

Les perspectives de l'espace judiciaire européen en matière de recherche et d'utilisation des preuves situées à l'étranger*

Sabine Gless

Professeur à l'Université de Bâle

Dans quelles conditions des faits matériels survenus dans le passé doivent-ils être constatés pour pouvoir être appréhendés par une juridiction et fonder une décision de justice¹? Cette question préoccupe les civilistes comme les pénalistes dans tous les ordres juridiques nationaux.

Néanmoins, les réponses qu'ils apportent à cette question divergent. Tout comme divergent d'ailleurs les réponses données par les différents ordres juridiques nationaux². C'est pour en discuter que nous sommes réunis aujourd'hui à l'occasion de cette conférence.

Le décor étant posé, venons-en à notre sujet : quel est l'avenir de la recherche et de l'utilisation de preuves situées à l'étranger dans un « espace judiciaire européen³ » ?

Pour répondre à cette interrogation, des précisions doivent être données sur les questions suivantes :

I. Dans le cadre d'une procédure pénale, comment la police judiciaire d'un État peut-elle obtenir d'un autre État les preuves dont elle a besoin ?

II. Quelles sont les conséquences de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice pour le droit de la preuve et la recherche transfrontalière de preuves ?

* L'auteur remercie Stéphanie Dagron pour l'aide linguistique et Regula Echle pour la préparation de la recherche.

1. V. I. Dennis, *The Law of Evidence*, 2^e éd., Sweet & Maxwell, London, 2002, p. 41 s.

2. S. Gless, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, *Neue Schriften zum Strafrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2006, p. 230 s.

3. A. Weyembergh, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 141 s.

III. Quelles sont les perspectives d'avenir de « l'espace judiciaire européen » pour la recherche et l'utilisation des preuves dans un procès pénal *in concreto* ?

I. LA RECHERCHE TRANSFRONTALIÈRE DE PREUVES

Tout d'abord, il s'agit de répondre à la question suivante : comment obtient-on des preuves situées à l'étranger⁴ ? La réponse traditionnelle à cette question est bien connue : on a recours à l'entraide judiciaire pénale.

A. L'ENTRAIDE JUDICIAIRE TRADITIONNELLE

Les autorités judiciaires obtiennent des preuves grâce au système de l'entraide judiciaire pénale⁵. Une demande d'entraide pour la recherche de preuves est transmise aux autorités compétentes d'un État étranger (généralement, cette demande n'est pas formulée directement par les autorités judiciaires mais par une commission centrale chargée des relations avec l'étranger)⁶. L'autorité compétente étrangère procède alors (ou ne procède pas, mais il s'agit là d'un autre problème) à la recherche de la preuve conformément aux lois nationales applicables⁷.

Pour illustrer ce système traditionnel, et lorsque la procédure fonctionne comme prévu, on peut évoquer l'exemple suivant : dans le cadre d'une affaire de racisme, un magistrat français demande à l'Allemagne — conformément à la procédure que je viens de décrire — de procéder à l'audition d'un témoin. Les autorités judiciaires compétentes vérifient qu'elles peuvent donner suite à cette demande. Si c'est le cas, un magistrat allemand peut convoquer la personne concernée et procéder à son audition dans le respect des dispositions du droit allemand de la procédure pénale et notamment dans le respect du principe du contradictoire. Cela signifie que le magistrat allemand qui entend procéder à une audition de témoins doit en informer au préalable les parties et leur défenseur. Le témoin est informé de ses droits conformément au droit allemand⁸. Un autre exemple peut être mentionné : un magistrat allemand demande à la France de saisir certains documents dans le cadre d'une procédure pour fraude fiscale. Le magistrat français vérifie qu'il peut donner suite à cette demande. Si c'est le cas, il fait procéder à la saisine des documents conformément aux formalités et procédures du droit français.

4. Sur les réformes du droit français : M. Massé, « Droit pénal international », RSC 2005. 408 s.

5. V. J. Pradel et G. Corstens, *Droit pénal européen*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2002, n^o 139 s.

6. M. Massé, « Droit pénal international », RSC 2005. 410 s.

7. Pour plus de détails v. J. Pradel et G. Corstens, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, n^o 156 s.

8. A. Weyembergh, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, *op. cit.*, p. 146 s.

Quelles sont, à présent, les difficultés actuelles du système de l'entraide judiciaire ?

