

CATANE 2007
La politique pénale européenne et l'enjeu des droits fondamentaux.

par Bertrand FAVREAU

Président Fondateur de l'Union des Avocats Européens.

[Pur nel susseguirsi di realizzazioni di rilievo, non sono mancate le pause nel corso dei cinque decenni che hanno accompagnato il processo di integrazione comunitaria. Al inizio assenti nei testi comunitari, al meno fino 1999, i Diritti fondamentali hanno preso una importanza crescente nell'Unione Europea. Originariamente si può capire la barriera esistente tra l'Europa Comunitaria e l'Europa dei Diritti dell'Uomo nate di due Trattati diversi, ed i conseguenti rapporti tra i diritti umani e il sistema comunitario europeo. Tuttavia oggi non è ancora risolta la problematica dell'adeguazione della politica penale europea ai diritti fondamentali della persona; possiamo constatare infatti il ritardo nell'applicazione di disposizioni fondate sul principio della riconoscenza mutua o su quello della disponibilità delle informazioni in materia penale. Il Trattato CE, Il Trattato UE, Il Trattato di Amsterdam, Il Trattato di Nizza e la Carta dei diritti fondamentali, il Programma di La Haya 2005-2010 adottato per il Consiglio Europeo nel 2004, il Trattato di Prüm (2005) sono analizzati alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un dialogo continuo s'instala tra la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo, la prima valutando la portata delle normative comunitarie in materia che facciano riferimento specifico ai diritti protetti dalla Convenzione; la seconda cercando d'applicare tali diritti agli atti comunitari riconoscendo che i diritti dell'uomo previsti dalla Convenzione formano parte integrante dell'"acquis communautaire", nella tentativo di recuperare il ritardo messo nell'esercizio dei diritti fondamentali e provando di cogliere al giusto le spinte continue di una società sempre più esigente.]

Sanctions, arrestations, condamnations, depuis deux jours la longue scansion de ces expressions rime avec répression et peut légitimement susciter une interrogation. Les droits fondamentaux sont-ils absents du droit européen ? On comprend mieux dès lors que les professeurs Giovanni Grasso et Rosaria Sicurella aient pensé opportun de placer ici un intermède en me demandant de répondre à la question lancinante de "l'enjeu des droits fondamentaux" et il convient de les en remercier doublement.

Pourtant, sur un plan conventionnel ou déclaratoire, l'Europe quelle que soit sa configuration géographique –des 47 ou des 27 – ne manque pas, d'instruments. On connaît bien ceux du Conseil de l'Europe : la Convention européenne des droits de l'Homme, mais aussi une floraison de textes qui ont vocation à garantir les droits fondamentaux¹. Force est de le constater, - même s'ils étaient présents et bien présents, dans le droit communautaire - ils ont fait une entrée timide ou tardive dans l'Union européenne.

Ni le traité CE, ni le traité sur l'Union européenne, ne comportaient de catalogue écrit des droits fondamentaux. Seul le principe de l'égalité de rémunération pour les hommes et les

¹ Notamment la Charte sociale européenne ; la Charte sociale européenne (révisée) ; la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ; la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales ; la Charte européenne pour la protection des langues régionales et minoritaires. Les instruments des Nations Unies suivants méritent également d'être mentionnés : la Déclaration universelle des droits de l'homme ; la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ; la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes ; la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; la Convention relative aux droits de l'enfant.

femmes a été inscrit, dès l'origine, à l'article 119 du traité CE. Pour la communauté européenne, il a fallu attendre 1997, ou plus exactement 1999, avec l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam qui a énoncé en tant que principe général, que l'Union européenne doit respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales sur lesquels l'Union européenne est fondée. Ainsi, l'Union peut suspendre certains droits d'un Etat membre, à la charge duquel serait établie l'existence d'une violation sérieuse et persistante de ces principes. Ainsi, les pays candidats doivent-ils être irréprochables quant au respect de ces droits pour pouvoir adhérer à l'Union. Enfin, le traité a donné à la Cour de Justice des Communautés européennes le pouvoir de veiller au respect, par les institutions européennes, des droits et libertés fondamentaux.²

Parallèlement, un pas supplémentaire vers une approche globale des droits de l'homme au sein de l'Union européenne a été franchi lorsqu'il a été décidé, en juin 1999, au Conseil européen de Cologne, de lancer la préparation d'une Charte européenne des droits fondamentaux, destinée à codifier les droits protégés par différents instruments « *afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière plus visible pour les citoyens de l'Union.* »³

La Charte a pris pour exemple le texte de la CEDH pour les droits qui y sont également énumérés- les "droits correspondants" - mais l'a souvent modifié afin de le rendre plus simple, plus contemporaine, et parfois plus large. Regroupés dans six chapitres principaux (dignité, libertés, égalité, solidarité, droits des citoyens et justice), la Charte contient, comme la CEDH, des droits civils et politiques. Mais, à la différence de la CEDH, elle contient également des droits économiques et sociaux, ainsi que le droit à une bonne administration ainsi qu'un certain nombre de droits dits de « troisième génération », tels que le droit à la protection de l'environnement ou des consommateurs. En outre, elle couvre -on le sait- les droits politiques des citoyens de l'Union.

Mais, pour admirable que soit la Charte, dans sa procédure d'élaboration comme dans son contenu, les droits sociaux individuels et collectifs, ceux des handicapés, des vieillards et des travailleurs, cette "codification à droit constant" pouvait paraître venir trop tard puisque déjà avait été instruit un procès injuste mettant en accusation l'Europe alors que le réquisitoire eut été plus équitable envers la non-Europe.

De fait, l'Europe communautaire était-elle tributaire, dès l'origine puisque structurellement, d'un cruel décalage et pour avoir trop longtemps ignoré ou oublié les droits fondamentaux, a-t-elle été condamnée à une course poursuite, dont on veut aujourd'hui espérer qu'elle ne sera pas l'éternelle course d'Achille et de la tortue.

Cette course est aussi une lecture de l'histoire textuelle de l'Europe. Elle explique bien des blocages et bien des retards. Songeons aux arrêts « Solange » où le Bundesverfassungsgericht, véritable Pénélope, a dû attendre « aussi longtemps » qu'il l'a fallu, en l'occurrence de 1975 à 1986, que la protection communautaire des droits fondamentaux ait suffisamment évolué pour offrir « une protection correspondant pour l'essentiel au standard inaliénable fixé par la loi fondamentale »⁴. Attente repris ou prolongée depuis, pour ce qui est du domaine du 3^{ème} pilier si l'on en juge par l'arrêt rendu en juillet 2005, à propos du mandat d'arrêt européen⁵...

² Articles 6, 7, 49 et 46 et 46 du traité sur l'Union européenne ("TUE").

³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1).

⁴ Voir les décisions "Solange-I" du Bundesverfassungsgericht du 29 mai 1974 (BverfGE, 37,271) et "Solange- II" du 22 octobre 1986 (BverfGE 73, 339).

⁵ Voir l'arrêt du 18 juillet 2005 (2 BvR 2236/04), par lequel le Bundesverfassungsgericht a constaté la violation du contenu essentiel du droit fondamental consacré par l'article 16, paragraphe 2, de la loi fondamentale de Bonn.

Le décalage aura donc été continu entre les politiques entreprises et le niveau de protection qui doit être garanti à tout citoyen dans une société démocratique. En cela, l'insuffisance de prise en considération des droits fondamentaux aura bien participé de ce que le langage commun a appelé le « déficit démocratique ».

