéraments qui pourront amener l'autorité d'exécution à respecter des formalités et procédures issues du droit de l'État d'émission¹⁷⁹.

L'autorité d'émission pourrait également solliciter qu'une ou plusieurs autorités de son État assiste(nt) les autorités compétentes de l'État d'exécution lors de l'exécution de la décision d'enquête, sous réserve de réciprocité¹⁸⁰. L'autorité d'exécution est tenue d'accéder à cette demande à condition que l'assistance ne soit pas contraire aux principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution, et ne nuise pas à ses intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité¹⁸¹. Les autorités de l'État d'émission ne disposeront d'aucun pouvoir répressif sur le territoire de l'État d'exécution, sauf exceptions¹⁸², tandis qu'elles demeureront liées par le droit de ce dernier¹⁸³. Les autorités de l'État d'émission devraient toutefois 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 dernier¹⁸⁴.

L'autorité d'exécution pourrait décider d'exécuter une autre mesure d'enquête que celle indiquée dans la décision d'enquête européenne lorsque la mesure sollicitée n'existe pas dans le droit de l'État d'émission¹⁸⁵ ou qu'elle ne serait pas disponible dans le cadre d'une procédure nationale similaire¹⁸⁶ – dans ces deux cas, l'usage d'une autre mesure d'enquête est obligatoire¹⁸⁷ –, ou encore lorsqu'une autre mesure d'enquête permet d'obtenir le même résultat par des moyens moins intrusifs¹⁸⁸ – dans ce cas, l'usage d'une autre mesure d'enquête est facultatif¹⁸⁹.

178 I. ARMADA, « The European Investigation Order and the Lack Of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights - Based Refusal the Solution », *op. cit.*, spéc. p. 19.

179 Art. 4.1. de la Convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000.

180 Art. 9.4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

181 Art. 9.4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

182 Si l'exercice de pouvoirs répressifs sur le territoire de l'État d'exécution est conforme au droit de ce dernier, et dans la mesure convenue entre autorités d'émission et d'exécution.

183 Art. 9.5 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

184 A. MANGIARACINA, « A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level : The Proposal for a Directive on the European Investigation Order », *op. cit.*, spéc. p. 121.

185 Art. 10.1, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

186 Art. 10.1, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

187 I. ARMADA « The European Investigation Order and the Lack Of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights - Based Refusal the Solution », *op. cit.*, spéc. p. 16.

188 Art. 10.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Par exemple, lorsque l'autorité d'émission sollicite un prélèvement sanguin en vue d'une comparaison ADN, alors que le profil ADN de la personne concernée est déjà disponible dans une base de données policières de l'État d'exécution. Voy. L. BACHMAIER, « Transnational Evidence – Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters », *op. cit.*, spéc. p. 54.

189 I. ARMADA, « The European Investigation Order and the Lack Of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights - Based Refusal the Solution », *op. cit.*, spéc. p. 16.

À cet égard, nous ne pouvons que suggérer aux autorités d'émission de consulter, sur le site internet du réseau judiciaire européen, les fiches belges, qui permettent d'obtenir des informations sur les règles applicables à diverses mesures d'enquête dans les différents États membres de l'Union¹⁹⁰. La consultation préalable de ce précieux outil est de nature à réduire le risque d'être confronté à l'impossibilité d'exécuter la mesure d'enquête sollicitée dans la décision parce que celle-ci ne serait pas permise par le droit de l'État d'exécution.

Notons que le législateur européen a toutefois prévu que certaines mesures d'enquête doivent nécessairement pouvoir être exécutées¹⁹¹, sans possibilité d'invoquer le droit de l'État d'exécution et le fait que celles-ci ne seraient pas prévues par celui-ci ou pas permises dans le cadre d'une procédure nationale similaire pour recourir à une autre mesure que celle sollicitée¹⁹² : obtention d'informations ou d'éléments de preuve déjà en possession de l'autorité d'exécution¹⁹³, obtention d'informations contenues dans des bases de données détenues par la police ou les autorités judiciaires¹⁹⁴, auditions de témoins, d'experts, de victimes, de suspects, de personnes poursuivies ou de tiers sur le territoire de l'État d'exécution¹⁹⁵, mesures d'enquête non intrusives telles que définies par le droit de l'État d'exécution¹⁹⁶ et identification d'abonnés titulaires d'un numéro de téléphone ou d'une adresse IP spécifiques¹⁹⁷.

D Les délais de reconnaissance et d'exécution de la décision d'enquête européenne

La mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle suppose que des délais de procédure contraignants soient prévus, l'objectif étant d'assurer l'efficacité de l'enquête. Le parallèle entre les procédures étrangères et nationales est rappelé par la directive puisque celle-ci prévoit que la décision d'enquête européenne doit nécessairement être réalisée avec la même priorité et la même célérité que dans le

190 www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/EJN_FichesBelges.aspx, consulté le 13 juin 2016.

191 Sous réserve des motifs de refus de reconnaissance et d'exécution prévus à l'article 11 de la directive.

192 Bien qu'il soit toujours possible d'exécuter une autre mesure permettant d'aboutir au même résultat par des moyens moins intrusifs, conformément à l'article 10.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

193 Et qui auraient pu être obtenus dans le cadre d'une procédure pénale ou aux fins de la décision d'enquête conformément au droit de l'État d'exécution. Voy. Art. 10.2, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

194 Auxquelles l'autorité d'exécution peut accéder directement dans le cadre d'une procédure pénale. Voy. Art. 10.2, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

195 Art. 10.2, c), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

196 Art. 10.2, d), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

197 Art. 10.2, e) de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

cadre d'une procédure nationale similaire, et en tout état de cause, dans les délais que la directive impose¹⁹⁸.

Le législateur européen a prévu un double délai : un premier délai de trente jours endéans lequel une décision relative à la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne doit être prise¹⁹⁹ et un second délai de nonante jours au terme duquel l'exécution des mesures d'enquête sollicitées doit intervenir²⁰⁰. Ce dernier délai ne s'applique pas si l'État d'exécution est déjà en possession des éléments de preuve mentionnés dans la mesure d'enquête sollicitée par l'autorité d'émission (auquel cas il ne sera pas nécessaire d'exécuter la mesure d'enquête)²⁰¹.

S'il est impossible pour l'État d'exécution de respecter les délais impartis, un report peut intervenir, pour autant que l'autorité d'exécution en ait informé l'autorité d'émission sans tarder²⁰². Par ailleurs, si l'exécution de la décision d'enquête européenne risque de nuire à une procédure en cours dans l'État d'exécution, il peut également être décidé de reporter la reconnaissance ou l'exécution de la décision d'enquête européenne²⁰³.

Outre ces règles contenues dans la directive, il est également possible pour l'autorité d'émission de préciser, dans la décision d'enquête européenne, des exigences quant au délai endéans lequel la mesure d'enquête sollicitée doit pouvoir être exécutée : soit qu'un délai plus court lui parait nécessaire en raison de délais de procédure, de la gravité de l'infraction ou d'autres circonstances particulièrement urgentes²⁰⁴ ; soit que la mesure d'enquête sollicitée doit pouvoir être exécutée à une date déterminée par l'autorité d'exécution²⁰⁵. Dans ces hypothèses, l'autorité d'exécution devra s'efforcer de tenir compte, au mieux, de ces exigences spécifiques²⁰⁶.

198 Art. 12.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

199 Art. 12.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

200 Art. 12.4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

201 Art. 12.4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

202 Pour plus de précisions, voy. les art. 12.5 et 12.6 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

203 Art. 15 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

204 Art. 12.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

205 Art. 12.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

206 Art. 12.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

E Les motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la décision d'enquête européenne

Bien que la directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale mette en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle, le législateur européen n'est pas parvenu à se passer de motifs permettant aux États membres de refuser la coopération judiciaire sollicitée par un autre État membre.

Ces motifs de refus de reconnaissance et d'exécution de la décision d'enquête européenne sont au nombre de huit²⁰⁷ et sont contenus dans l'article 11 de la directive du 3 avril 2014. Tous ces motifs sont facultatifs²⁰⁸.

1. Le contrôle de l'exigence de la double incrimination

Si les faits à la base de la décision d'enquête européenne ne constituent pas une infraction selon le droit de l'État d'exécution, ce dernier pourra refuser d'exécuter la décision d'enquête européenne²⁰⁹, même si les faits ont été commis totalement sur le territoire de l'État d'émission²¹⁰.

Le motif de refus envisagé ici est relatif au contrôle de l'exigence de la double incrimination : 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. Cette condition est classiquement exigée dans la coopération judiciaire pénale. Néanmoins, depuis la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, elle est différemment appréhendée par le droit de l'Union européenne.