B. LES DIFFICULTÉS

Tout d'abord, la procédure traditionnelle peut se révéler très longue dans de nombreux cas⁹. Ensuite, il se peut que cette procédure n'aboutisse pas, l'obtention de preuves dans l'État requis n'étant pas possible au regard des lois applicables¹⁰. Enfin, il se peut que les éléments de preuves obtenus dans l'État requis soient totalement inutilisables dans l'État d'émission de la demande. Il en est ainsi lorsque les conditions de l'audition d'un témoin ou de la saisine de documents dans l'État requis ne répondent pas aux exigences procédurales de l'État d'émission concernant la recherche et l'utilisation des preuves.

Concrètement, dans le cas évoqué précédemment d'un procès pénal pour discrimination raciale, imaginons que la France demande à la Grande-Bretagne de procéder à une audition. Cette demande peut être rejetée puisque certains faits condamnés par le droit français comme l'expression publique de certaines opinions, ne peuvent faire l'objet d'une poursuite en Grande-Bretagne, le droit pénal anglais ne les punissant pas.

Dans le cas d'un interrogatoire réalisé à l'étranger, les éléments de preuves obtenus ne sont pas toujours utilisables en Allemagne, les formes et procédures requises par le droit allemand n'ayant pas forcément été respectées dans l'État requis¹¹.

Enfin, en France, des difficultés peuvent survenir lorsque les autorités judiciaires de l'État requis ne sont pas en mesure de fournir un document écrit, indispensable au regard de la procédure française, qui réponde aux conditions formelles du procès-verbal tout simplement parce que cet État ne connaît pas ce type d'acte.

C. LES SOLUTIONS APPORTÉES DANS L'UNION EUROPÉENNE

La solution la plus directe aux difficultés présentées consistait en une réforme de l'entraide judiciaire¹². C'est la voie qui a été choisie par les États membres de l'Union

9. T. Diallo, « L'entraide répressive internationale en matière pénale : esquisse d'une problématique », RSC 1992. 543 ; S. Gless, « Obtaining Evidence Abroad : Mutual Assistance and Criminal Procedure in EU Member States at a Crossroads », in A. Miller et P. Zumbansen (dir.), *1 Annual of German & European Law*, Berghahn Books New York, Oxford, 2003, p. 68 s. ; M. Massé, « Droit pénal international », RSC 2005. 411 s.

10. S. Gless, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, *Neue Schriften zum Strafrecht*, op. cit., p. 247 s.

11. V. des jugements allemands : « Bundesgerichtshof », in *Goldammer's Archiv* 1976. 218 ; « Bundesgerichtshof », in *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1992, p. 394 ; S. Gless, « The Prominent Procedural Issues : Obtaining Evidence Abroad — a European Approach », in C. Fijnaut et H.-J. Albrecht (dir.), *The Containment of Transnational Organized Crime. Comments on the UN Convention of December 2000*, Max-Planck-Institut, Freiburg i. Br., 2002, p. 133 s.

12. V., S. Allegrezza, « Cooperazione giudiziaria, mutuo riconoscimento e circolazione della

européenne avec la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale conclue en 2000¹³. Cette convention rend plus souple et rapide l'entraide judiciaire et prévoit notamment la possibilité d'exécution des demandes d'entraide dans le respect des formalités et procédures indiquées par l'État requérant (cf. art. 4 Convention)¹⁴. Pour reprendre les exemples précédents, cela signifie que, dans le cas de l'audition d'un témoin, l'Allemagne applique, dans la mesure du possible, le droit français de la procédure pénale applicable aux interrogatoires. De son côté, la France s'efforce de respecter le droit allemand applicable à la saisie de documents.

Cette modification du régime de l'entraide judiciaire au sein de l'Union européenne a pour objectif principal la concrétisation véritable de l'aide au niveau judiciaire. Il s'agit d'éviter que des preuves collectées dans un État requis soient inexploitable dans l'État requérant en raison du non-respect des procédures applicables. Néanmoins, même initiée par l'Union européenne, une telle réforme se heurte à certaines limites qui peuvent d'ailleurs provenir de la règle de l'article 4, déjà énoncée, selon laquelle l'État requis respecte les formalités et procédures de l'État requérant.