Mais plus encore, cette insuffisance demeure aujourd'hui encore plus que jamais une entrave ou en tous les cas un frein au développement véritable des politiques européennes et notamment à la mise en œuvre d'un véritable espace judiciaire. Ainsi de blocages en avancées, de petits pas en "petits bonds", non seulement l'Europe a été condamnée à une course qui n'est pas encore gagnée ou à un rattrapage permanent pour faire coïncider l'ambition de ses projets avec un niveau convenable de protection des droits des citoyens concernés par leur application. Et le fossé n'est toujours pas comblé.

Il s'agit là, bien évidemment, d'un avis personnel, que je ne demande à personne de partager. Mais comme le disait un célèbre dramaturge sicilien : "Mon opinion représente une vision que j'ai... jusqu'à ce que je trouve quelque chose qui me fasse changer d'idée".

I - LE DECALAGE DANS LES POLITIQUES MISE EN ŒUVRE

Il faut d'abord remarquer qu'il existe – on peut le dire désormais – deux domaines de droit pénal européen.

Il existe un droit pénal communautaire, on le sait depuis ce que l'on appelle en France, l'arrêt «criminalité environnementale», mais qui a un nom beaucoup plus évocateur en Italien : la Sentenza « Ambiente »⁶, qui clarifie la répartition des compétences entre le premier et le troisième pilier.

Il existe un droit pénal communautaire au titre du 1^{er} pilier.

- *les dispositions de droit pénal nécessaires à la mise en œuvre effective du droit communautaire relèvent du traité CE (premier pilier). on sait donc que quand une disposition pénale spécifique à la matière en cause est nécessaire pour garantir l'effectivité du droit communautaire, elle est adoptée dans le cadre du premier pilier. Toutefois, l'adoption de mesures pénales n'est possible sur une base communautaire que de façon sectorielle, à condition que la nécessité de lutter contre les manquements graves à la mise en œuvre des objectifs communautaires soit établie.*
- les dispositions horizontales de droit pénal favorisant la coopération judiciaire et policière relèvent du titre VI du traité UE (troisième pilier), comme les questions liées aux règles générales du droit pénal et de la procédure pénale, et pour la coopération judiciaire et policière en matière pénale, et pas du droit communautaire.

Au plan strictement communautaire, on le sait, face à l'insuffisance normative, ce sont les prétoires européens, qui sont venus suppléer et sanctionner les insuffisances, ou en tous les cas, pointer les lacunes. En l'absence de dispositions expresses protégeant les droits de l'homme dans les traités constitutifs des Communautés européennes, la CJCE a déclaré dès 1969 que les droits fondamentaux de la personne sont compris dans les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect. Dès le début des années 1970, la Cour de Luxembourg a confirmé qu'en assurant la sauvegarde de ces droits elle s'inspirait des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats

⁶ CJCE –Aff. C-176/03, arrêt du 13 septembre 2005, *Commission / Conseil*.

membres avaient coopéré ou adhéré. Puis, abandonnant ces précautions de style, la CJCE en est venue à se référer de plus en plus à la Convention européenne des droits de l'homme et même directement à la jurisprudence de Strasbourg en se passant en fait de la médiation des principes généraux du droit.

Mais la politique pénale européenne relève du 3^{ème} pilier et l'on donnera deux exemples très actuel du handicap que peut engendrer le retard pris, en termes d'effectivité, dans la sauvegarde des droits fondamentaux dans la mise en œuvre d'une véritable politique pénale européenne.

A/ LE SYSTEME DE TEMPERE et le principe de la "reconnaissance mutuelle".

Quelques mois après l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam (1^{er} mai 1999), le Conseil européen de Tempere a décidé d'intensifier la coopération dans la lutte contre la criminalité en Europe. Ses conclusions ont rappelé notamment la nécessité d'élaborer une politique européenne commune en matière d'asile et de migration, de réaliser un véritable espace européen de justice et de lutter contre la criminalité à l'échelle de l'Union.

La question de l'harmonisation des garanties procédurales demeurait confrontée à l'absence de base juridique spécifique : l'article 31 du traité UE concerne la compatibilité des règles applicables dans les États membres et l'élaboration des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales.

Le sommet de Tempere a posé pour principe que la "reconnaissance mutuelle" était la pierre angulaire d'une coopération judiciaire dont on déplorait jusqu'alors à juste titre qu'elle connût une "lenteur désespérante". Le fonctionnement du système est fondé sur la confiance mutuelle, ce qui impliquait d'aller traquer dans ses derniers refuges les relents du souverainisme judiciaire, puisque la règle était jusqu'alors, voire depuis, celle de la "défiance mutuelle".

Mais, la coopération judiciaire en matière pénale, exige d'abord le développement de normes équivalentes pour les droits procéduraux dans le cadre des procédures pénales dans tous les États membres.

L'instauration du mandat d'arrêt européen - premier instrument adopté dans le domaine de la reconnaissance mutuelle en matière pénale - a nettement mis en exergue le décalage qui peut exister dans les garanties pénales accordées au suspect dans les différents systèmes de droit pénal en vigueur dans l'Union. Bien évidemment, le texte - pas plus que la 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 pénales⁷ également prévue par le programme de La Haye - n'est pas intrinsèquement dépourvu de toutes garantie notamment judiciaire⁸. La Cour de Luxembourg vient au demeurant de juger en ce qui concerne la suppression du contrôle de la double incrimination pour les infractions, qu'elle ne violait pas l'article 6, du TUE et, plus spécifiquement, les principes de légalité des délits et des peines ainsi que d'égalité et de non-discrimination⁹.

⁷ /* COM/2003/0688 final - CNS 2003/0270 */

⁸ Voir B. FAVREAU, Les droits de la défense dans l'espace judiciaire européen, in *L'Area di libertà, sicurezza e giustizia alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di Tommaso Rafaracci, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 421-462.

⁹ CJCE - Aff. C 303/05, (Grande Chambre), arrêt du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*, point 60.

La question reste de savoir si le fonctionnement des instruments de coopération en matière pénale, notamment issus de la reconnaissance mutuelle, offrent globalement une garantie suffisante du point de vue des droits fondamentaux ?

Une espérance – née du projet de Constitution européenne – résidait dans l'intégration de la charte des droits fondamentaux – qui énumère les droits fondamentaux relatifs à la justice ou aux procédures répressives - dans le traité constitutionnel et dans la fin de l'architecture en pilier, qui aurait impliqué que l'Union aurait eu une obligation légale d'assurer non seulement le respect des droits fondamentaux, mais également leur promotion active. Mais aujourd'hui encore l'incertitude sur la force juridique de la Charte demeure...

Malgré son caractère non contraignant (actuel), la Charte a déjà eu un impact concret puisque, par exemple, la décision qui a créé Eurojust a reconnu, dans son préambule, le rôle de la Charte en tant qu'instrument codifiant les droits fondamentaux reconnus par l'article 6 du Traité d'Amsterdam et que la Décision relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence y a fait expressément référence : « La Commission doit veiller à ce que ce droit (des parties concernées et des tiers d'être entendus avant qu'une décision finale affectant leurs intérêts ne soit prise) soit garanti dans ses procédures de concurrence, eu égard notamment à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »¹⁰

De fait, la Charte, dans son chapitre « justice » prévoit non seulement, le droit à un procès équitable, le respect de la défense de toute personne accusée, la présomption d'innocence, la légalité et la proportionnalité des peines, l'interdiction de la double peine (principe ne bis in idem), mais certains droits qu'elle proclame offrent une protection plus large que celle garantie par la CEDH:

- Le droit au recours effectif devant une "instance nationale" garanti par l'article 13 CEDH est prévu à l'article 47 de la Charte devant "un tribunal", ce qui implique une garantie plus stricte des droits concernés.
- Le droit à un tribunal qui voit son champ d'application limité, dans l'article 6 CEDH, aux contestations sur les droits et obligations de caractère civil, et au contrôle du bien-fondé des accusations en matière pénale est un droit étendu à tous les contentieux par l'article 47 de la Charte.
- Le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce ne figure pas à l'article 7 CEDH, mais a été ajouté à l'article 49 de la Charte.