L'innovation des instruments de reconnaissance mutuelle réside en effet dans le fait que le contrôle de la double incrimination a été partiellement supprimé. Les trente-deux infractions figurant dans la liste annexée à la directive²¹¹, si elles sont punies dans l'État d'émission d'une peine privative de liberté d'une durée maximale d'au moins trois ans, telles qu'elles sont définies par le droit de l'État d'émission, donnent lieu à la reconnaissance et à l'exécution de la décision *sans*

207 Les motifs de refus étaient seulement au nombre de 4 dans la proposition initiale (article 10 de l'Initiative en vue d'une directive du Parlement européen et du Conseil concernant la décision d'instruction européenne en matière pénale, Doc. Cons. U.E, n° 9288/10, add. 1, du 3 juin 2010).

208 Voy. art. 11.1. de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, qui précise que « *la reconnaissance ou l'exécution d'une décision d'enquête européenne peut être refusée [...]* ».

209 Art. 11.1, g), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

210 Le motif de refus envisagé est donc différent de celui visé au point e) de l'article 11.1 de la directive, qui vise l'infraction commise hors du territoire de l'État d'émission et en totalité ou en partie sur le territoire de l'État d'exécution.

211 Cette liste est reprise à l'annexe D de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

*contrôle de la double incrimination*²¹². Notons qu'en l'espèce, les États membres ayant déposé la proposition de directive avaient pour ambition de supprimer complètement le contrôle de la double incrimination, sans se limiter aux trente-deux infractions visées dans la liste précitée²¹³. Cette option n'a toutefois pas résisté à l'étape des négociations de la directive, au cours desquelles il a fallu effectuer certaines concessions à cet égard.

Le choix des faits contenus dans la liste n'est pas le fruit du hasard. En effet, le législateur européen a sélectionné des infractions qui ont fait l'objet d'un travail d'harmonisation au sein de l'Union européenne, ou dont les contours étaient balisés par des instruments du Conseil de l'Europe ou des Nations Unies ratifiés par l'ensemble des États membres. « L'idée est que les faits contenus dans cette liste sont des domaines prioritaires de l'harmonisation sur le plan de l'Union européenne (prévus par le Traité d'Amsterdam, les conclusions du Conseil européen de Tampere ou l'annexe à la convention Europol²¹⁴) ou visent des infractions essentielles du droit pénal de tous les États membres, de sorte que la question de la double incrimination risque peu de s'y poser²¹⁵, *a fortiori* s'ils doivent en outre être punissables d'une peine privative de liberté d'un certain taux dans l'État [d'émission]. Il est à noter que le texte ne parle pas, pour cette raison, de suppression de la double incrimination, mais d'absence de contrôle de la double incrimination du fait »²¹⁶. La Cour constitutionnelle belge a d'ailleurs précisé, à propos du mandat d'arrêt européen, que pour les infractions énumérées dans la liste²¹⁷, l'exigence de double incrimination n'est pas abandonnée mais qu'il n'est plus contrôlé s'il est satisfait à cette exigence²¹⁸. Pour les quelques infractions qui ne sont visées par aucun instrument européen d'harmonisation, il s'agit d'infractions « qui forment le fond commun des droits pénaux nationaux, tels que l'homicide ou le vol »²¹⁹.

212 Le législateur européen a en outre précisé que lorsque la décision d'enquête européenne concerne une infraction en matière de taxe ou d'impôts, de douane, ou de change, il est exclu que l'autorité d'exécution refuse d'exécuter la décision d'enquête européenne au motif que son droit national ne connaît pas le même type de taxe, de droits de douane ou de change, ou ne contient pas la même réglementation que celle en vigueur dans l'État d'émission. Art. 11.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

213 Art. 10 de l'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, du 21 mai 2010 ; Voy. aussi Doc. Cons. U.E., n° 13446/10, du 10 septembre 2010, p. 1.

214 Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police, *J.O.*, n° C. 316 du 27 novembre 1995, p. 1.

215 Voy. D. FLORE, « Le mandat d'arrêt européen : première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne », *J.T.*, 2002, p. 276.

216 Projet de loi relative au mandat d'arrêt européen, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 51-279/001, p. 13.

217 La décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (*J.O.*, n° L. 190 du 18 juillet 2002, p. 1) contient, en effet, une disposition similaire relative à la suppression du contrôle de la double incrimination pour les infractions visées en son article 2.2, lesquelles sont identiques à celles visées par l'annexe D de la directive du 3 avril 2014.

218 C.C., 10 octobre 2007, n° 128/2007, *Rev. dr. pen. crim.*, 2008, p. 556, note B. DEJEMEPPE.

219 D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 591.

Si le législateur européen a délibérément choisi de se référer davantage à des catégories criminologiques de comportements qu'à des définitions juridiques²²⁰ afin d'apporter plus de souplesse à l'instrument, force est de constater que ce système pourrait poser nombre de problèmes. Par exemple, « le trafic de véhicules volés », qui figure dans la liste, « peut recouvrir à la fois les qualifications de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, de falsification de documents administratifs en rapport avec des véhicules automobiles »²²¹. Le terme même d'escroquerie, également dans la liste, a suscité des difficultés, notamment en terme de traduction²²². La liste pourrait donc recouvrir des comportements très différents d'un État à l'autre²²³. En outre, le choix de la qualification des faits revient entièrement aux autorités de l'État d'émission. Or, « au sein d'un même État membre, on peut craindre des divergences d'appréciation pour décider si telle ou telle infraction tombe ou non dans le champ d'une infraction de la liste. S'agissant d'un acte qui sera exécuté à l'étranger, les mécanismes internes d'harmonisation de la jurisprudence pourront difficilement jouer, et en l'absence de directives centrales, on risque d'être confronté à des pratiques purement locales en ce qui concerne l'utilisation de la liste »²²⁴.

2. *Les faits non punissables selon le droit de l'État d'exécution et commis sur le territoire de ce dernier*

Lorsque l'infraction pénale qui est 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 de l'État d'exécution, et que ces faits ne sont pas punissables dans l'État d'exécution, ce dernier pourrait également refuser l'exécution de la décision d'enquête européenne²²⁵.

Cette cause de refus est liée au lieu où l'infraction qui donne lieu à l'émission d'une décision d'enquête européenne a été commise et permet à l'État requis de se poser la question de la légitimité de la demande, lorsque l'infraction a été commise sur son territoire, au moins pour partie, et que celle-ci ne constitue pas une infraction selon son propre droit²²⁶. Ce motif de refus s'applique à toutes les infractions, celles qui continuent à faire l'objet d'un contrôle de la double incrimination, comme celles figurant dans la liste reprise à l'annexe D de la directive et pour lesquelles ce contrôle a été supprimé²²⁷.

220 I. JEGOUZO, « Le mandat d'arrêt européen : premiers pas d'un espace judiciaire européen en matière pénale », *R.A.E.-L.E.A.*, 2003-2004/3, p. 357.

221 *Ibid.*

222 *Ibid.*

223 *Ibid.*

224 *Ibid.*

225 Art. 11.1, e), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

226 Voy. à cet égard, D. FLORE, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, pp. 618-620.

227 *Ibid.*, p. 620.

En pratique, certains problèmes pourraient toutefois se poser en raison du fait que la détermination du lieu de l'infraction peut se révéler assez compliquée²²⁸. Si l'infraction est simple, la réponse sera claire. Songeons à un vol par exemple. *A contrario*, si nous sommes en présence d'infractions plus complexes, il en sera autrement. Ainsi, quel est le lieu d'une infraction de blanchiment ou de corruption²²⁹ ? La notion de lieu de l'infraction a été élargie par plusieurs constructions jurisprudentielles. Ainsi, en vertu de la théorie de l'ubiquité objective, « l'infraction est réputée se réaliser dans tous les lieux où s'en réalise un élément constitutif »²³⁰. La théorie de l'ubiquité subjective, quant à elle, permet de considérer que l'infraction est également réputée se produire là où l'auteur souhaitait que l'infraction produise ses effets, quand bien même ceux-ci ne s'y seraient pas produits²³¹. La tâche peut déjà être compliquée si l'infraction est instantanée. Elle le sera d'autant plus si l'infraction est continue ou collective.

3. Incompatibilité avec les droits fondamentaux

Le contrôle des droits fondamentaux dans le cadre d'une coopération envisagée au stade de l'enquête pénale pose de nombreuses questions. Celle de son opportunité tout d'abord. À ce stade de la procédure, l'objectif est essentiellement celui de l'efficacité et de la rapidité. C'est pourquoi, lors des négociations de la directive, certains considéraient qu'un excès de contrôle à cet égard nuirait nécessairement à l'enquête, causerait des retards et mènerait à l'impunité²³².