Ainsi, pour en revenir aux exemples de l'audition de témoin réalisée en Allemagne conformément aux règles françaises de la procédure pénale, d'une part, et de la saisie de documents en France conformément aux lois allemandes, d'autre part, on constate que, pour les magistrats de l'État requis, il peut être difficile — voire juridiquement impossible — de mettre en œuvre dans la pratique les règles étrangères de procédure pénale¹⁵.

En outre, en matière pénale, la confiance dans les actes accomplis dans l'État requis ne dépend pas uniquement des formes et procédures retenues pour la recherche des preuves. Elle dépend aussi de l'existence de certaines garanties institutionnelles : ainsi, en Allemagne, le recueil de certaines preuves ne peut être le fait que d'un juge indépendant et neutre¹⁶.

Pour résumer, on constate que la réforme du droit de la preuve judiciaire se heurte à certaines limites. Aussi, et même à supposer que les magistrats allemands soient en mesure d'appliquer toutes les dispositions du droit français de la procédure pénale, il reste compliqué pour eux de remplir un procès-verbal français correctement¹⁷.

prova penale nello spazio giudiziario europeo », in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia : alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, T. Rafaraci (Éd.), Giuffrè, 2007, p. 691 s.

13. R. Belfiore, « Movement of Evidence in the EU : The Present Scenario and Possible Future Developments », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2009, n° 17, p. 12 s.; R. Roth, « Droit pénal transnational », in C. A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 136; A. Weyembergh, « L'avenir des mécanismes de coopération judiciaire pénale entre les États membres de l'Union européenne », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, op. cit., p. 146 s.

14. M. Massé, « Actualité française de l'entraide judiciaire internationale », RSC 2001. 891 s.

15. V. aussi : R. Roth, « Droit pénal transnational », in C. A. Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, op. cit., p. 143.

16. H. Landau, « Chancen und Risiken einer Reform des Strafverfahrens », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2004, p. 146, 149.

17. V. la perspective de l'Office de lutte anti fraude (OLAF) : O. Frese, « Kontrollen bei franzö-

II. L'ESPACE EUROPÉEN DE LIBERTÉ, DE SÉCURITÉ ET DE JUSTICE ET LA LIBRE CIRCULATION DES PREUVES

Les infractions pénales présentant de plus en plus couramment des éléments d'extranéité et l'obtention de preuves par la voie traditionnelle de l'entraide judiciaire pouvant être difficile, les États membres de l'Union européenne ont cherché une autre solution. Cette solution nouvelle s'inscrit dans le cadre de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice¹⁸ et a pour fondement le principe de la reconnaissance mutuelle.

Nous arrivons ici à notre seconde question qui est celle de la signification de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice pour le droit de la preuve judiciaire et pour la recherche de preuves à l'étranger. La « reconnaissance mutuelle des preuves » est à l'ordre du jour de l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice depuis le Conseil européen de Tampere¹⁹. Ce projet fait partie du programme de La Haye et il a été repris par une initiative française relative à un mandat européen de recherche de preuves. Quel est l'impact concret du principe de la reconnaissance mutuelle pour la recherche de preuves dans un autre État et leur exploitation ?

A. LE PRINCIPE DE LA RECONNAISSANCE MUTUELLE — CONTENU ET APPLICATION

Les modalités de la mise en œuvre du principe de la reconnaissance mutuelle ont déjà été évoquées dans ce colloque. Aussi, je me limiterai ici au rappel de quelques points.

Le principe de la reconnaissance mutuelle a pour effet la reconnaissance automatique des décisions judiciaires et des jugements émanant d'un autre État membre de l'Union européenne²⁰. Toutefois, les conséquences de l'application de ce principe pour la recherche de preuves dans les affaires transfrontalières n'ont pas été clairement précisées dans les textes européens. Deux questions se posent en particulier : s'agit-il de la reconnaissance mutuelle des demandes de recherche de preuves, c'est-à-dire finalement d'une demande d'entraide judiciaire transfrontalière de nature contraignante ? Ou s'agit-il d'une obligation de reconnaissance plus large, touchant

sischen Wirtschaftsteilnehmern auf der Grundlage der Verordnungen Nr. 1073/99 und 2185/96 », *Mendel Verlag Witten*, 2004, p. 140 s., p. 156 ; ainsi que la perspective du droit français à l'extérieur : M. Massé, « Droit pénal international », RSC 2005, p. 414.

