Cour de Cassation

12 février 2010

Colloque «Quelles perspectives pour un Ministère Public Européen : Protéger les intérêts financiers et fondamentaux de l'Union Européenne»

L'implication d'un Ministère Public Européen pour les droits de la défense.

Par Bertrand FAVREAU

Avocat à la Cour, Président de l'Institut des Droits de l'homme des Avocats européens.

Achille peut-il rattraper la tortue ? On connaît le paradoxe de Zénon d'Elée : Achille peut bien courir plus vite que n'avance la tortue, il ne peut la rattraper, car lorsqu'il atteint le point où celle-ci se trouvait auparavant, elle s'est déjà déplacée. De fait, l'Europe communautaire était-elle tributaire, dès l'origine puisque structurellement et textuellement, d'un cruel décalage. Et pour avoir trop longtemps paru ignorer ou oublier les droits fondamentaux, a-t-elle été condamnée à une course poursuite, dont on avait toujours voulu espérer qu'elle ne serait pas la célèbre course d'Achille et de la tortue.

Car, faut-il le rappeler : 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 femmes y était inscrit, dès l'origine, à l'article 119 du traité CE. Tandis qu'au gré des traités, de l'Acte Unique en 1986 à Nice en 2000, s'accroissaient régulièrement les compétences et domaines d'action de l'Europe, la garantie des droits fondamentaux, pourtant toujours re-proclamée, semblait toujours prendre du retard. Ainsi de blocages en avancées, de petits pas en «petits bonds», non seulement l'Europe a été condamnée à un rattrapage permanent, afin de faire coïncider l'ambition de ses projets avec un niveau convenable de protection des droits des citoyens concernés par leur application.

Certes on le sait tout aussi bien, le pouvoir prétorien y avait suppléé les non-dits et cette Europe là n'a jamais été une Europe « sans droits ». Comment ne pas citer ici les conclusions de M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer dans l'arrêt *Advocaten voor de Wereld*, rendu par une Cour de Justice – que l'on est désormais heureux d'appeler «de l'Union européenne» :« *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.*»¹

Force demeure de le constater, - même s'ils étaient présents, et bien présents, dans la jurisprudence communautaire - ils ont fait une entrée timide ou tardive dans l'Union européenne. Pour ce qui fut 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».

Cette course est aussi une lecture de l'histoire textuelle de l'Europe. Elle explique bien des blocages et bien des retards. Le décalage continu entre les politiques entreprises et le niveau de protection qui doit être garanti à tout citoyen dans une société démocratique, a été 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.

¹ C-303/05 arrêt du 3 mai 2007 *Advocaten voor de Wereld VZW / Leden van de Ministerraad*, précité.

Serait-ce désormais la fin de la Course poursuite ? Ou Zénon D'Elée avait-il tort ? Contrairement à ce que d'aucuns avaient cru ou annoncé, le retard qui semblait pris au départ par l'Europe communautaire dans la protection des droits fondamentaux semble avoir été résorbé au cours des dix dernières années. Ce qui semblait impossible de 1957 à 1986, de 1987 à 1997 ou à 2000 est possible aujourd'hui. Les droits fondamentaux sont une valeur et un objectif de l'Europe, avant même la construction d'un marché unique.

Depuis le 1^{er} décembre 2009, nous sommes à la croisée des chemins. Comment donc ne pas saluer l'enracinement des droits fondamentaux au sein de l'Union Européenne après le Traité de Lisbonne (et le programme de Stockholm) :

- il ne peut plus être reproché à l'Union européenne de n'avoir pas de catalogue déclaré de droits fondamentaux – si du moins elle en avait besoin d'un au regard des acquis juridictionnels – puisque désormais l'article 6 du TUE consacre que la Charte « proclamée » à Nice, puis « adaptée » le 12 décembre 2007, a la même valeur juridique que les traités. (6.1 TUE).
- l'Union adhère à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la CEDH et qui font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux (6.2 TUE), adhésion demandée par la Commission depuis un mémorandum du 4 avril 1979², que le programme de Stockholm qualifie désormais de « primordiale » et demande « rapide ».³
- Enfin, avec la fin de l'architecture en pilier, tous les acquis en termes de droits fondamentaux de l'Europe Communautaire vont s'appliquer à l'espace de liberté, de sécurité et de justice avec l'effet accélérant bien connu de la verticalité.

Ce dernier point n'est pas sans importance puisque depuis les années 80, depuis l'acte unique Européen, force est de constater que toutes les tentatives de rapprochement de la réglementation pénale des états membres, à base de coopération et d'entraide judiciaire relevant de la coopération intergouvernementale, chaque fois plus précise sans doute, mais sans véritable garantie à l'échelle d'une politique pénale européenne avait été toujours annoncée, mais toujours à recommencer.