En outre, la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, qui prend racine dans la confiance réciproque existant entre les États membres « quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la Charte »²³³, pose la question de la légitimité pour un État membre de contrôler le respect des droits fondamentaux par un autre

228 Voy. D. FLORE, « La poursuite des infractions internationales dans le domaine du droit financier et boursier », *Rev. dr. pen. crim.*, 1992, pp.134-141.

229 D. FLORE, « Reconnaissance mutuelle, double incrimination et territorialité », in G. DE KERCHOVE et A. WEYEMBERGH, *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 73.

230 *Ibid.*

231 *Ibid.* Voy. Aussi : Conseil de l'Europe, Comité européen pour les problèmes criminels, *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1990, p. 8.

232 A. WEYEMBERGH, « Transversal report on judicial control in criminal matters : The evolution from traditional judicial cooperation to mutual recognition », in K. LIGETI (Éd.), *Towards a prosecutor for the European Union, Vol. 1—a comparative analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 948.

233 C.J.U.E., arrêt du 5 avril 2016, affaires jointes *Aranyosi et Căldăraru* (C-404/15 et C-659/15 PPU), § 77 de l'arrêt *Aranyosi*. En ce sens, voy. le Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales, 2001/C 12/02, Bruxelles, 29 novembre 2000, p. 1, C.J.C.E., arrêt *Gözütök et Brügge* (C-187/01 et C-385/01), § 33 et C.J.U.E., arrêt *F.*, (C-168/13 PPU), § 50. Voy. également V. RICCI, « The European Court of Justice case law strengthens EU penal area », in S. HUFNAGEL, C. HARFIELD et S. BRONITT (Ed.), *Cross-border law enforcement*, Londres, Routledge, 2012, p. 23.

État membre. En effet, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres²³⁴.

Malgré ces questions sensibles, le législateur de l'Union a inséré, sous l'impulsion du Parlement européen²³⁵, dans le corps même de la directive du 3 avril 2014 un motif de refus spécifique, lié à l'incompatibilité de la décision d'enquête européenne avec le respect des droits fondamentaux. C'est une première puisque jusqu'ici, aucun instrument européen de reconnaissance mutuelle ne contenait de tel motif de refus. Il semblerait toutefois que le législateur de l'Union ait entendu l'appel des législateurs nationaux à cet égard. En effet, de nombreuses lois transposant les instruments de reconnaissance mutuelle dans le droit des États membres contiennent un motif de refus fondés sur la violation des droits fondamentaux²³⁶.

L'article 11, 1, f), de la directive du 3 avril 2014 contient donc un motif de refus d'exécution explicite fondé sur les droits fondamentaux²³⁷ et prévoit que l'exécution de la décision d'enquête peut être refusée s'il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et à la Charte. Reprenant les grands principes de la jurisprudence européenne, le 19^e considérant de cette directive précise : « La création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union est fondée sur la confiance mutuelle et la présomption que les autres États membres respectent le droit de l'Union et, en particulier, les droits fondamentaux. Cette présomption est toutefois réfragable. Par conséquent, s'il existe des motifs sérieux de croire que l'exécution d'une mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne porterait atteinte à un droit fondamental de la personne concernée et que l'État d'exécution méconnaîtrait ses obligations

234 Avis 2/13 de la Cour de justice de l'Union européenne, ECLI:EU:C:2014:2454, point 192.

235 Voy. Initiative for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters – Approval of a package of the main elements in the file of a view of its final agreement, Doc. Cons. U.E, n° 15196/13, du 25 octobre 2013, p. 2. Voy. aussi European Union Agency for Fundamental Rights, « Opinion of the European Agency for Fundamental Rights on the draft Directive regarding the European Investigation Order », disponible sur le site de l'Agence <http://fra.europa.eu/en/opinion/2011/fra-opinion-draft-directive-regarding-european-investigation-order-eio>, consulté le 13 juin 2016, pp. 10-12.

236 En Belgique, voy. notamment les articles 4, 5° de la loi belge du 19 décembre 2003 relative au mandat d'arrêt européen (*M.B.*, 22 décembre 2003), 12, 10° de la loi du 15 mai 2012 sur l'exécution des peines privatives de liberté (*M.B.*, 8 juin 2012) et 12, 6° de la loi du 21 mai 2013 sur la surveillance des mesures de probation (*M.B.*, 13 juin 2013). Au Royaume-Uni, voy. l'article 21 de l'*English Extradition Act 2003*. En Irlande, voy. l'article 37 de l'*Irish European Arrest Warrant Act 2003*. Sur le mandat d'arrêt européen, voir M. MARTIN, « Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace européen de justice, liberté et sécurité », in *Arrêter et juger en Europe*, Paris, Budapest, Torino, L'Harmattan, 2006, p. 71.

237 Sur cet article, voy. I. ARMADA, « The European Investigation Order and the Lack Of European Standards for Gathering Evidence. Is a Fundamental Rights - Based Refusal the Solution », *op. cit.*, spéc. pp. 22-24.

concernant la protection des droits fondamentaux reconnus dans la charte, l'exécution de la décision d'enquête européenne devrait être refusée ».

Cet article 11,1, f) appelle deux remarques. La première, c'est qu'il ne prévoit qu'un refus d'exécution facultatif. Or, selon nous, le constat d'une violation des droits fondamentaux ne peut appeler qu'une réponse radicale : celle d'un refus d'exécution obligatoire²³⁸. Quel serait le signal si un État ayant fait un tel constat se contentait d'ignorer la violation en mettant la décision à exécution ?

La seconde remarque concerne la portée de cette disposition. Elle doit être appréhendée à la lumière de la jurisprudence des deux Cours européennes quant aux rapports entre la coopération judiciaire pénale et les droits fondamentaux. Ainsi, jusqu'il y a peu, la Cour de justice de l'Union européenne adoptait une position très restrictive quant aux possibilités de refuser l'exécution d'un instrument de reconnaissance mutuelle, en l'espèce un mandat d'arrêt européen, en raison d'une violation des droits humains, excluant toute atteinte possible au droit de l'Union²³⁹. C'était du moins les enseignements généralement tirés des arrêts *Radu* (C-396/11) et *Melloni* (C-399/11)²⁴⁰. Le récent arrêt du 5 avril 2016 de la Cour de justice de l'Union européenne, dans les affaires jointes *Aranyosi et Căldăraru* (C-404/15 et C-659/15 PPU), rendu en matière de mandat d'arrêt européen, apporte un éclairage neuf sur les relations souvent tendues entre le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale et les droits fondamentaux, en s'inspirant de la juris-

238 Les lois belges de reconnaissance mutuelle prévoient d'ailleurs des refus d'exécution obligatoires.

239 M. GUIRESSE, « Confiance mutuelle et mandat d'arrêt européen : évolution ou inflexion de la Cour de Justice ? », www.gdr-elsj.eu, 12 avril 2016. Sur les droits fondamentaux et la reconnaissance mutuelle, voir S. NEVEU, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux: quelles limites à la coopération judiciaire pénale ? », *Rev. trim. D.H.*, 2016, vol. 1, pp. 119-159. Sur les droits fondamentaux et l'Union, voir notamment C. RIZCALLAH, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : l'immuable poids des origines ? », *C.D.E.*, 2015, pp. 399-427.