18. V., H. Labayle, « Instruments et procédures de l'espace de liberté, la sécurité et la justice », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (dir.), *Quelles réformes pour l'espace européen*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 41 s. ; A. Weyembergh, *L'harmonisation des législations : conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Éd. de l'Université Libre de Bruxelles, 2004, p. 12 s.

19. V., G. Kerchove, « L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, op. cit., p. 3 s.

20. M. Massé, « Droit pénal international », RSC 2005. 952 ; J. Pradel, *Le mandat d'arrêt européen*, Dalloz, Paris, 2004, p. 1392 s.

à la recevabilité des éléments de preuves recueillis et entraînant l'apparition d'une preuve recevable devant les juridictions des autres États membres ?

B. LA RECHERCHE DES PREUVES. LA RECONNAISSANCE D'UNE DEMANDE D'ENTRAIDE JUDICIAIRE

Une précision doit être donnée à ce stade : l'agenda politique de l'Union européenne est aujourd'hui principalement centré sur la réalisation de la reconnaissance mutuelle en matière de demande d'entraide — c'est-à-dire sur la demande de *recherche* de preuves.

La reconnaissance mutuelle remplace la procédure traditionnelle de l'entraide judiciaire : alors que, par le passé, une demande d'entraide entre deux États membres de l'Union européenne pour l'audition d'un témoin — ou la saisie de documents — faisait l'objet d'une procédure d'examen relativement longue, une telle demande devrait à l'avenir être examinée très rapidement par l'État d'exécution²¹.

Cette évolution est importante en matière pénale, notamment parce qu'elle entraîne la disparition de l'exigence de double incrimination qui, jusqu'à aujourd'hui, constituait un motif traditionnel de rejet des demandes d'entraide judiciaire. En effet, conformément au principe de double incrimination, un État peut rejeter toute demande d'entraide lorsque les faits en cause ne sont pas incriminés par les lois pénales nationales.

Pour reprendre les exemples déjà évoqués : une demande d'entraide judiciaire émise par l'Allemagne doit être exécutée en Grande-Bretagne même lorsque les faits concernés ne sont pas répréhensibles au regard du droit anglais. Il peut s'agir notamment d'une infraction pour racisme, non punissable en Grande-Bretagne.

C. L'UTILISATION DES PREUVES. DES PREUVES RECEVABLES DANS TOUTE L'EUROPE ?

Un projet de « libre circulation des preuves au niveau européen » n'est pas à l'ordre du jour de l'Union européenne²². Pourquoi ?

Une preuve recevable dans tous les États européens serait une solution aux problèmes posés par la recherche transfrontalière des preuves et aux difficultés liées à l'utilisation des preuves recueillies par un État membre devant les juridictions des autres États membres²³. Or, la condition d'un tel système de libre circulation de la

21. N. Gazeas, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, ZRP 2005, p. 18 s. ; S. Gless, *Strafverteidiger*, StV 2004, p. 679 s.

22. V., S. Gless, « Die "Verkehrsfähigkeit von Beweisen" im Strafverfahren », *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 2003, p. 131 s. ; G. Melillo, « Il mutuo riconoscimento e la circolazione della prova », in AA.VV., *L'area di libertà, sicurezza e giustizia : alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, T. Rafaraci (Éd.), Giuffrè, 2007, p. 465 s.

23. S. Gless, « Free Movement of Evidence in Europe », in T. A. Deu, F. G. Inchausti et M. C. Hernan (dir.), *El Derecho Procesal Penal en la Union Europea*, Éd. Colex, Madrid, 2006, p. 121 s.

preuve au niveau européen est que la preuve soit obtenue conformément à des modalités de recueil des preuves quasiment identiques dans tous les États membres.

Les dispositions relatives à la recherche des preuves ont essentiellement deux buts : premièrement, ces dispositions sont destinées à faciliter la recherche de preuves dans une affaire. Elles sont utiles à la mise en lumière de la vérité. Deuxièmement, les dispositions procédurales relatives au recueil des preuves sont une garantie du « procès équitable ». Elles visent donc la protection des accusés²⁴.