A contrario, l'objectivité commande de noter que certains droits, pourtant reconnus sur le plan international et européen ou au niveau national, n'ont pas été retenus dans le cadre de la Charte. Ainsi, parmi les droits de la défense, on cite usuellement :

- le droit au silence ou droit de ne pas témoigner contre soi-même et droit de ne pas être forcé de s'avouer coupable.
- l'obligation de séparer les jeunes prévenus des adultes condamnés, de séparer les prévenus des condamnés, l'obligation des traiter les condamnés en vue de leur réinsertion (formulée dès 1955 dans le cadre des Nations Unies), l'adaptation de la justice pénale aux jeunes délinquants...

Faute de Charte, et faute d'adhésion de l'Union à la CEDH, il a donc fallu envisager un instrument ad hoc - mais aussi a minima - pour permettre des garanties judiciaires élémentaires uniformes dans le cadre de la coopération dès l'entrée en vigueur de ses premiers instruments.

¹⁰ voir 2001/462/CE, ECSC Décision de la Commission du 23/05/2001, JOCE, L 162, 19/6/2001, pp. 21-24

L'objet de la **proposition de décision cadre relative aux droits procéduraux présentée le 28 avril 2004** est de constituer la première étape vers l'élaboration d'un ensemble de règles minimales communes dans le domaine des garanties procédurales. Toutefois, cinq droits ont été sélectionnés, non pas, selon la Commission, parce qu'ils revêtent une valeur supérieure à d'autres, mais parce qu'ils sont "significatifs de l'action entreprise" ;

- Le droit à l'aide judiciaire et à l'assistance d'un avocat (2-5).
- Le droit à un interprète (6).
- Le droit à la traduction des documents (sans remboursement à postériori).
- Le droit à la fidélité des traductions par un enregistrement de contrôle.
- Le droit à l'obtention des informations, déclaration des droits fondamentaux.
- Des droits spéciaux pour les personnes dites vulnérables (article 10) ou "droit à une attention particulière".
- Le droit à l'assistance consulaire (article 13).
- Le droit de communiquer (article 12).

Au-delà de l'intention – et du mérite d'exister –, une telle proposition de texte peut paraître étrange puisque tous les pays de l'Union Européenne sont partie à la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Bien évidemment ce texte ne règle pas tout. On a pu donc lui reprocher de ne pas aborder certains droits essentiels comme : le droit à la mise en liberté provisoire sous caution, le droit à un traitement équitable en ce qui concerne les éléments de preuve, la symétrie des condamnations, la règle non bis in idem et les procédures par défaut ou contumace etc..

- En ce qui concerne la notification des droits aux personnes mises en cause, qui est une des garanties procédurales proposées : le texte ne définit pas le contenu des droits, d'une part, et n'indique pas avec précision le moment où il doit être notifié, d'autre part. Or, il s'agit d'un enjeu majeur pour l'application d'une telle mesure, les études ayant montré que chaque pays avait une conception personnelle du début de la procédure, tout en déclarant que ses droits sont immédiatement notifiés à l'intéressé.¹¹

Il est bien évident qu'ils ne doivent pas être notifiés uniquement à la personne au stade de sa mise en cause judiciaire, mais dès le stade de l'enquête préliminaire, c'est-à-dire dès qu'une personne est considérée comme un suspect, et donc dès qu'elle fait l'objet d'une audition dont le contenu pourra être utilisé contre elle.

Tel est le sens notamment de l'information sur le droit de se taire, qui n'aurait eu aucune substance effective, si elle intervenait après plusieurs interrogatoires sans que l'intéressé en ait été informé.

En ce qui concerne la règle non bis in idem : On sait qu'il s'applique en droit communautaire¹² et qu'il est garanti par l'article 50 de la Charte (comme par l'article 4 du protocole n° 7 à la CEDH).

Le principe «non bis in idem» doit s'appliquer entre les juridictions de plusieurs Etats membre. En matière européenne la difficulté réside notamment dans le fait que le principe

¹¹ Voir B. FAVREAU, *Rights of the Defence*, in *Enlarging the Fight against Fraud in the European Union: Penal and Administrative Sanctions, Settlement, Whistleblowing and Corpus Juris in the Candidate Countries*, Academy of European Law, trier, 2004, p. 189.

¹² Voir parmi une importante jurisprudence, aff. C-18/65 et C-35/65, arrêt du 5 mai 1966, *Gutmann c. Commission*, Rec 1966, p.150 et les aff. jointes T-305/94 et autres, arrêt du Tribunal du 20 avril 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV c. Commission* Rec. II-931.

visé le cumul de deux sanctions de même nature, en l'espèce pénales. Dans l'affaire *Gözütok*, la difficulté provenait du fait que le requérant avait payé une somme d'argent compensatoire des faits qui lui étaient reprochés dans le cadre du droit pénal néerlandais, alors qu'il aurait dû purger une peine d'emprisonnement de 1 an et 5 mois dans le cadre du droit pénal allemand pour les mêmes faits. Toute la question était de savoir si le principe *ne bis in idem* pouvait s'appliquer à la suite de l'extinction de l'action publique, prévue par les codes pénaux nationaux, consécutive au versement d'une somme d'argent sans faire intervenir une juridiction pénale, l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (C.A.A.S.) précisant que le principe s'applique à toute personne définitivement jugée.

Pour la trancher, la CJCE a donné une lecture conforme au principe de la confiance mutuelle, de l'article 54 C.A.A.S. à propos principe *ne bis in idem*.

La Cour de justice a estimé, dans les affaires *Gözütok et Brügge*, que l'action publique est définitivement éteinte» et que la personne concernée doit être considérée comme ayant été définitivement jugée», au sens de l'article 54 de la C.A.A.S., dans le cas de *procédures d'extinction de l'action publique, sans l'intervention d'une juridiction*", le fait qu'aucune juridiction n'intervient dans le cadre d'une telle procédure et que la décision prise à l'issue de celle-ci ne prend pas la forme d'un jugement n'étant pas "de nature à infirmer cette interprétation... »¹³.

- En ce qui concerne le régime de la « contumace » : On connaît, par des affaires très médiatisées, les disparités de régime, en Europe, depuis une série d'arrêts rendus contre l'Italie, notamment l'arrêt *Colozza* de 1985, et plus généralement le problème de la compatibilité avec la Convention des procès criminels *in absentia*, appelés en droit français procédures par contumace. Le régime de la contumace en Italie et en France a été successivement condamné par la Cour de Strasbourg.