240 Sur cet arrêt, voy. notamment E. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union Européenne : Unitarisme versus Pluralisme Constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *Melloni* », *C.D.E.*, 2013, vol. 49, n° 2, pp. 293-317 ; S. DE BIOLLEY et A. WEYEMBERGH, « Chronique de jurisprudence consacrée à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice II. Jurisprudence de la Cour de justice relative à la coopération policière et judiciaire en matière pénale (2009-2014) », *C.D.E.*, 2014, pp. 454-457 ; H. LABAYLE, « Mandat d'arrêt européen et degré de protection des droits fondamentaux, quand la confiance se fait aveugle », 3 mars 2013, www.gdr-elsj.eu ; M. ROSTANE, « Retour sur l'arrêt *Melloni* : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », 29 mars 2013, www.gdr-elsj.eu ; M. BENLOLO CARABOT, « Mandat d'arrêt européen : la protection des droits fondamentaux subordonnée aux exigences de la primauté du droit de l'Union européenne », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 22 mars 2013, <http://revdh.org> ; A. TINSLEY, « Note on the reference in case C-399/11 *Melloni* », *N.J.E.C.L.*, 2012, vol. 3, pp. 19-30 ; D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union- Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *R.T.D.Eur.*, 2013, pp. 267-292 et « The Contribution of the Court of Justice to the Structuring of the European Space of Fundamental Rights », *N.J.E.C.L.*, 2014, vol. 5, pp. 507-532 ; F.-X. ROUX-DEMARE, « Les éclairages de la Cour de justice de l'Union européenne sur le mandat d'arrêt européen (À propos de l'arrêt *Melloni* du 26 février 2013) », *Revue Justice Actualités*, n° 7/2013, pp. 205-208 ; M. BRKAN, « L'arrêt *Melloni* : une nouvelle pierre dans la mosaïque de la protection des droits fondamentaux », *R.A.E.-L.E.A.*, 2013, vol. 1, pp. 139-145 et J. MORIJN, « *Akerberg et Melloni* : what the Court said, did and may have left open », 20 mars 2013, <http://eutopialaw.com>.

prudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁴¹, plus protectrice des droits fondamentaux. La Cour de justice expose notamment dans quels cas et selon quelle procédure, une violation des droits humains, en l'espèce les articles 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et 4 de la Charte des droits fondamentaux, peut amener à un refus d'exécution du mandat d'arrêt européen. 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.

Gageons donc que le motif de refus fondé sur le non-respect des droits fondamentaux contenu dans la directive relative à la décision d'enquête offrira aux juridictions nationales l'opportunité d'approfondir le dialogue avec la Cour de justice et donnera à celle-ci d'autres occasions de l'interpréter et de guider les autorités compétentes dans sa mise en œuvre²⁴².

4. L'existence d'immunités ou de privilèges

L'exécution d'une décision d'enquête européenne peut être refusée s'il existe une immunité ou un privilège, au titre du droit de l'État d'exécution, alors que cette immunité ou ce privilège rend impossible l'exécution de la décision d'enquête européenne²⁴³. La notion d'immunité ou de privilège n'est pas définie dans la directive. On pourrait toutefois appréhender les concepts à la lumière de son considérant n° 20 qui expose : « Il n'y a pas de définition commune de ce qui constitue une immunité ou un privilège dans le droit de l'Union; la définition précise de ces

241 Notamment des arrêts Cour eur. D.H., G^{de} Ch., arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011 (Sur cet arrêt, voy. notamment J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA « Le droit d'asile de l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme ». À propos de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* », *J.T.*, 2011, pp. 353-358 ; G. CLAYTON, « Asylum Seekers in Europe : M.S.S. v. Belgium and Greece », *Human Rights Law Review*, 2011, vol. 4, pp. 758-773 ; C. RAUX, « La politique de l'Union européenne dans le viseur de la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, G^{de} Ch. *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011 », *Rev. trim. D. H.*, 2011, pp. 1023-1044 ; L. BIANKU, « For whom the alarm bells ring ? Developments in asylum seekers' rights in Europe », *Cyprus Human Law Review*, 2012, Vol. 1, n° 1, pp. 27-34 ; N. HERVIEU, « Réadmission vers la Grèce : la confiance mutuelle au sein de l'U.E. à l'épreuve de la C.E.D.H. (Cour eur. D.H., G^{de} Ch., 21 janvier 2011, M.S.S. c. Belgique et Grèce) », *Actualités Droits-Libertés*, 21 janvier 2011, C.R.E.D.O.F., Université Paris-Ouest Nanterre-La Défense, <http://revdh.org/>) et *Tarakhel c. Suisse*, 4 novembre 2014 (sur cette affaire, voy. notamment C. LAGEOT, « Les enseignements de l'affaire *Tarakhel*: le raisonnement enrichi des juges à la source d'une protection renforcée des migrants en Europe », *Rev. Trim. D. H.*, 2016, pp. 245-260 ; N. ZIMMERMANN, « *Tarakhel v. Switzerland* : Another Step in a Quiet (R)evolution ? », 1^{er} décembre 2014, <http://strasbourgobservers.com> ; S. PEERS, « *Tarakhel v. Switzerland* : another nail in the coffin of the Dublin system ? », <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk> ; N. NICOLOSI, « Another episode in the Strasbourg saga on the Dublin system to determinate the State Responsible for Asylum Applications », 20 février 2015, <http://strasbourgobservers.com>).

242 A. WEYEMBERGH et I. ARMADA, « À propos de quelques arrêts récents de la Cour de Cassation concernant les motifs de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen fondé sur les droits fondamentaux » (i.e. les arrêts du 13 novembre 2013, du 19 novembre 2013 et du 15 avril 2014), *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, p. 1044.

243 Art. 11.1, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

termes relève donc du droit national, qui peut englober la protection applicable aux professions médicales et juridiques, mais ne saurait faire l'objet d'une interprétation qui irait à l'encontre de l'obligation de supprimer certains motifs de refus énoncée dans le protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne ».

Il faut préciser que la seule situation prise en compte est celle dans laquelle l'immunité ou le privilège rend impossible l'exécution de la décision d'enquête européenne. En conséquence, « si ceux-ci ont pour effet de suspendre l'exécution et de la subordonner à une condition, ils ne donnent pas lieu à un refus d'exécution mais seulement à un report de celle-ci »²⁴⁴.

Afin de favoriser l'exécution de la décision d'enquête européenne, la directive a prévu que lorsque la levée de l'immunité ou du privilège dépend d'une autorité de l'État d'exécution, il appartient à l'autorité d'exécution de demander à celle-ci de lever immédiatement cette immunité ou ce privilège²⁴⁵.

5. *L'existence d'une limitation de la responsabilité pénale concernant la liberté de la presse ou la liberté d'expression*

L'exécution de la décision d'enquête européenne pourrait être refusée par l'État membre d'exécution s'il existe des règles qui sont 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, lesquels rendraient impossible l'exécution de la décision²⁴⁶.

Étrangement, ce motif de refus apparaît dans le même alinéa que celui qui concerne les privilèges et immunités²⁴⁷. La lecture attentive des travaux préparatoires révèle en réalité que le législateur européen envisageait les règles limitant la responsabilité pénale concernant la liberté de la presse comme un exemple d'immunité que connaîtrait l'État d'exécution, permettant de refuser l'exécution d'une décision d'enquête européenne²⁴⁸.

244 D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 635.

245 Art. 11.5 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

246 Art. 11.1, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

247 Voy. le considérant n° 20 qui expose : « Ces motifs peuvent également comprendre les règles relatives à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias, même si celles-ci ne sont pas nécessairement considérées comme des privilèges ou des immunités ».

248 Communiqué de presse suite à la 3096^e session du Conseil Justice et affaires intérieures, Luxembourg, 9 et 10 juin 2011, Doc. Cons. U.E., n° 11008/11, p. 20.

6. *Le risque d'atteinte à des intérêts nationaux*

Un motif de refus relatif au risque d'atteinte aux intérêts nationaux de l'État d'exécution a été inséré dans la directive. Plus précisément, l'exécution de la décision d'enquête pourra être refusée si, dans un cas particulier, cela risque de nuire à des intérêts nationaux essentiels en matière de sécurité, de mettre en danger la source d'information, ou de compromettre l'utilisation d'informations classifiées, se rapportant à des activités de renseignement²⁴⁹. Ce motif de refus n'existe pas dans les autres instruments de reconnaissance mutuelle²⁵⁰. Par contre, on le retrouve sous une forme moins précise et plus élargie dans la Convention européenne d'entraide judiciaire de 1959²⁵¹.

7. *L'impossibilité d'exécuter la mesure d'enquête sollicitée selon le droit de l'État d'exécution dans une procédure nationale similaire et la limitation du recours à la mesure d'enquête sollicitée à certaines infractions*

Lorsque la décision d'enquête a été émise dans le cadre d'une procédure non pénale, engagée par des autorités administratives ou d'autres autorités judiciaires, et que le droit de l'État d'exécution ne permet pas, dans le cadre d'une procédure nationale similaire, l'exécution de la mesure d'enquête sollicitée par l'autorité d'émission, l'autorité d'exécution peut refuser d'exécuter la décision d'enquête européenne²⁵². Dans cette hypothèse, l'État d'exécution pourrait néanmoins recourir, conformément à l'article 10 de la directive²⁵³, 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 de l'État d'exécution.