Lorsqu'il est procédé à l'audition d'un témoin dans un État étranger — prenons la France pour une procédure engagée en Allemagne — il est nécessaire que l'accusé ait aussi la possibilité de poser des questions à ce témoin à charge. Le droit allemand considère que le principe de la confrontation de l'accusé et du témoin est, d'une part, absolument nécessaire à la manifestation de la vérité et, d'autre part, une garantie pour la protection des droits de l'accusé²⁵.

La mise en évidence de ces deux fonctions attachées aux dispositions gouvernant la recherche des preuves permet de mieux saisir les obstacles à une application plus large du principe de la reconnaissance mutuelle des preuves en matière pénale : sans l'harmonisation préalable des modalités de recherche des preuves, une application plus compréhensive de la reconnaissance mutuelle pourrait avoir pour effet l'affaiblissement de la fiabilité des preuves et du respect des exigences du procès équitable.

Aussi, on constate non seulement qu'une telle évolution n'est pas encore réalisable au plan politique, mais encore que les détails de cette évolution n'ont pas fait l'objet d'une réflexion juridique suffisamment approfondie.

III. LA RECHERCHE DES PREUVES PAR L'INTERMÉDIAIRE DU MANDAT EUROPÉEN D'OBTENTION DE PREUVES

Nous arrivons à la dernière question : dans le cadre d'un procès pénal, quels sont les changements pour la procédure de recherche de preuves induits par « l'espace judiciaire européen » ?

En décembre 2008, les États membres de l'Union européenne ont adopté la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen d'obtention de preuves pour le recueil d'objets, de documents et de données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales (décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen d'obtention de preuves)²⁶. Il convient de préciser d'emblée que le mandat européen

24. S. Gless, *Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung*, *Neue Schriften zum Strafrecht*, op. cit., p. 230 s.

25. V. Erb, § 168 c, n° 1, Löwe-Rosenberg, vol. 5, 26^e éd., Berlin, 2008.

26. Décision-cadre n° 2008/978/JAI du 18 déc. 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, JO 30 déc. 2008, L. 350, p. 72. V., G. de Amicis, « Il mandato europeo di

d'obtention de preuves concerne uniquement la reconnaissance mutuelle des demandes d'obtention de certains types de preuves²⁷.

Désormais, grâce au mandat européen, certaines demandes transfrontalières de recherche de preuves pourront être exécutées et les preuves transférées sans formalité particulière d'un État membre de l'Union européenne vers un autre²⁸.

A. LE CHAMP D'APPLICATION

La réalisation d'une demande transfrontalière est soumise au respect de deux conditions. Selon la première, un mandat européen d'obtention de preuves ne peut être émis qu'en vue de l'obtention d'objets, de documents ou de données²⁹. Cela signifie que le recueil transfrontalier d'autres types de preuves reste soumis aux mécanismes actuels de l'entraide judiciaire. Il s'agit par exemple de l'interrogatoire d'un témoin. Il en va de même des résultats de certains types d'enquêtes qui sont protégés dans un État membre par des dispositions spéciales (et différentes selon les États) comme le résultat de surveillances téléphoniques ou le recueil des données génétiques (profil ADN).

La seconde condition, l'exigence de double incrimination, est liée à la gravité de la mesure d'enquête³⁰ et à la nature des faits incriminés : l'article 14 (2) de la décision-cadre contient une liste de catégories d'infractions qui correspond dans ses grandes lignes à celle du mandat d'arrêt européen, et en dehors de laquelle l'exécution du mandat reste soumis au contrôle de la double incrimination. Figurent notamment dans cette liste les catégories d'infractions de « terrorisme », de « cybercrimi-

ricerca delle prove : un'introduzione », *Cassazione penale* 2008, p. 3033 s. ; R. Belfiore, « Il mandato europeo di ricerca delle prove e l'assistenza giudiziaria nell'Unione europea », *Cassazione penale* 2008, p. 3894 s. R. Belfiore, « Movement of Evidence in the EU : The present scenario and possible future developments », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2009, n° 17, p. 1 s. ; N. Gazeas, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, p. 18 s. ; S. Gless, « Kommentar zum Vorschlag für einen Rahmenbeschluss über eine "Europäische Beweisanordnung" », *Strafverteidiger (StV)* 2004, p. 679 s. ; G. Iuzzolino, « Arriva il mandato europeo di acquisizione delle prove », *Diritto e giustizia* 2004, n° 9, p. 110 s. ; N. Kotzurek, « Gegenseitige Anerkennung und Schutzgarantien bei der Europäischen Beweisanordnung », *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2006., p. 123 s. ; S. Manacorda, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal », *RSC* 2006, p. 886.