Par ailleurs, le traité de Lisbonne donne une base légale à l'existence d'un ministère public européen. Puisque le sujet nous invite à une lecture en termes de droits fondamentaux, force de rappeler que l'institution connote la répression puisqu'il s'agit de sanctionner là où c'est actuellement difficile, voire impossible. On a souvent souligné que ce sont les disparités d'un espace judiciaire fragmenté, l'éclatement et la disparité des règles de poursuites, d'investigations, de définitions des infractions et des sanctions ou l'insuffisance des instruments, qui empêchaient la réalisation pratique d'un parquet européen. Mais qui en même temps démontraient la nécessité de son institution qui ne saurait se discuter. Cela par l'effet récurrent des frontières, marches, lignes, ou autre limes, au sein de systèmes ou de « traditions » judiciaires. Cela on le savait depuis l'Antiquité. Ou du moins depuis le XVIII^{ème} siècle, où Edward Gibbon, écrivait : « *L'Europe est maintenant partagée en différents États indépendants les uns des autres : cette division est un avantage bien précieux pour la liberté* ».

² Bulletin des Communautés européennes, Supplément 2/79

³ Le traité de Lisbonne précise que les règles de décision pour rendre cette adhésion effective sont modifiées ; le Conseil statue à l'unanimité et non à la majorité qualifiée, et la décision doit être approuvée par les États membres » conformément à leurs règles constitutionnelles respectives », ce qui signifie, pour la France, qu'une loi autorisant la ratification devra être adoptée par les assemblées.

du genre humain »⁴. Sans doute l'historien britannique voulait-il alors évoquer la possibilité qu'offrait cette division en petits états d'échapper facilement en franchissant les frontières à l'effet des poursuites injustes puisque le plus souvent d'ordre politique. Aujourd'hui, où il n'y a (presque) plus de délinquant d'opinion au sein de l'Union européenne, la frontière peut sans doute être un facteur d'impunité pour d'autres crimes. Mais elle pourrait aussi être la cause d'une répression plurielle ou plus sévère.

Force est de proposer, pour les besoins du sujet, une lecture complémentaire. Tout autant que le caractère incomplet ou inefficace des instruments d'enquêtes et de poursuites de la coopération en matière pénale jusqu'à 2009, c'est l'insuffisance des règles protectrices qui a entravé l'institution d'une autorité de poursuite «transfrontière». Parce que l'Europe ne s'était pas encore dotée de contrepois suffisants face à l'instauration d'une action publique centralisée, donc verticale, dut-elle ne concerner – dans un premier temps – que la protection des intérêts financiers de l'Union.

Qu'en est-il en 2010, du point de vue des droits de la défense ? Les garanties prétorienne traditionnelles, l'instauration d'un Parquet Européen ne saurait s'apprécier que du point de vue de la solidité et de la lisibilité des garanties institutionnelles qu'elle instaurera pour les droits de la défense, mais elle demeurera en tout état de cause inséparable de l'état d'avancement ou d'inachèvement des instruments de la coopération judiciaire pénale dans le cadre de l'espace des libertés de sécurité et de justice telles que renforcées par le Traité de Lisbonne.

I - Quelles garanties institutionnelles face à une institution nouvelle ?

Qui sera-t-il donc ce procureur européen ? Où commencent les droits de la défense ? Après l'enfantement annoncé mais avorté du traité constitutionnel, le Traité de Lisbonne a scellé son acte de naissance. Mais c'est un nouveau –né dont on ignore encore les traits, la nature ou le développement futur. Un « Procureur Européen », en perpétuel devenir, est encore pour la défense un adversaire au profil encore inconnu et donc incertain. Dès lors qu'il s'agit d'une institution en l'état futur d'achèvement, rien n'est étranger à l'exercice des droits de la défense.

Nous le savons clairement avec la jurisprudence de Strasbourg : le procureur représente l'accusation, il est « l'autre partie à une procédure pénale », nous rappelle l'arrêt *Nikula c. Finlande*⁵. Le poursuivi et le procureur sont bien des « adversaires » et ils ont « des intérêts à la fois distincts et opposés », comme n'a pas manqué de le souligner l'arrêt *Fahri c. France*⁶.

Dès lors, son statut, ses pouvoirs, les modalités de recours contre ses décisions ne peuvent qu'interpeller, dès l'abord, les droits du défenseur futur de la partie qu'il poursuivra.

A) Quel Parquet européen ?

Plusieurs statuts ont été successivement évoqués : du Procureur européen, selon le *Corpus juris*, en 1996-1997, complété dans sa version de Florence en 2000, repris par une communication de la Commission⁷, avant de disparaître – en tant que tel – de la Conférence

⁴ E. GIBBON, *Histoire du déclin et de la chute de l'empire romain*, Robert Laffont, 1970, p. 5.

⁵ CEDH, *Nikula c. Finlande*, no 31611/96, arrêt du 21 mars 2002, CEDH 2002-II, § 54

⁶ CEDH, *Fahri c. France*, no 17070/05, arrêt du 16 janvier 2007, § 26.