En outre, l'exécution de la mesure d'enquête sollicitée par l'État d'émission pourrait être limitée, dans l'État d'exécution, à une liste ou à certaines catégories d'infractions, ou à des infractions passibles de sanctions d'un certain seuil. Si l'infraction qui justifie l'émission de la décision d'enquête européenne n'est pas comprise parmi ces infractions, l'exécution de la décision pourra également être refusée par l'État d'exécution²⁵⁴. Ce motif de refus présente des liens avec le principe de proportionnalité puisqu'il est bien question de proportionnalité lorsque la loi de

249 Art. 11.1, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

250 Sauf dans la décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves (art. 13.1.g)).

251 Article 2, b) : « l'entraide judiciaire pourra être refusée si la partie requise estime que l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre ou à d'autres intérêts essentiels de son pays ».

252 Art. 11.1, c), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

253 L'hypothèse est précisément visée par l'article 10.1, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

254 Art. 11.1, h), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

l'État d'exécution « réserve certaines mesures d'enquête à des types d'infractions spécifiques ou des infractions d'une certaine gravité »²⁵⁵.

8. *Le principe ne bis in idem*

Le législateur européen permet à l'État d'exécution de refuser d'exécuter la décision d'enquête européenne si celle-ci est contraire au principe *ne bis in idem*²⁵⁶. Ce motif de refus a été ajouté dans le texte de la directive sous l'impulsion de la Commission européenne²⁵⁷. La directive ne donne toutefois pas de définition du principe *ne bis in idem*.

Il s'agit d'une notion ancienne²⁵⁸ et largement consacrée dans de nombreux instruments internationaux²⁵⁹. Bien qu'il n'y ait pas d'unanimité quant à sa définition exacte²⁶⁰, on peut considérer qu'il est « le principe en vertu duquel une personne ne peut être poursuivie, jugée ou condamnée deux fois pour les mêmes faits »²⁶¹. En tant que conséquence logique de l'effet de chose jugée, il est essentiel en droit pénal²⁶² et « vise la protection juridique de la personne contre l'exercice du *ius puniendi* de l'État. Il répond également à un besoin de sécurité juridique et contribue au respect de l'autorité de la chose jugée »²⁶³.

255 D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 630.

256 Art. 11.1, d), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Le considérant n° 17 précise : « Le principe *non bis in idem* est un principe de droit fondamental dans l'Union, reconnu par la charte et développé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. L'autorité d'exécution devrait donc pouvoir refuser l'exécution d'une décision d'enquête européenne si cette exécution est contraire à ce principe. Étant donné la nature préliminaire des procédures sous-tendant la décision d'enquête européenne, son exécution ne devrait pas être refusée lorsqu'elle vise à établir si une atteinte éventuelle au principe *non bis in idem* existe, ou lorsque l'autorité d'émission a donné l'assurance que les éléments de preuve transférés à la suite de l'exécution de la décision d'enquête européenne ne seront pas utilisés pour poursuivre ou sanctionner une personne qui a été définitivement jugée dans un autre État membre sur la base des mêmes faits ».

257 Voy. Doc. Cons. U.E., n° 13446/10, du 10 septembre 2010, p. 16.

258 Voy. A. WEYEMBERGH, « La jurisprudence de la CJ relative au principe *ne bis in idem* : une contribution essentielle à la reconnaissance mutuelle en matière pénale », in *Court of Justice of the European Union, Cour de justice de l'Union Européenne, The Court of Justice and the Construction of Europe : Analyses and Perspectives of Sixty Years of Case-law - La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, T. M. C. Asser Press, 2013, qui renvoie à M.L. FRIEDLAND, *Double jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969 et J. LELIEUR-FISCHER, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, Thèse pour le doctorat en droit présentée le 9 décembre 2005 à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)*, 2005.

259 Voy. les articles 50 de la Charte de l'UE, 4, § 1^{er}, du protocole 7 à la C.E.D.H. et 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

260 D. BERNARD, « Les solides frontières du principe *ne bis in idem* : fondements et objectifs en droit européen et international », in *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal, Anthémis, 2013, p. 389.

261 D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 662.

262 A. WEYEMBERGH, « Le principe *non bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ? », *C.D.E.*, 2004, p. 338.

263 D. FLORE, *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 662. Voy. aussi J. VERVAELE, « The transnational *non bis in idem* principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human right », *Utrecht Law Review*, 2005, p. 100.



Si la portée du *ne bis in idem* n'est pas déterminée dans la directive, c'est probablement parce que le législateur européen a considéré qu'il suffisait d'avoir égard à l'abondante jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne y relative pour pouvoir en cerner les contours²⁶⁴. En effet, cette Haute Juridiction a maintes fois précisé les contours des articles 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen²⁶⁵ et 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁶⁶. Ces deux dispositions sont véritablement le cœur du principe *ne bis in idem*, au sein de l'Union européenne. L'article 54 de la CAAS énonce qu'« une personne qui a été définitivement jugée par une Partie Contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie Contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation ». Si l'article 54 de la CAAS ne reconnaît au principe *ne bis in idem* qu'une dimension transnationale, l'article 50 de la Charte y ajoute une portée nationale, en ce que : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi »²⁶⁷.

La consécration du principe *ne bis in idem* en tant que motif de refus d'exécution d'une décision d'enquête européenne est particulièrement importante dans ce domaine de la coopération judiciaire entre les États membres²⁶⁸. En effet, une enquête en cours dans l'État d'émission pourrait concerner des faits commis – partiellement au moins – sur le territoire de l'État d'exécution, pour lesquels la personne concernée par la décision d'enquête aurait déjà été condamnée. Dans ce cas, l'État d'exécution peut, vu le motif de refus précité, décider de refuser de donner suite à la décision d'enquête.

264 Pour une étude de la jurisprudence européenne, voy. B. VAN BOCKEL, *The ne bis in idem principle in EU law. A conceptual and jurisprudential analysis*, Kluwer Law International, 2009, p. 267. Voy. aussi T. RAFARACT, « The principle of *ne bis in idem* in the jurisprudence of the European Court of Justice », in S. BRAUM et A. WEYEMBERGH (éd.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 93-110 et B. AUBERT, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE », *AJ pénal*, 2015, pp. 175-179.

265 Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985.

266 Voy. Notamment : C.J.C.E., arrêt du 11 février 2003, C-187/01 et C-385/01 (*Gözütök et Brügge*), C.J.C.E., arrêt du 28 septembre 2006, C-467/04 (*Gasparini e.a.*), C.J.C.E., 28 septembre 2006, C-150/05 (*Van Straaten*), C.J.C.E., arrêt du 10 mars 2005, C-469/03 et C-385/01 (*Miraglia*), C.J.U.E., 5 juin 2014, C-398/12 (affaire *M*), C.J.C.E., arrêt du 9 mars 2006, C-436/04 (*Van Esbroeck*), C.J.C.E., arrêt du 18 juillet 2007, C-367/05 (*Kraaijenbrink*), C.J.C.E., arrêt du 18 juillet 2007, C-288/05 (*Kretzinger*), C.J.C.E., arrêt du 11 décembre 2008, C-297/07 (*Bourquain*), C.J.U.E., 27 mai 2014, C-129/14 PPU (affaire *Spazic*), C.J.U.E., 16 novembre 2010, C-261/09, (*Mantello*).

267 Que le jugement définitif soit le fait d'un autre État membre (portée transnationale) ou d'une autre juridiction du même État (portée nationale). L'article 50 fut interprété par la Cour de justice de l'Union européenne dans les arrêts des 26 février 2013, C-617/10, (affaire *Akerberg Fransson*) ; 27 mai 2014, C-129/14 PPU (affaire *Spazic*), 5 juin 2014, C-398/12 (affaire *M*).

268 European Union Agency for Fundamental Rights, « Opinion of the European Agency for Fundamental Rights on the draft Directive regarding the European Investigation Order », disponible sur le site de l'Agence <http://fra.europa.eu/en/opinion/2011/fra-opinion-draft-directive-regarding-european-investigation-order-eio>, consulté le 13 juin 2016, p. 4.

F Voies de recours

Les parties intéressées par la décision d'enquête européenne peuvent exercer les voies de recours qui leur sont ouvertes par le droit national, à l'égard des mesures d'enquête indiquées dans la décision d'enquête européenne²⁶⁹. Il est par ailleurs prévu que les parties soient correctement informées des possibilités de recours à leur disposition²⁷⁰.

La référence aux voies de recours prévues par le droit national s'explique par le fait qu'il n'était pas possible de prévoir un système unique de voies de recours dans la directive, celle-ci visant seulement à établir un cadre réglementaire général sans distinction entre les mesures d'enquête²⁷¹.