27. Art. 4 décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen d'obtention de preuves, JO 30 déc. 2008, L. 350, p. 72.

28. C. Williams, « Overview of the Commission's proposal for a Framework decision on the European evidence warrant », in J. A. E. Vervaele (dir.), *European Evidence Warrant*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2005, p. 69 s.

29. R. Belfiore, « Movement of Evidence in the EU : The present scenario and possible future developments », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2009, n° 17, p. 4 s. ; S. Manacorda, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal », *RSC* 2006, p. 886.

30. Art. 14 (1) de la décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves : « La reconnaissance ou l'exécution du mandat européen d'obtention de preuves n'est pas subordonnée au contrôle de la double incrimination, sauf s'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie », JO 30 déc. 2008, L. 350, p. 72.

nalité », de « racisme », de « falsification » et de « sabotage ». Ainsi, par exemple, un mandat européen d'obtention de preuves portant sur une affaire de racisme devra être exécuté sans qu'il soit nécessaire de contrôler si les faits constituent aussi une infraction au regard des lois de l'État d'exécution.

Néanmoins, étant donné que les phénomènes criminels appréhendés dans cette liste sous la catégorie « racisme » peuvent être incriminés dans chacun des États par des infractions très différentes, ce système constitue indirectement une atteinte à la réserve de la double incrimination. En d'autres termes, il s'agit d'une atteinte à la souveraineté dans le domaine de la répression pénale. En effet, avec ce système, le contrôle de la double incrimination n'est pratiquement plus nécessaire pour la mise en œuvre d'un mandat européen. La condition de la double incrimination doit uniquement être remplie dans l'hypothèse où l'exécution d'un mandat nécessite la réalisation d'une perquisition ou d'une saisie et que l'infraction à l'origine du mandat ne fait pas partie des « catégories d'infraction » (sélectionnées en liaison avec la gravité de l'infraction) énoncées au § 2 de l'article 14.

Un élément nouveau dans la mise en œuvre du mandat européen d'obtention de preuves concerne l'Allemagne. L'Allemagne s'est réservé le droit — par le biais du mécanisme de l'*opt out* — de subordonner, au moyen d'une déclaration, l'exécution d'un mandat au contrôle de la double incrimination dans les cas de terrorisme, de cybercriminalité, de racisme, de sabotage, de racket ou d'escroquerie et s'il est nécessaire d'opérer une perquisition ou une saisie.

B. LA PROCÉDURE

Plusieurs précisions doivent être données. Premièrement, le mandat européen d'obtention de preuves n'autorise pas un État membre de l'Union européenne à aller lui-même rechercher une preuve dans un autre État. Il revient à l'État d'exécution de recueillir la preuve demandée. Ce système permet à l'État d'exécution de choisir les modalités d'enquête les plus appropriées au regard de son propre droit et les moins contraignantes pour les personnes concernées. Deuxièmement, le mandat européen de recherche de preuves ne pourra être exécuté que s'il est reconnu par l'autorité d'exécution compétente.

1. La non-reconnaissance du mandat ou la non-exécution

Dans certains cas, très limités en nombre, alors même que les conditions formelles de recevabilité du mandat sont remplies, l'État d'exécution peut refuser de procéder à son exécution³¹.

31. R. Belfiore, « Movement of Evidence in the EU : The present scenario and possible future developments », préc., p. 7 s. ; N. Kotzerek, « Gegenseitige Anerkennung und Schutzgarantien bei der Europäischen Beweisordnung », préc., p. 131 s. ; S. Manacorda, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un

Les motifs de refus d'exécution ont pour but la protection des droits des personnes concernées ou d'intérêts particuliers de l'État d'exécution. Dans le cadre de l'entraide judiciaire, ces intérêts sont traditionnellement protégés par l'intermédiaire de réserves. La décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves prévoit ainsi les motifs suivants de non-reconnaissance ou de non-exécution : la contrariété au principe *ne bis in idem*³² et le cas dans lequel une immunité ou un privilège prévus par le droit de l'État d'exécution rendent impossible l'exécution du mandat. Le problème est ici qu'il n'existe pas de définition unique de ces immunités et privilèges, applicable dans tous les États européens.