Ainsi à propos de la contumace italienne, la Cour a estimé que l'obligation de garantir à l'accusé le droit d'être présent dans la salle d'audience – soit pendant la première procédure à son encontre, soit au cours d'un nouveau procès – est l'un des éléments essentiels de l'article 6, ce qui implique que tout condamné *in absentia* ait le droit d'être rejugé.¹⁴

En France, la Cour, ne s'est pas satisfaite de la mise en œuvre de la purge de la contumace, qui n'avait une incidence sur l'exercice effectif des droits de la défense que dans l'hypothèse d'une arrestation ou d'une obligation pour un accusé de se constituer prisonnier pour bénéficier du droit d'être rejugé, alors qu'elle exige une obligation positive d'offrir à l'accusé la possibilité d'un réexamen de la cause dans son intégralité et en sa présence et ce indépendamment de toute privation de liberté de l'intéressé.¹⁵

Il est clair sur ce point, qui n'est qu'un exemple, que toute mise en œuvre d'une politique de reconnaissance mutuelle des condamnations auraient impliqué l'existence préalable d'une décision cadre, imposant l'obligation d'un procès où l'accusé est effectivement présent et qui respecte tous les critères de l'article 6 de la CEDH.

¹³ CJCE- Aff. jointes C-187/01 et C-385/01, arrêts du 11 février 2003, *Gözütok et Brügge*, points 30 et 31.

¹⁴ CEDH - *Colozza c. Italie*, arrêt du 12 février 1985, série A n° 89, p. 14, § 28, p. 15, § 29; *Sejdovic c. Italie* [GC], arrêt du 1^{er} mars 2006 n° 56581/00, § 84. Voir aussi la Recommandation R(2000)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe « sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme ».

¹⁵ CEDH - *Krombach c. France*, arrêt du 13 février 2001 n° 29731/96, CEDH 2001, p.17 § 87; *Mariani c. France*, no 43640/98, 31 mars 2005, § 40.

Malheureusement, depuis la publication du Livre vert sur les garanties procédurales, c'est à dire depuis quatre ans, et depuis la publication de la proposition de la Commission le 28 avril 2004, le projet n'a guère avancé, alors que le Parlement européen demande cette mesure depuis septembre 2001. La confiance mutuelle ne peut qu'en souffrir et tarder à se manifester dans les décisions de droit interne rendues, ça et là.

Si l'on en croit le «tableau de bord "Plus" de la Haye», le processus d'adoption dans les domaines de la coopération policière et de la justice pénale (le «troisième pilier») demeure "problématique". L'unanimité applicable a freiné l'adoption de mesures extrêmement importantes, telles que le mandat européen d'obtention de preuves et la décision-cadre relative à certains «droits procéduraux» et les doutes du Conseil quant au choix de la base juridique auraient également contribué à ralentir le processus d'adoption dans plusieurs cas.

On ne peut s'empêcher, en termes de garanties procédurales, de penser également, que tout approfondissement de la politique pénale européenne, implique une garantie judiciaire *a priori* et s'appliquant à tous les stades de la procédure et, donc la création d'une Chambre préliminaire européenne, rattachée à la Cour de justice. C'est là encore une opinion personnelle, mais comme le disait Pirandello : "*Così è (se vi pare)*"

Tandis que l'attente se poursuit en matière de garanties procédurales, un autre danger non moins grave s'est fait jour en termes de droits fondamentaux : la menace qui pèse sur les données à caractère personnel.

B/ LE PROGRAMME DE LA HAYE et le principe de disponibilité des informations

Entre 2004 et 2005, le programme de Tempere a laissé place au programme de La Haye qui fixe les orientations pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice pour la période 2005-2010. Or, le programme de La Haye¹⁶ a fait de la question de l'échange entre États membres des informations sur les condamnations pénales une priorité et a demandé à la Commission de procéder à l'élaboration de nouvelles propositions. Le 25 janvier 2005, la Commission a présenté le « Livre Blanc relatif à l'échange d'informations sur les condamnations pénales et à l'effet de celles-ci dans l'Union européenne ».

a) Le principe de disponibilité des informations et la protection des données dans le 3ème pilier

Le principe de disponibilité des informations est un nouveau principe juridique. Le Conseil européen l'a défini comme signifiant que « *dans l'ensemble de l'Union, tout agent des services répressifs d'un Etat membre qui a besoin de certaines informations dans l'exercice de ses fonctions peut les obtenir d'un autre Etat membre, l'administration répressive de l'autre Etat membre qui détient ces informations les mettant à sa disposition aux fins indiquées et en tenant compte des exigences des enquêtes en cours dans cet autre Etat* ».

Le programme de La Haye énonce ainsi que, à compter du 1^{er} janvier 2008, l'échange d'informations des services répressifs devrait obéir au principe de disponibilité. Les informations disponibles doivent être échangées aussi rapidement que possible entre les administrations répressives au sein de l'Union européenne. Le principe de disponibilité a trait aussi à l'utilisation de moyens techniques qui doivent permettre aux services répressifs de déterminer si les services répressifs d'autres États membres détiennent des informations présentant un intérêt pour l'enquête qu'ils mènent. Le programme de La Haye prévoit, à cet

¹⁶Adopté par le Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004. JO C53 du 3.3.2005

égard, que "les méthodes utilisées pour échanger les informations puissent exploiter pleinement les nouvelles technologies et être adaptées à chaque type d'information, s'il y a lieu, parle biais d'un accès réciproque aux banques de données nationales, de leur interopérabilité ou de l'accès direct (en ligne), y compris pour Europol, aux bases de données centrales dont dispose déjà l'UE, telles que le SIS (Schengen Information System)."

A cela est venu s'ajouter, dans le courant de 2005, l'effet exogène du traité de Prüm.

b) Le traité de Prüm

Le traité de Prüm du 27 mai 2005, dit « Schengen Plus », accord de coopération signé par sept États membres (Allemagne, Autriche, Belgique, Pays-Bas, Luxembourg, France et Espagne), est préconisé comme modèle pour l'échange d'informations entre les États membres de l'Union en général. Cet accord prévoit, à certaines conditions, de donner aux services répressifs d'une Partie contractante un accès direct automatisé aux données à caractère personnel conservées par une autre Partie contractante.

Un accès mutuel direct et en ligne est prévu pour les registres d'immatriculation des véhicules, tandis que l'accès est indirect, selon une procédure dite « connu/inconnu » (« *hit/no hit* »), qui permet au service ayant lancé une consultation de savoir s'il existe ou non une concordance dans le fichier du partenaire. Une telle forme de coopération n'est pas applicable tant que les dispositions relatives à la protection des données de l'accord ne sont pas transposées dans la législation nationale des Parties.

Et pourtant, le traité de Prüm, déjà été ratifié par 4 pays : l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne et le Luxembourg et en cours de ratification en France, est aujourd'hui en application entre l'Autriche et l'Allemagne qui ont, depuis décembre 2006, engagé le premier croisement d'informations automatisé et peuvent croiser leurs données ADN respectives.

Des textes multiples veulent désormais faire circuler des renseignements les plus divers qui touchent à la personnalité, à l'identité de l'individu. Dans une Union qui se veut une « Communauté de droit », cette intensification des échanges d'informations ne peut cependant se faire que si elle s'accompagne de normes communes en matière de protection des données à caractère personnel.

Si l'on en croît le texte du programme de La Haye, l'introduction du principe de disponibilité est lié au respect de conditions fondamentales dans le domaine de la protection des données. Le Conseil européen avait lui même admis que les dispositions relatives à la protection des données en vigueur au niveau européen ne seraient pas suffisantes dans la perspective de la mise en œuvre du principe de disponibilité, qui pourrait comprendre un accès mutuel ou un accès direct (en ligne) aux bases de données nationales ou l'"interopérabilité" de celles-ci.