Le législateur européen a toutefois pris le soin de préciser que les motifs de fond, qui sont à l'origine de l'émission de la décision d'enquête européenne, ne peuvent être contestés que par une action portée dans l'État d'émission²⁷². Il est en effet exclu, compte tenu du principe de reconnaissance mutuelle, que les raisons qui sont à l'origine de la décision d'enquête puissent être contestées devant un tribunal de l'État d'exécution²⁷³. Ceci laisse toutefois sous-entendre que les irrégularités de forme relative à la décision d'enquête européenne pourraient être contestées à l'occasion d'un recours tant dans l'État d'émission que dans l'État d'exécution²⁷⁴.

IX Dispositions particulières relatives à certaines mesures d'enquête

La directive concernant la décision d'enquête européenne prévoit des dispositions particulières relatives à certaines mesures d'enquêtes. De manière générale, ces mesures s'exécutent dans les mêmes conditions que les autres. Toutefois, leur mise en œuvre nécessite certaines spécificités, notamment en ce qui concerne les motifs de refus. Nous nous limiterons à passer très brièvement en revue les six mesures d'enquête visées dans la directive en décrivant, dans les grandes lignes, les spécificités qui leur sont applicables. Nous nous permettons toutefois de renvoyer pour le surplus aux dispositions contenues dans la directive du 3 avril 2014.

269 Art. 14.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

270 Art. 14.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

271 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, du 3 juin 2010, p. 14.

272 Art. 14.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

273 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, du 3 juin 2010, p. 14.

274 M. MARTY, « Un exemple de décision nouvelle : la décision d'enquête européenne – Vers la judiciarisation aboutie de la coopération judiciaire dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, spéc. pp. 123-124.



A Transfèrement temporaire de personnes détenues vers l'État d'émission ou vers l'État d'exécution

La décision d'enquête européenne peut être émise par l'autorité d'émission afin que soit transférée temporairement, vers l'État d'émission, une personne détenue dans l'État d'exécution²⁷⁵, ou inversement, en vue du transfert vers l'État d'exécution d'une personne détenue dans l'État d'émission²⁷⁶. Ce type de procédure était déjà autorisé par l'article 9 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000.

L'objectif de ce transfert doit nécessairement être l'obtention de preuves requérant la présence de la personne détenue sur le territoire de l'État d'émission ou d'exécution²⁷⁷. Il est nécessairement temporaire.

S'il vise le transfert d'une personne détenue vers l'État d'émission, la personne devra nécessairement être renvoyée dans le délai qui aura été fixé par l'État d'exécution²⁷⁸. Il n'est pas question d'utiliser la décision d'enquête européenne à des fins détournées, pour éviter d'émettre un mandat d'arrêt européen, lequel a pour objectif l'arrestation et la remise par un autre État membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté²⁷⁹.

Le transfèrement temporaire doit également être distingué du transfèrement interétatique en vue d'exécution de la peine, qui consiste en une procédure par laquelle une personne condamnée à une peine ou mesure privative de liberté, par le juge d'un État, est transférée vers un autre État afin d'y exécuter cette peine ou mesure²⁸⁰. L'objectif ici n'est nullement la récolte des preuves mais bien la réinsertion du condamné en lui permettant d'exécuter le restant de sa peine dans un État avec lequel il entretient des liens étroits²⁸¹.

Deux causes de refus spécifiques sont prévues par le législateur européen lorsque la décision d'enquête européenne concerne le transfert temporaire d'une personne

275 Art. 22.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

276 Art. 23.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

277 Art. 22.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

278 Art. 22.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

279 Art. 1.1 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

280 S. NEVEU et B. ZAMMITTO, « Le transfèrement interétatique de détenus : la procédure et ses enjeux », *Rev. dr. pén. crim.*, 2012, p. 126.

281 *Ibid.*, p. 128.

détenue vers l'État d'émission²⁸². L'autorité d'exécution pourra, en effet, refuser d'exécuter la décision d'enquête européenne si la personne détenue ne donne pas son consentement au transfert temporaire vers l'État d'émission²⁸³. Il en ira de même si le transfèrement du détenu est susceptible de prolonger la détention de celui-ci²⁸⁴.

Si la décision d'enquête européenne est émise aux fins du transfert temporaire d'une personne détenue vers l'État d'exécution, seule la première cause de refus s'applique, lorsque la personne ne donne pas son consentement audit transfert²⁸⁵. Les causes de refus précitées s'ajoutent aux autres motifs de refus visés à l'article 11 de la directive, qui pourront donc également être invoqués par l'autorité d'exécution pour refuser la reconnaissance et l'exécution de la décision d'enquête européenne²⁸⁶.

B Audition par vidéoconférence et autres dispositifs techniques

La décision d'enquête européenne peut être émise afin qu'une personne soit entendue concernant une enquête en cours dans l'État d'émission²⁸⁷. Le législateur européen a toutefois envisagé des dispositions spécifiques afin d'encadrer les demandes des États membres qui souhaiteraient procéder eux-mêmes à telle audition à l'égard d'une personne qui se trouverait sur le territoire de l'État d'exécution, et ce grâce à la vidéoconférence ou tout autre moyen de transmission audiovisuelle, ainsi que grâce à la téléconférence²⁸⁸.

282 Art. 21.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

283 Art. 22.2, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Notons que l'article 9.3 de la Convention européenne d'entraide judiciaire du 29 mai 2000 ne se positionne pas aussi fermement sur l'exigence de consentement de la personne mais prévoit : « S'il est exigé que la personne concernée consente à son transfèrement, une déclaration de consentement ou une copie de celle-ci est fournie sans tarder à l'État membre requis ».

284 Art. 22.2, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

285 Art. 23.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

286 Voy. art. 22.2 de la directive, qui précise que ces motifs de refus spécifiques au transfert temporaire s'appliquent « outre les motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution visés à l'article 11 ».

287 L'audition est d'ailleurs une mesure d'enquête à laquelle il doit toujours être possible de recourir, conformément à ce que prévoit l'article 10.2 de la directive et sous réserve de motifs de refus d'exécution. Voy. art. 10.2, c) de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

288 Art. 24 et 25 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

L'audition sollicitée par l'autorité d'émission peut viser tant un témoin ou un expert²⁸⁹, qu'un suspect ou une personne poursuivie²⁹⁰.

La directive européenne prévoit des causes de refus d'exécution spécifiques, qui pourraient justifier que l'autorité d'exécution refuse de prêter son assistance à l'autorité d'émission²⁹¹. Ainsi, l'exécution de la décision d'enquête européenne pourra être refusée si elle concerne un suspect ou une personne poursuivie et que celui/celle-ci ne donne pas son consentement²⁹² ou si l'exécution de la mesure d'enquête est contraire aux principes fondamentaux – sans autre précision – du droit de l'État d'exécution²⁹³.

C Obtention d'informations bancaires et financières

Le législateur européen a également prévu des dispositions spécifiques lorsque la décision d'enquête européenne vise à obtenir des informations relatives aux comptes bancaires et/ou financiers d'une personne, ou aux opérations bancaires et/ou financières. Ainsi, une décision d'enquête européenne peut être émise afin de savoir si une personne (physique ou morale) est titulaire ou contrôle un ou plusieurs comptes dans une banque située sur le territoire d'un autre État, et d'obtenir des renseignements concernant ces comptes²⁹⁴.

La décision d'enquête européenne pourrait également avoir pour objectif de déterminer si la personne détient un ou plusieurs comptes dans un établissement financier non bancaire situé sur le territoire de l'État d'exécution, ce dernier étant alors toutefois libre, en plus des motifs de refus contenus à l'article 11 de la directive du 3 avril 2014, de refuser d'exécuter la décision si la mesure d'enquête solli-

289 Art. 24.1, al. 1^{er}, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

290 Art. 24.1, al. 2, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

291 Art. 24.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. Ces motifs spécifiques ne s'appliquent cependant pas lorsque la mesure d'enquête sollicitée par la décision d'enquête européenne est une audition par téléconférence, dont l'exécution ne pourrait dès lors être refusée que sur la base des motifs de refus contenus à l'article 11 de la directive (Art. 25.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, qui ne renvoie pas, parmi les dispositions relatives à l'audition par vidéoconférence ou par tout autre moyen, à l'article 24, paragraphe 2).

292 Art. 24.2, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

293 Art. 24.2, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

294 Art. 26.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

citée – dans le cadre d’une procédure pénale²⁹⁵ – n’est pas autorisée dans le cadre d’une procédure nationale similaire²⁹⁶.

L’autorité d’émission peut également avoir déjà identifié des comptes bancaires déterminés, détenus par des personnes au sein de banques localisées sur le territoire de l’État d’exécution. Elle pourra alors émettre une décision d’enquête européenne pour obtenir des renseignements y relatifs, ou relatifs aux opérations bancaires réalisées sur ces comptes ainsi que des renseignements concernant tout compte émetteur ou récepteur de ces opérations²⁹⁷.