2. Droits procéduraux et garanties minimales pour les personnes mises en cause

Le mandat européen d'obtention de preuves est un instrument respectueux des principes et droits fondamentaux consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et sur lesquels repose l'Union³³. L'avenir d'un projet beaucoup plus large, définissant une procédure pénale européenne commune, est politiquement très incertain.

L'adoption du mandat européen d'obtention de preuves n'a pas été assortie de la reconnaissance de nouveaux droits procéduraux ou de nouvelles garanties³⁴. Ces éléments avaient été retenus par l'avant-projet de 2003 sous la forme de garanties en faveur des personnes mises en cause. Le principe de proportionnalité lors de l'obtention des preuves et le principe interdisant de contribuer à sa propre incrimination figuraient au nombre de ces garanties.

Les garanties qui sont aujourd'hui consacrées par la décision-cadre visent principalement la réalisation d'objectifs européens³⁵. L'autorité compétente de l'État d'émission doit, en premier lieu, s'assurer que les preuves demandées dans le cadre de la procédure pénale en cours sont nécessaires et proportionnées aux objectifs de la procédure. En deuxième lieu, la « chasse aux preuves » ou (« *forum shopping* pro-

développement inégal », RSC 2006, p. 886 s. ; v. aussi M. Massé, « Droit pénal international », RSC 2005, p. 957 s.

32. Information ultérieure de *non bis in idem* en cadre UE : J. Lelieur, *La règle ne bis in idem : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse Paris I, 2005, à paraître aux éditions Bruylant ; T. Rafaraci, « The principle of *non bis in idem* in the jurisprudence of the European Court of justice », in S. Braum et A. Weyembergh (dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2009, p. 91 s. ; R. Roth, « *Non bis in idem* transnational : vers de nouveaux paradigmes ? », in S. Braum et A. Weyembergh (dir.), *Le contrôle juridictionnel dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 121 s.

33. V., C. Brants, « Procedural Safeguards in the European Union : Too Little, too Late ? », in J. A. E. Vervaele (dir.) *European Evidence Warrant*, op. cit., p. 103 s.

34. V., S. Manacorda, « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal », RSC 2006, p. 886.

35. N. Kotzurek, « Gegenseitige Anerkennung und Schutzgarantien bei der Europäischen Beweisordnung », *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)* 2006, p. 128 s.

batoire ») est interdite. Cette disposition vise à empêcher que certains droits, comme la protection des journalistes contre la saisie de documents ou le droit des médecins à invoquer le secret médical, soient contournés dans certains États. En revanche, les propositions du Parlement européen n'ont pas trouvé d'écho dans la décision-cadre. Le Parlement proposait dans son rapport en date du 22 mars 2004 d'ajouter d'autres motifs de rejet : les amnisties ; l'absence de responsabilité pénale de la personne qui fait l'objet du mandat, en raison de son âge ; la nature discriminatoire d'un mandat visant une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle ; le respect des règles constitutionnelles nationales relative au droit à un procès équitable, au respect de la vie privée, à la protection des données à caractère personnel, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression ; et l'obligation des États membres de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne, en particulier en ce qui concerne le droit à un procès équitable ou le droit au respect de la vie privée.

*

* *

La preuve transmissible au niveau européen — l'utilisation transnationale de la preuve — la preuve « libre »

Dispose-t-on désormais d'un nouveau système de recherche et d'utilisation des preuves dans l'espace européen ? La réponse à cette question est à la fois affirmative et négative.

Affirmative en ce qui concerne l'obtention des preuves et ce même si le nouveau système est limité. En effet, le mandat européen d'obtention de preuves rend possible la demande transfrontalière de preuves en application du principe de la reconnaissance mutuelle. Cependant, ce mandat sert uniquement à recueillir des objets, des documents et des données.

Négative en ce qui concerne l'utilisation des preuves dans le cadre de procédures pénales. Ainsi, une « preuve circulant librement dans toute l'Europe » ne fait toujours pas partie des « perspectives de l'espace judiciaire européen ».