La question est alors existe-t-il des garanties appropriées en matière de protection des données ?

c) L'insuffisante protection des données à caractère personnel.

On sait qu'il existe deux textes l'un du Conseil de l'Europe, l'autre dans le cadre communautaire :

- au sein du Conseil de l'Europe : La Convention n° 108 élaborée pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel de 1981, dont le but est « de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute

personne physique (...) le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant » (article 1)¹⁷.

- Dans le cadre communautaire, c'est la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, qui constitue le texte de référence en matière de protection des données à caractère personnel.

- Elle édicte des règles fondamentales concernant la licéité du traitement de données à caractère personnel ainsi que les droits de la personne concernée et prévoit des dispositions relatives aux voies de recours, aux responsabilités et aux sanctions, au transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers, aux codes de conduite, à des autorités de contrôle particulières et à un groupe de protection, ainsi que des dispositions d'application communautaires.

Mais on le sait – et c'est encore une manifestation de ce décalage que je soulignais – cette directive ne s'applique pas aux activités en dehors du champ d'application du droit communautaire, comme celles prévues par le titre VI du traité sur l'Union européenne (TUE) qui vise à renforcer la coopération policière et judiciaire en matière pénale. S'il existe certaines modalités de protection des données à caractère personnel dans les différents instruments spécifiques qui instaurent des systèmes d'information communs au niveau européen dans le cadre du titre VI TUE¹⁸, les données personnelles ainsi échangées entre les Etats au titre du 3ème pilier ne sont donc pas couvertes par la directive de 1995. La Cour de Luxembourg l'a rappelé dernièrement dans l'affaire dite "Passenger Name Records", à propos de la décision 2004/496, concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données PNR par des transporteurs aériens au bureau des douanes et de la protection des frontières du ministère américain de la sécurité intérieure : les questions qui touchent aux opérations de traitement ayant pour objet la sécurité publique, la défense, la sûreté de l'État ou les activités de l'État dans le domaine pénal, sont exclues du champ d'application de la directive 95/46¹⁹.

- La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, quant à elle, reconnaît explicitement le droit au respect de la vie privée (article 7) mais elle consacre le droit à la protection des données à caractère personnel comme un droit fondamental "

¹⁷ Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 (STE n° 108), et protocole additionnel de 2001 concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, ainsi que la recommandation Rec(87)15 visant à réglementer l'utilisation de données à caractère personnel dans le secteur de la police.(entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985).

¹⁸ la convention d'application de l'accord de Schengen, signée en 1990 et contenant des dispositions spécifiques sur la protection des données applicables au Système d'information Schengen; la convention Europol de 1995 et, entre autres, les règles relatives à la transmission de données à caractère personnel par Europol à des États et des instances tiers; la décision créant Eurojust de 2002[16] et les dispositions du règlement intérieur d'Eurojust relatives au traitement et à la protection des données à caractère personnel;[17] la Convention sur l'emploi de l'informatique dans le domaine des douanes de 1995, y compris les dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel applicables au système d'information des douanes;[18] ainsi que la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne de 2000, et notamment son article 23.[19] En ce qui concerne le système d'information Schengen, il convient de porter une attention particulière à l'établissement, au fonctionnement et à l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II), à propos duquel la Commission a déjà présenté des propositions en vue de l'adoption d'une décision du Conseil[20] et de deux règlements.

¹⁹ CJCE – Aff. jointes C-317/04 et C-318/04 (grande chambre) arrêt du 30 mai 2006 *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, points 56-59.

nouveau "(article 8), distinct du droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications formulé dans l'article 7. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante²⁰.

Il est donc apparu de plus en plus clairement - même à ceux qui ont la charge des les édicter - que l'adoption de règles communes sur la protection des données, destinées à des usages sécuritaires aurait du être une condition préalable de la mise en place du principe de disponibilité.

C'est pour combler le déficit constaté en la matière que la Commission a présenté une **proposition de décision cadre, relative à la protection des données dans le 3ème pilier, le 4 octobre 2005**. Le texte proposé a précisé pour objet de garantir la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale mais aussi d'améliorer cette coopération, en particulier lorsqu'il s'agit de prévenir et de combattre le terrorisme, en respectant strictement des conditions essentielles en matière de protection des données avec « pour objectif de garantir un niveau élevé de protection dans l'Union. »²¹.

Bien que très exactement bâti sur le modèle de la directive 95/46/CE, ce projet ne satisfait personne.

- Il a été ainsi, dans un avis adopté le 24 janvier 2006 lors de la Conférence européenne des autorités de protection des données à Budapest, qualifié d'« *insuffisant* » par les trente et une "Commissions Informatique et Libertés" européennes qui lui reprochent notamment un flou sur le champ d'application des règles de protection des données, un trop grand nombre d'exemptions possibles pour les Etats membres et des dérogations à l'obligation d'informer les personnes concernées beaucoup trop larges, ainsi que des mesures de sauvegarde sont insuffisantes pour le traitement des fichiers ADN et des données biométriques.

Elles ont appelé à l'adoption urgente d'une décision-cadre améliorée²².

Le Parlement européen va dans le même sens d'une exigence d'un haut niveau de protection malgré le caractère spécifique des fichiers de police. La Commission des libertés du Parlement européen, a préconisé dans un rapport de mai 2006 :

²⁰ **ARTICLE 8 PROTECTION DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL**

1. *Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.*
2. *Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.*
3. *Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante.*

²¹ Elle devrait à se substituer aux règles de protection des données de la Convention d'Application des Accords de Schengen, au futur système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) ainsi qu'aux dispositions de l'article 23 de la Convention relative à l'entraide judiciaire européenne en matière pénale. Mais Elle ne concerne pas, dans son champ d'application actuel, le traitement des données à caractère personnel de l'Office européen de police (Europol), de l'unité européenne de coopération judiciaire (Eurojust), ni du système d'information des douanes qui disposent de leurs propres mesures spécifiques en matière de protection des données.

²² Déclaration adoptée par la Conférence des autorités européennes de protection de données, à Budapest du 24 au 25 avril 2006.

- l'élargissement du champ d'application de la décision-cadre afin que les règles communes de protection des données s'appliquent à l'ensemble des données dans les secteurs policier et judiciaire et ne se limitent pas aux échanges transfrontaliers entre États membres ;
- un ensemble de mesures législatives qui répondent aux préoccupations exprimées par la Conférence européenne à la protection des données ;
- la consultation automatique des autorités nationales de contrôle lors de l'élaboration de mesures législatives concernant le traitement des données, sur les dispositions relatives à la protection des droits et des libertés des personnes
- en matière d'accès aux données conservées par des parties privées, l'insertion d'un nouvel article spécifiant que l'accès à ces données sera accordé au cas par cas, pour un objet défini et sous le contrôle judiciaire des États membres ;
- le renforcement des conditions d'information et de surveillance pour des transmissions de données, en cas d'absolue nécessité, vers des pays tiers n'assurant pas un niveau adéquat de protection des données.