Dans les différentes hypothèses envisagées ci-dessus, en plus des obligations auxquelles sont soumises autorité d’émission et autorité d’exécution dans le cadre de l’exécution d’une décision d’enquête européenne²⁹⁸, le législateur européen a explicitement prévu que les banques, qui seront nécessairement sollicitées pour fournir les informations demandées par l’autorité d’émission, respectent des règles de confidentialité.

D Exécution de mesures d’enquête impliquant l’obtention de preuves en temps réel

La directive prévoit des dispositions spécifiques lorsque la décision d’enquête européenne vise l’exécution d’une mesure d’enquête – peu importe laquelle – qui implique l’obtention de preuves en temps réel, de manière continue et au cours d’une période déterminée²⁹⁹.

Deux exemples de mesures d’enquête sont donnés par le législateur européen : le suivi d’opérations bancaires ou financières sur un ou plusieurs comptes spécifiques³⁰⁰ ainsi que les livraisons contrôlées sur le territoire de l’État d’exécution³⁰¹.

295 Il existe en effet déjà un motif de refus général lié au fait que la décision d’enquête européenne émise dans le cadre d’une procédure non pénale concernerait une mesure d’enquête non autorisée par le droit de l’État d’exécution dans le cadre d’une procédure nationale similaire. Voy. art. 11.1, c) de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d’enquête européenne en matière pénale.

296 Art. 26.6 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d’enquête européenne en matière pénale.

297 Art. 27.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d’enquête européenne en matière pénale.

298 Voy. Art. 19.1 à 19.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d’enquête européenne en matière pénale.

299 Art. 28.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d’enquête européenne en matière pénale.

300 Art. 28.1, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d’enquête européenne en matière pénale.

301 Art. 28.1, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d’enquête européenne en matière pénale.

L'exécution de la décision d'enquête pourra, dans ces deux cas, être refusée si la mesure d'enquête sollicitée n'est pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire³⁰², en ce compris une procédure pénale³⁰³.

E Enquête discrète

Une décision d'enquête européenne peut être émise en vue de demander à l'État d'exécution de prêter son assistance à l'État d'émission dans le cadre de la conduite d'une « enquête discrète », c'est-à-dire une enquête pénale menée par des agents intervenant en secret ou sous une fausse identité.

L'autorité d'exécution pourra dans ce cas refuser d'exécuter la décision d'enquête européenne lorsque l'exécution d'une enquête discrète ne serait pas autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire³⁰⁴, même de nature pénale³⁰⁵, ou lorsqu'il n'a pas été possible de parvenir à un accord sur les modalités concrètes d'exécution de l'enquête discrète³⁰⁶.

F Interception de télécommunications

Le législateur européen a également prévu des dispositions spécifiques lorsqu'un État membre émet une décision d'enquête européenne en vue d'intercepter des télécommunications privées. Celles-ci visent tant la situation dans laquelle l'État d'émission a besoin de l'assistance technique d'un autre État membre pour procéder à l'interception³⁰⁷ que l'hypothèse contraire, dans laquelle la cible de l'interception est néanmoins présente sur le territoire d'un autre État membre, lequel devra nécessairement être informé de l'interception³⁰⁸.

Si l'interception de télécommunications ne peut être autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire, même si celle-ci est de nature pénale³⁰⁹, l'exécution de la décision d'enquête pourra être refusée par l'État d'exécution³¹⁰. Ce dernier

302 Voy. art. 26.6 et 27.5 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

303 Voy. N.B. n° 295.

304 Art. 29.3, a), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

305 Voy. N.B. n° 295.

306 Art. 29.3, b), de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

307 Art. 30 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

308 Art. 31 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

309 Voy. N.B. n° 295.

310 Art. 30.5 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

peut également subordonner son consentement à l'exécution de la décision d'enquête au respect des conditions que son droit national impose dans les procédures similaires³¹¹.

X Transfert des éléments de preuve obtenus suite à l'exécution de la décision d'enquête européenne

Les éléments de preuve obtenus suite à l'exécution de la décision d'enquête européenne sont automatiquement transférés à l'autorité d'émission, sans retard, et sans qu'il ne soit nécessaire d'émettre une autre demande en vue d'obtenir le transfert desdites preuves³¹², contrairement à ce que prévoyait la décision-cadre relative au gel d'éléments de preuve, qui supposait d'adresser une seconde demande en ce sens, et via l'entraide judiciaire classique³¹³.

Si l'autorité d'émission est amenée à prêter son assistance dans le cadre de l'exécution de la décision d'enquête européenne³¹⁴, les éléments de preuve lui sont délivrés directement, à condition toutefois que la décision d'enquête européenne contienne explicitement cette demande, et que le droit de l'État d'exécution admette un tel transfert immédiat³¹⁵.

La directive contient une disposition spécifique qui précise que le transfert des éléments de preuve peut être suspendu par l'autorité d'exécution. Il en sera ainsi lorsqu'un recours a été formé, concernant la décision d'enquête européenne. L'autorité d'émission de la décision d'enquête européenne pourrait néanmoins anticiper l'exercice d'une voie de recours et indiquer, dans la décision elle-même, des motifs suffisants pour considérer qu'un transfert immédiat des éléments de preuves est indispensable au bon déroulement de l'enquête dans l'État d'émission, ou à la préservation des droits individuels, même en cas de recours³¹⁶. Le transfert des éléments de preuve est cependant suspendu, en toute hypothèse, dans le cas où il causerait un préjudice grave et irréversible à la personne concernée³¹⁷.

311 Art. 30.5 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

312 Art. 13.1, al. 1^{er}, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

313 Voy. *Supra*.

314 Possibilité prévue par l'art. 9.4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

315 Art. 13.1, al. 2, de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

316 Art. 13.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

317 Art. 13.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

L'autorité d'exécution peut préciser, à l'occasion du transfert vers l'autorité d'émission des éléments de preuves obtenus, qu'elle souhaite que ceux-ci lui soient renvoyés dès qu'ils ne seront plus nécessaires à l'État d'émission³¹⁸. Cette disposition peut paraître particulièrement vague, notamment parce qu'elle est muette sur la possibilité pour l'autorité d'émission de réaliser des copies des preuves obtenues et de conserver celles-ci, ou encore sur la destination des preuves une fois que celles-ci ne sont plus utiles à l'État d'émission dans l'hypothèse où rien n'est précisé dans la décision d'enquête³¹⁹.

Si les objets, les documents ou les données obtenus suite à l'exécution de la décision d'enquête sont pertinents dans le cadre d'autres procédures en cours dans l'État d'exécution, un transfert temporaire peut par ailleurs être envisagé³²⁰. Il appartiendra dans ce cas à l'autorité d'exécution de consulter à ce sujet l'autorité d'émission. À la demande expresse de celle-ci, les éléments de preuve obtenus pourraient ainsi être transférés temporairement vers l'État d'émission, à la condition que ces éléments de preuve soient renvoyés à l'État d'exécution dès qu'ils ne sont plus nécessaires à l'État d'émission, ou à tout autre moment ou occasion convenu entre les autorités compétentes³²¹.

Le législateur européen prévoit expressément, dans un souci de confidentialité, que, conformément à son droit national et sauf indication contraire de l'autorité d'exécution, l'autorité d'émission ne peut divulguer aucun élément de preuve ni aucune information fournie par l'autorité d'exécution, sauf dans la mesure nécessaire aux fins des enquêtes et procédures décrites dans la décision d'enquête européenne³²².

XI Recevabilité des preuves obtenues suite à l'exécution de la décision d'enquête européenne

Si l'objectif des instances européennes était que l'Union se dote d'un système complet d'obtention de la preuve dans les affaires transnationales, qui comprendrait des principes minimaux pour faciliter l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États³²³, les États membres à l'origine de la directive concernant la décision

318 Art. 13.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

319 A. MANGIARACINA, « A New and Controversial Scenario in the Gatering of Evidence at the European Level : The Proposal for a Directive on the European Investigation Order », *op. cit.*, spéc. p. 125.

320 Art. 13.4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

321 Art. 13.4 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

322 Art. 19.3 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

323 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – Un espace de liberté, de sécurité et de justice au service des citoyens, C.O.M. (2009) 262 final. L'adoption de règles mini-

d'enquête européenne ne sont pas parvenus à établir de règles générales relatives à la régularité des éléments de preuves recueillis suite à l'exécution de la décision d'enquête européenne.