Plus récemment c'est du Contrôleur Européen de la Protection des Données, que sont venues, par un avis du 27 avril 2007, les critiques les plus définitives puisqu'il souligne «le risque qu'une utilisation abusive en soit faite » et affirme que la proposition est loin « de prévoir les garanties nécessaires pour éviter ce risque et les droits des citoyens pourraient bien être sacrifiés sur l'autel de l'efficacité dans la coopération policière et judiciaire». Le CEPD a même recommandé « fermement au Conseil de ne pas adopter la proposition actuelle, sauf améliorations significatives » et exprimé « de graves préoccupations envers la tendance à aller vers le plus petit dénominateur commun » qui serait «en dessous des standards fixés par la Convention du Conseil de l'Europe de 1981, qui a établi des principes de base de la protection des données en Europe. »²³ Il demande donc que le niveau de protection des données dans les échanges avec les pays tiers doit faire l'objet d'une norme commune européenne et que le traitement des données soit garanti conformément aux dispositions de l'article de l'article 5 de la Convention 108 du Conseil de l'Europe qui impose notamment qu'elles soient « *obtenues et traitées loyalement et licitement* ».

On ne saurait dénoncer davantage, donc, une régression en termes de droits de l'homme ni mieux dire que le cadre du Conseil de l'Europe de 1981 garantissait mieux il y a presque trente ans que le texte en projet en 2007. De surcroît, le CEPD renvoie au respect de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'admet de dérogations que si elles sont proportionnées au but, précises et prévisibles.²⁴

Le fossé est donc encore loin d'être comblé. On ne peut que déplorer que les travaux sur la décision-cadre aient peu avancé. On sait que la Commission européenne a « gelé » les discussions relatives à la proposition de décision-cadre en raison d'un projet d'intégration du traité de Prüm dans le cadre de l'Union européenne, parce que celui-ci traitait pour partie des mêmes questions. Tout cela a abouti à bloquer plusieurs projets relevant du troisième pilier (SIS II, VIS, principe de disponibilité) qui dépendent de son adoption.

Dans cette attente, il ne reste aujourd'hui au citoyen européen, que le recours au prétoire – en général a posteriori – pour assurer la protection de ses droits fondamentaux.

²³ *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel Strasbourg, 28 janvier 1981.*

²⁴ La position du CEPD est résumée sans ambiguïté et de façon plutôt lapidaire dans le communiqué de presse rendu public le 30/04/2007. On peut y lire : « le CEPD recommande fermement au Conseil de ne pas adopter la proposition actuelle, sauf améliorations significatives ». Plus avant, le CEPD exprime « de graves préoccupations envers la tendance à aller vers le plus petit dénominateur commun ».

II –DE LA CONCURRENCE A LA CONVERGENCE DES PRETOIRES :

De 1960 à la fin du siècle dernier les deux Cours de Luxembourg et de Strasbourg ont élaboré prétoirement un système de protection de droits fondamentaux en instaurant, de façon parallèle ou croisée, des principes "autonomes" de droit européen, souvent jumeaux et le plus souvent corrélés, mais en évitant prudemment tout apparence d'empiètement d'un domaine de compétence sur l'autre.

C'est un sujet classique qui a donné lieu à une abondante littérature depuis 1979²⁵.

L'article 6 du TUE a engagé l'Union européenne à respecter les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des Droits de l'Homme. La Cour de Luxembourg avait émis le 28 mars 1996, un avis qui avait provisoirement mis en terme aux spéculations en précisant qu' : "*En l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*"²⁶ L'Union elle-même ne peut signer la Convention et pour qu'elle puisse le faire, il faudrait amender à la fois la Convention et les traités européens.

La concurrence des deux cours en matière de protection des droits fondamentaux, dans leur aire respectives, avait tellement fait craindre des disparités ou rivalités, que parmi les arguments avancés, à l'origine, en faveur d'une adhésion de la Communauté à la Convention figuraient, outre une meilleure protection des droits fondamentaux au sein de la Communauté ou de l'Union, grâce au contrôle de la conformité de ses décisions à la convention, la disparition des risques des divergences de jurisprudence entre les deux cours de Luxembourg et de Strasbourg à propos de l'application de certains articles de la CE3DH (notamment les articles 6, 8 et 10).

On évoquait traditionnellement à ce sujet l'exemple significatif de l'arrêt *Hoechst c. Commission*, du 21 septembre 1989, par lequel la CJCE avait affirmé qu'il n'existait ni principe général de droit communautaire consacrant le droit à l'inviolabilité du domicile des entreprises, ni de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme déduisant un tel principe de l'article 8 de la CEDH, alors que la Cour de Strasbourg devait dire, dans son arrêt *Niemietz c. Allemagne*, que ledit article 8 était susceptible de s'appliquer à certaines activités ou à certains locaux professionnels ou commerciaux.²⁷ Mais, outre que l'on ne peut oublier que les différences d'approche entre les deux cours sont ab initio non seulement inévitables, mais pleinement légitimes, on constaterait que dans son arrêt *Roquette Frères*, la CJCE a précisé qu'il convenait, lors de la détermination de la portée de ce principe en ce qui concerne la protection des locaux commerciaux des sociétés, de tenir compte de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme postérieure à l'arrêt *c. Hoechst c. Commission*²⁸. Et de citer le contenu de deux arrêts de la cour de Strasbourg : *Niemietz c. Allemagne* et *Colas Est et autres c. France*²⁹.

La CJCE, cour régulatrice d'un système propre issu du TCE, prend en considération les objectifs et les structures de la Communauté. La Cour européenne des droits de l'homme

²⁵ On pourra relire en ce sens le précieux mémorandum du 4 avril 1979. Bulletin des Communautés européennes, Supplément 2/79

²⁶ Avis 2/94 de la Cour du 28 mars 1996/JO C 180 du 28/6/96

²⁷ CJCE – Aff. Jtes. C-46/87 et 227/88, arrêt du 21 septembre 1989 *Hoechst c. Commission*, Points 17 et 18.

²⁸ CJCE – Aff. C-94/00, arrêt du 22 octobre 2002, *Roquette Frères et Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*

²⁹ CEDH - *Niemietz c. Allemagne*, arrêt du 16 décembre 1992, série A n° 251-B ; *Société Colas Est et autres c. France*, arrêt du 16 avril 2002, n° 37971/97, § 40, CEDH 2002-III.

entend assurer le respect et l'effectivité des droits et libertés garantis par la Convention. Si elles ont conservé leurs différences d'approche, les deux juridictions ne se sont pas contentées de se référer aux seuls instruments dont l'interprétation leur avait été confiée par les traités.

A/ La Cour de Luxembourg et la protection des droits fondamentaux :

Le droit pénal, au titre du premier pilier bénéficie bien évidemment de la jurisprudence de la Cour.

En matière communautaire la Cour a reconnu successivement les droits fondamentaux individuels les plus importants qui s'appliquent aux actes communautaires ainsi qu'aux décisions des États membres lorsqu'ils appliquent le droit communautaire :

- le droit au juge, et à une procédure équitable dans un délai raisonnable
- Parmi les principes juridiques essentiels, on mentionnera:
- la sécurité juridique et la protection de la confiance légitime,
 - la non-rétroactivité de la loi pénale
 - le principe de proportionnalité.

La CJCE a examiné la compatibilité à la CEDH des actes nationaux de mise en œuvre du droit communautaire. Dans un arrêt de 2002, la CJCE a ainsi déclaré que les «particuliers doivent pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle effective des droits qu'ils tirent de l'ordre juridique communautaire, le droit à une telle protection faisant partie des principes généraux de droit qui découlent des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce droit a également été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (...)».³⁰

Ainsi, ce n'est pas parce que les traités originels ne contenaient aucun catalogue des droits fondamentaux que ceux-ci étaient absents de l'ordre juridique communautaire.

Au-delà du droit communautaire, à propos d'une décision JAI, dans l'affaire *Pupino*, du 16 juin 2005, relative au statut des victimes (pour une audition de victimes mineures dans le cadre d'une procédure pénale engagée contre une enseignante d'école maternelle soupçonnée d'avoir maltraité des élèves âgés de moins de cinq ans), la Cour de justice conclut que le principe d'interprétation conforme s'impose *au droit national* au regard des décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne et précisé qu'il «*incombe à la juridiction de renvoi de s'assurer que l'application de ces mesures ne soit pas de nature à rendre la procédure pénale considérée dans son ensemble, inéquitable au sens de l'article 6 de la convention, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme.*»³¹ Et de citer divers arrêts de la Cour de Strasbourg dont elle invite la juridiction à respecter l'interprétation.³²

La Charte a constitué un ferment de rapprochement dans l'analyse des deux Cours. Le rôle de la Charte comme instrument de codification des droits de l'homme a été évoqué à

³⁰ CJCE – Aff. C-50/00 *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil de l'Union européenne*, P, Rec. 2002, p. I-06677 point 39. :

³¹ CJCE – Aff C-105/03, du 16 juin 2005 *Pupino*, point 60. A propos de la décision cadre 2001/220/JAI du Conseil, du 15 mars 2001.

³² CEDH - *P.S. c. Allemagne*, du 20 décembre 2001,; *S.N. c. Suède*, du 2 juillet 2002, Recueil des arrêts et décisions 2002-V; *Rachdad c. France*, du 13 février 2004, et *Accardi e.a. c. Italie*, (déc.). du 20 janvier 2005, n° 30598/02.

plusieurs reprises, depuis 2000, par les avocats généraux dans leurs conclusions³³. Mais elle est également désormais usuellement citée par la jurisprudence. Ainsi, un jugement du Tribunal de première instance a statué sur les obligations de la Commission lors de l'examen d'une réclamation à la lumière notamment des articles 41-1 (droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union)³⁴. Mais aussi de l'article 47 (droit à un recours effectif et à l'accès à un tribunal impartial) de la Charte³⁵. Un autre arrêt du Tribunal de première instance a souligné que cette Charte, « bien que n'étant pas dotée de force juridique contraignante, démontre l'importance, dans l'ordre juridique communautaire, des droits qu'elle énonce³⁶ ». Même la Cour, qui a longtemps hésité à se référer à la Charte, a dit pour droit dans un arrêt *Parlement c. Conseil*, en juin 2006, que, "si la charte n'est pas un instrument juridique contraignant, il convient néanmoins de souligner son importance".³⁷

Statuant dans l'affaire *Advocaten voor de Wereld*, la Cour a visé les articles 49, 20 et 21 de la charte la CJCE pour juger que la suppression du contrôle de la double incrimination est conforme au principe de légalité ainsi qu'au principe d'égalité et de non-discrimination³⁸. De son côté, la Cour de Strasbourg fait référence à la Charte notamment depuis l'arrêt *Goodwin*³⁹. Elle en est même venue récemment à puiser des sources interprétatives dans les "explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, initialement établies sous la responsabilité du Présidium de la Convention ayant rédigé la Charte et finalement intégrées dans l'Acte final du Traité établissant une Constitution pour l'Europe", qui si elles "n'ont pas la même autorité que la Charte elle-même"...constituent néanmoins un « outil précieux d'interprétation destiné à clarifier les dispositions de la Charte »⁴⁰.

Comment ne pas citer ici les conclusions de M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer dans le récent arrêt de la Cour de Luxembourg relatif au mandat d'arrêt européen : "*Les Communautés, fruit d'un pacte entre États structurés sur une base démocratique, ont vu le jour avec la vocation de se constituer en organisations soumises au droit. La semence avait été enfouie dans une terre à l'abandon et ce n'est qu'au cours du temps que les droits subjectifs de base ont pu germer et prospérer grâce à la jurisprudence de la Cour.*"

A cela toutefois, s'associent des limites évidentes. A ce jour, les citoyens de l'Union européenne ne disposent que d'un droit de recours, circonscrit dans son domaine, qui n'offre que des possibilités d'accès réduites à la CJCE.

- Il est nécessaire que les droits dont il s'agit soient considérés comme faisant partie du droit communautaire et que les domaines protégés relèvent de la compétence de la CJCE.
- La Cour n'est pas tenue de se prononcer sur la question de savoir si les droits de l'homme ont été violés, même si l'une des parties au litige soulève cette question.
- Le recours direct devant le tribunal de première instance et la CJCE est limité tant par le TCE que par la jurisprudence.

³³ M. Jacobs dans l'affaire *Z c. Parlement*, du 22 mars 2001 affaire C-279/99 P, Z c. Parlement [2001] ECR I-9197 ; M. Tizzano dans l'affaire *BECTU*, du 8 février 2001 ; M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire C-204/00 *P Aalborg Portland A/S contre Commission des Communautés européennes*.

³⁴ CJCE - T-54/99, arrêt du 30 janvier 2002, *Max. mobil. Telekommunikation Service c. Commission*.

³⁵ CJCE - T-177/01 Arrêt *Jégo-Quéré c. Commission* 2002-05-03.

³⁶ CJCE - Arrêt T-377/00 15 janvier 2003 - *Philip Morris International / Commission*, § 122.

³⁷ CJCE - Aff. C-540/03, arrêt du 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, Rec. p. I-5769).point 38.

³⁸ CJCE - Aff. C-303/05 arrêt du 3 mai 2007 *Advocaten voor de Wereld VZW / Leden van de Ministerraad*, précité.

³⁹ CEDH - *Goodwin c. Royaume Uni*, arrêt du 7 juillet 2002, Recueil 1996-II, § 100

⁴⁰ CEDH - *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00, du 19 avril 2007 § 30.

- La procédure de renvoi en interprétation ou en appréciation de validité dépend du juge national etc.

Ainsi, dans l'affaire Passenger Name Records sur le traitement et le transfert de données PNR, la CJCE, si elle a bien prononcé l'annulation demandée, n'a pas jugé nécessaire d'examiner les moyens pris de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit à la vie privée) et du principe de proportionnalité, pourtant invoqué par le Parlement européen dans sa demande.

Face à ces limites, les citoyens de l'Union qui s'estimaient victimes de violations, par les institutions communautaires, de droits qui leur étaient reconnus en vertu de la CEDH se sont tournés de plus en plus souvent vers la Cour de Strasbourg, qui a progressivement étendu son domaine de compétence en fonction de la nature juridique de l'acte communautaire à l'origine de la violation prétendue. On constate ainsi que les mêmes requérants ont été amenés à s'adresser, concurremment ou successivement, à Luxembourg puis à Strasbourg, comme dans les affaires *Segi et Bosphorus Airways*⁴¹.

- B/ Le contrôle par la Cour européenne des Droits de l'Homme

Jusqu'à un passé récent (1999), la Cour de Strasbourg ne s'était jamais déclarée être compétente à examiner des requêtes concernant les droit communautaire dérivé. Avec tact vis-à-vis de la Cour de Luxembourg, elle prononçait l'irrecevabilité des requêtes. Dans la décision de la commission, 10 juillet 1978, CFDT contre les Communautés européennes leurs Etats membres, elle avait déclaré la requête irrecevable, affirmant que les communautés européennes en tant que telles, ne sont pas partie contractante à la convention européennes des Droits de l'homme, et de ce fait, que l'examen des griefs de l'organisation requérante échappe à la compétence *ratione personae* de la commission⁴². Par la suite, elle avait pu prononcer des décisions d'irrecevabilité pour des motifs liés à la perte de la qualité de victime, dans les affaires *Segi et Gestoras* et *Senator Lines*.⁴³

En revanche, la cour s'est estimée compétente pour connaître des actes nationaux d'application du droit communautaire, car l'Etat membre de la communauté européenne, est également partie à la Convention européenne des Droits de l'Homme et n'agit pas dès lors en tant qu'organe de la communauté mais exerce sa juridiction au sens de l'article 1 de la Convention.