Pourtant, la question de la recevabilité, dans un État d'émission, des preuves récoltées par un État d'exécution est susceptible de se poser, vu les divergences législatives existant entre les États membres, en matière de procédure pénale. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs été saisie de cette question dans l'affaire *Stojkovic c. France et Belgique*³²⁴ relative à une commission rogatoire internationale. Dans son arrêt du 27 octobre 2011³²⁵, la Cour a condamné la France pour violation de l'article 6, § 3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme en raison de l'absence d'avocat lors de l'audition d'un « témoin assisté » dans l'État requis, c'est-à-dire en Belgique. Toutefois, la question dépassait la simple incompatibilité avec le droit de l'État d'émission puisque la norme violée était contenue dans un instrument supranational, à savoir la Convention européenne des droits de l'homme.

À défaut pour l'Union européenne de disposer de règles communes en matière de collecte des preuves, cette question relative à la recevabilité des éléments de preuve recueillis suite à l'exécution d'une décision d'enquête européenne reste régie par les droits nationaux.

La directive contient toutefois certains « palliatifs », qui contribuent à garantir l'admissibilité des preuves recueillies suite à l'exécution d'une décision d'enquête³²⁶. Pour éviter que l'exécution de la mesure d'instruction sollicitée par la décision d'enquête ne suscite des difficultés à cet égard³²⁷, l'autorité d'émission a la possibilité de préciser, dans la décision d'enquête européenne, les formalités ou procédures particulières à respecter dans le cadre de l'exécution de ladite mesure d'enquête³²⁸, tandis que l'autorité d'exécution est tenue de respecter celles-ci, sauf en cas de contrariété avec la directive ou avec les principes fondamentaux du droit de l'État d'exécution³²⁹.

males pour garantir l'admissibilité mutuelle des preuves entre les États membres est par ailleurs visé à l'article 82.2, a), T.F.U.E.

324 Cour eur. D.H., *Stojkovic c. France et Belgique*, 27 octobre 2011. Sur cet arrêt voir A. WEYEMBERGH, « Vers une approche maximaliste du droit à l'assistance d'un avocat (Cour eur. D.H., *Stojkovic c. France et Belgique*, 27 octobre 2011) », *Rev. trim. D.H.*, 2013, pp. 143-166.

325 Rendu à l'unanimité des membres de la chambre.

326 Conformément à l'art. 9.1 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. 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, du 3 juin 2010, p. 8.

327 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, du 3 juin 2010, p. 8.

328 Voy. section I du formulaire annexé à la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

329 Art. 9.2 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

L'article 9.3 de la directive permet également à l'autorité d'émission de demander à ce que une ou plusieurs autorités de l'État d'émission puissent être présentes lors de l'exécution de la décision d'enquête européenne afin d'assister les autorités d'exécution. Ceci est également de nature à garantir la recevabilité des preuves recueillies, en présence d'autorités de l'État d'émission, qui pourront donner des indications sur les règles qui entourent l'exécution de ladite mesure d'enquête, en vigueur dans leur État³³⁰.

Nous ne pouvons qu'encourager les autorités d'émission à préciser, autant que possible, dans la décision d'enquête européenne, la manière dont la mesure d'enquête sollicitée devra être exécutée, afin d'éviter que les preuves recueillies ne soient déclarées irrecevables au cours de la procédure pénale, en raison de la façon dont elles auraient été recueillies dans un autre État membre³³¹.

Notons néanmoins qu'en Belgique, cette question relative à la recevabilité des preuves obtenues dans un autre État membre paraît moins sensible, puisque notre système juridique permet l'utilisation, dans le cadre d'un procès pénal, de preuves irrégulières. En effet, ces preuves, recueillies sur le territoire d'un autre État membre au moyen d'une décision d'enquête européenne, devront inévitablement être soumises au test « Antigone », repris à l'article 13 de la loi du 9 décembre 2004 en matière de preuves recueillies à l'étranger³³². Ainsi, l'irrecevabilité de preuves recueillies de manière irrégulière ne pourra être constatée que si le respect des conditions formelles était prescrit à peine de nullité (selon le droit de l'État dans lequel l'élément de preuve a été recueilli), ou si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou encore si l'usage de la preuve serait contraire au droit à un procès équitable.

XII Dispositions transitoires

Si la directive doit être transposée dans le droit des différents États membres participants au plus tard le 22 mai 2017³³³, le législateur européen a pris le soin de prévoir des dispositions transitoires pour les demandes d'entraide reçues avant cette date. C'est la date de réception de la demande qui est prise en considération à cet égard³³⁴. Ainsi, les commissions rogatoires reçues avant le 22 mai 2017 continuent

330 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, du 3 juin 2010, p. 8.

331 Voy., à cet égard, Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, COM (2009) 624 final.

332 Art. 13 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, M.B., 24 décembre 2004.

333 Art. 36 de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

334 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, du 3 juin 2010, p. 32.

à relever du système de l'entraide judiciaire classique. Il en va de même pour les décisions de gel d'éléments de preuve prises en vertu de la décision-cadre du 22 juillet 2003³³⁵.

Conclusion

La décision d'enquête européenne paraît être un instrument efficace, qui contribuera à l'amélioration et la simplification de la collecte des preuves sur le territoire d'autres États membres de l'Union européenne, et ainsi, à la manifestation de la vérité dans le cadre de procédures pénales ayant une dimension transnationale.

Ce nouvel instrument est basé sur une approche innovante et cohérente, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires. Il présente l'avantage de correspondre à la logique des enquêtes pénales, en envisageant la récolte des preuves de manière globale, et plus de façon morcelée, sur la base de la mesure d'enquête à exécuter, et plus sur les preuves à recueillir. Son intérêt pratique est évident, puisqu'il remplacera le système lourd et parfois archaïque des commissions rogatoires internationales avec toutes les difficultés que l'exécution de celles-ci peut parfois engendrer.

Les autorités judiciaires seront désormais confrontées à un cadre juridique unique, remplaçant la mosaïque des dispositions applicables en la matière³³⁶. Elles pourront en outre facilement recourir à ce nouvel instrument, au moyen du formulaire uniformisé annexé au texte de la directive, qu'il leur reviendra seulement de compléter pour émettre une décision d'enquête européenne. Elles pourront par ailleurs compter sur des délais de reconnaissance et d'exécution efficaces, de nature à accélérer la suite qui sera réservée à leur demande.

Si la présence de motifs de refus d'exécution est de nature à porter préjudice à l'efficacité du nouvel instrument, la manière dont la directive sera transposée dans les différents États membres (participants) de l'Union européenne permettra de connaître ceux que les États retiendront pour refuser d'exécuter une décision d'enquête européenne. Espérons à cet égard que les États soient plutôt enclins à un usage raisonnable de ces motifs et que la propension sera plutôt l'exécution de la décision judiciaire d'un autre État membre, en vertu de la confiance mutuelle que les États se portent.

En ce qui concerne plus spécifiquement le motif de refus lié au non-respect des droits fondamentaux, l'usage qui en sera fait par les juridictions nationales ainsi

335 Art. 35.1. de la directive du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

336 Voy. Communiqué de presse suite à la 3096^e session du Conseil Justice et affaires intérieures, Luxembourg, 9 et 10 juin 2011, Doc. Cons. U.E., 11008/11, p. 20.



que par la Cour de justice de l'Union permettra de déterminer les limites que les droits fondamentaux imposent au principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires dans ce domaine de la coopération judiciaire en matière pénale.

Si nous regrettons que la directive ne contienne aucune règle sur la recevabilité des preuves que la décision d'enquête européenne aura permis de recueillir, ce qui pourrait également nuire à l'efficacité du mécanisme, nous encourageons toutefois vivement les autorités d'émission à être le plus précises possible lorsqu'elles décrivent la mesure d'enquête à exécuter sur le territoire de l'État d'émission, en indiquant les garanties éventuelles qu'il y a lieu de respecter de manière à assurer que la preuve soit effectivement admise et puisse être utilisée par les autorités de l'État d'émission.

L'utilisation de la décision d'enquête européenne par les autorités judiciaires des États membres sera déterminante pour apprécier si celle-ci révolutionnera réellement la récolte des preuves sur le territoire d'autres États membres de l'Union. Nous espérons toutefois que cet instrument puisse, dans quelques années, se targuer du même succès que celui que connaît le mandat d'arrêt européen, dont l'efficacité et le déploiement ne sont plus à démontrer.

Mona GIACOMETTI,
Assistante-Doctorante (UCL-CRID&P),
Avocat au barreau de Bruxelles (Joyn Legal)
et

Suliane NEVEU,
Docteure en sciences juridiques (UCL),
Stagiaire judiciaire près le parquet de Mons (division de Tournai)