Pour la première fois, en 1999, dans l'arrêt *Matthews contre Royaume Uni*⁴⁴, la Cour de Strasbourg a clairement établi sa compétence en matière de contrôle du droit communautaire "primaire", pour lequel la CJCE n'est pas compétente et la responsabilité d'un Etat membre de l'Union du fait de la conclusion d'un traité international incompatible avec la CEDH.⁴⁵ La

⁴¹ Voir, par exemple, CEDH - *Segi et Gestoras Pro Amnistia et autres c. les 15 Etats membres de l'Union européenne (déc.)*, 23 mai 2002, nos. 6422/02 et 9916/02, CEDH 2002-V. ; *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, arrêt du 30 juin 2005, n°45036/98

⁴² CEDH - *CFDT contre les Communautés européennes et leurs Etats membres, décision du 10 juillet 1978*, (déc.), >Décisions et Rapports DR, 13, p. 231.

⁴³ CEDH - *Senator Lines c. les 15 Etats membres de l'Union européenne*, 10 mars 2004 Grande Chambre n° 56672/00 ; *Segi et Gestoras Pro Amnistia et autres c. les 15 Etats membres de l'Union européenne (déc.)*, 23 mai 2002, nos. 6422/02 et 9916/02, CEDH 2002-V.

⁴⁴ CEDH - *Matthews contre Royaume Uni* arrêt du 18 février 1999), Recueil 1999-I

⁴⁵ l'acte du 20 septembre 1976 portant élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, qui avait été pris en application de la Décision du Conseil européen recommandant l'adoption d'un traité sur l'élection des parlementaires européens, avait exclu Gibraltar de son champ d'application en violation de l'article 3 du Protocole n° 1 à la CEDH.

cour note que la convention n'exclut pas le transfert de compétences à l'organisation internationale, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être « reconnus ». Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats membres.

Plus récemment dans l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005, en abordant la question de la responsabilité d'un Etat membre du fait d'une atteinte prétendue aux droits de l'homme résultant du droit communautaire dérivé entériné par la CJCE, la Cour européenne en effet a posé la présomption selon laquelle « la protection des droits fondamentaux offerte par le droit communautaire est considérée comme « équivalente » à celle assurée par le mécanisme de la Convention⁴⁶. Mais il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable. Dès la Cour de Strasbourg a voulu rappeler qu'elle constitue le dernier rempart contre un déni de justice, c'est elle qui contrôle et qui a le dernier mot dans le dialogue des juridictions européennes.

Il est donc possible que la Cour de Strasbourg étende davantage son pouvoir de contrôle de la conformité des actes communautaires à la CEDH. Voire à toutes les normes édictées par l'Union, engagée à respecter les principes de la Convention par l'article 6 TUE.

La Cour de Strasbourg ayant ainsi voulu montrer qu'elle constituait le dernier rempart contre un déni de justice, elle entend avoir le dernier mot dans le dialogue des juridictions européennes.

Une telle extension de la compétence de la Cour de Strasbourg a pu être considérée comme équivalente à une adhésion « *de facto* », « indirecte » ou « forcée » à la CEDH.

Dès lors, ce n'est plus de concurrence mais de convergence qu'il s'agit. Voici qu'en ce qui concerne l'effectivité de la protection des droits de l'homme, les deux Europe se rejoignent. L'une, tentant de bénéficier de l'avance et de la spécialisation doctrinale de l'autre. L'autre, semblant trouver une juste revanche à rappeler que rien ne peut être fait sans quelque souci de l'humain.

En termes de protection des droits fondamentaux, sous le regard croisé des deux cours, il existe bien un enchevêtrement de plus en plus intime du système de la CEDH, du droit communautaire, mais aussi du droit de l'Union. Cette interpénétration réciproque va être accélérée par l'inéluctable interprétation de la Charte puisque l'article 52 de la Charte spécifie que tous les droits qui " correspondent " à ceux déjà inscrits dans la CEDH ont la même signification et la même portée⁴⁷. C'est donc bien essentiellement à la norme de Strasbourg que devront s'étalonner les droits fondamentaux de l'Union européenne. Qui pourrait la définir mieux que son interprète naturel ? En raison de l'existence des droits " nouveaux " ou " émergents " de la Charte, l'influence se fera à double sens, Luxembourg influençant Strasbourg et inversement. Tandis que Strasbourg est enclin à aller fouiller chaque fois plus profond dans la matière communautaire⁴⁸, c'est, avec l'interprétation de la Charte, Luxembourg qui se voit offrir la perspective de reprendre la main en matière de droits sociaux, d'environnement etc. Au point que l'on a pu parler d'un véritable " phénomène de transfert de droit ", de la « communautarisation du droit de la CEDH », ou bien encore, selon le mot de Frédéric Sudre, de l' « hybridation du droit européen ».

⁴⁶ CEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, arrêt du 30 juin 2005, n°45036/98

⁴⁷ Le mot " correspondre " ouvre la porte à différentes interprétations possibles, mais la Convention a indiqué précisément ce qu'elle entendait par-là dans le document explicatif.
http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_fr.pdf

⁴⁸ CEDH - *Aristimuño Mendizabal c. France*, arrêt du 17 janvier 2006 no 51431/99, § 66, § 69 ; *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande* [GC], n° 63235/00, du 19 avril 2007 § 30.

Ainsi, quel que soit le destin juridique conféré à la Charte par les traités à venir, indépendamment de l'architecture en piliers, maintenue ou unifiée, et malgré la diversité des aires de compétence des deux Cours, c'est à l'aune de la jurisprudence régulatrice de Strasbourg que pourra se juger et se construire un droit pénal européen, élevant au standard le plus élevé le respect des droits fondamentaux de l'individu. De la convergence des deux Cours, peut naître le *jus criminale comune*.

N'est-ce pas après tout ce que prédisait Gianbattista Vico, lorsqu'il affirmait que les nations, s'entendent et convergent dans la reconnaissance progressive de certaines « unités substantielles du droit naturel des gens » qui forment leur horizon d'échanges et de participation à une civilisation commune, dans le respect des différences ? Dans sa *Scienza Nuova*, dont on dit – à tort ou à raison – qu'elle aurait inspiré mon concitoyen Montesquieu – il évoque ces « unités substantielles de ce droit, sur lesquelles les nations s'accordent toutes avec différentes modifications »⁴⁹. Après tout, ce droit nous le connaissons bien : il a toujours ignoré les frontières. Et ces « unités », ce sont bien celles qui permettent de dépasser les querelles doctrinales pour parvenir à l'émergence des principes autonomes européens. Un autre versant de ce que Mireille Delmas-Marty, appelle le « pluralisme ordonné des forces imaginantes du droit ».⁵⁰

⁴⁹ « unità sostanziali del diritto natural delle genti, nelle quali con diverse modificazioni tutte convengono », SN § 145.

⁵⁰ Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit II*, Seuil, 2006.