⁷ Contribution complémentaire de la Commission à la Conférence intergouvernementale sur les réformes

intergouvernementale de Nice, puis de revenir en 2001, dans un Livre vert⁸, jusqu'à la conception collégiale d'un parquet européen «à partir de Eurojust», à titre éventuel et futur, dans l'article III-275 du défunt traité constitutionnel, reprise enfin par le traité de Lisbonne dans l'article 86 TFUE, qui lui donne un spectre plus large : la grande criminalité ayant une dimension transfrontière.

Force est de rappeler que les divers documents qui sont intervenus offrent des portraits différents. Jusqu'à ce jour, seul le *Corpus Juris* lui a donné un visage sans esquiver la dimension des droits procéduraux corrélatifs.

a) Première tentative de droit pénal communautaire intégré, le projet *Corpus Juris* avait abouti à la constatation d'une nécessaire unification d'une partie du droit pénal matériel et proposé aussi, certes dans le cadre restreint de la protection des intérêts financiers, un inventaire détaillé et souvent novateur de garanties procédurales. Conjugaison du principe de territorialité européenne et du principe de garantie judiciaire, le *Corpus Juris* intégrait tous les acquis européens et internationaux en matière de droits de la défense en se référant directement à la richesse des textes internationaux de protection des droits de l'homme et de la jurisprudence de la CEDH et de ce que l'on appelait encore la CJCE. Qu'il avait estimé « inutile de paraphraser ». Mais il énonçait de surcroît un ensemble de droits qui devaient être réservés au suspect, à l'accusé et aux droits de la défense en général⁹. Il s'est efforcé, comme l'ont fait les deux cours européennes, de faire une synthèse, non pas comme un plus petit commun dénominateur renonçant aux points forts de chaque modèle, mais comme une norme autonome et actualisée par rapport à chacun. Et il accordait une place non négligeable aux avocats et aux droits de la défense aux divers stades de la procédure, dans le contentieux de la liberté, mais aussi tout au long du déroulement de la procédure contradictoire¹⁰. Pourtant aux yeux de ses détracteurs, il était perçu comme un texte exclusivement répressif, assimilé à un simple projet de création de procureur européen¹¹.

b) Prima facie, le **Livre vert**, document - « diplomatique » - de discussion, rédigé au lendemain de la mise à l'écart du projet de procureur par le sommet de Nice, où on lui a préféré la solution Eurojust, nouvel organe de coopération judiciaire, dont la logique était différente, demeure notoirement plus imprécis ou en tous les cas seulement optatif. En ce qui concerne les idées-forces, il proposait l'instauration d'un Procureur européen, indépendant, dont l'action serait articulée autour de procureurs européens, - mais nationaux - délégués sous le contrôle de juridictions, en la forme d'une direction centralisée de recherches et de poursuites, limité à la protection des intérêts financiers de l'Union.

c) De tout cela, le **Traité de Lisbonne** n'a repris que la problématique d'une façon schématique. Il a donné une base légale à la création d'un « Parquet européen à partir d'Eurojust », en a fixé les attributions : « combattre les infractions portant atteinte aux intérêts

institutionnelles - *La protection pénale des intérêts financiers communautaires : un Procureur européen*, 29.9.2000, COM(2000)608.

⁸ Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM (2001) 715 final du 11/12/2001.

⁹ Voir Bertrand FAVREAU, *Les garanties pour la sauvegarde des droits de la défense dans le Corpus Juris 2000*, in *Il defensore e il pubblico Ministero Europeo a cura di A. Lanzi, F. Ruggieri, L. Camaldo*, Milano, CEDAM, 2002, pp.109-125.

¹⁰ M.DELMAS-MARTY et J. VEVAELE (dir.), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les Etats membres*, (4 vol.), Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersequencia, 2000, p. 99.

¹¹ Un rapport de la *House of Lords* (§ 126) a ainsi exprimé, on le sait, la crainte que le *Corpus Juris* "will be too much prosecution given, with insufficient account being taken of the rights of the defence".

financiers de l'Union », mais pouvant être étendues « *simultanément ou ultérieurement* » à la « *lutte contre la criminalité grave ayant une dimension transfrontière* », ainsi que la compétence future : « *rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs et complices d'infractions entrant dans le cadre de la compétence ratione materiae précitée* ». Le traité précise en outre qu'il exercera l'action publique relative à ces infractions, « *devant les juridictions compétentes des États membres* ». Pour le surplus le Traité de Lisbonne a confié au droit dérivé la tâche de fixer les règles de fonctionnement par voie de règlements.

On peut donc résolument croire que ce futur parquet sera une institution nouvelle qui ne connaît pas de précédent. Véritable *Prolem sine matre creatam*, ainsi que Montesquieu s'est plu à l'écrire en exergue de l'Esprit de Lois. Ce qui dans une traduction littérale (« enfant né sans mère ») pourrait conduire à penser qu'il ne sera pas le procureur du Corpus juris qui, lui – nous le savons- à une mère que nous avons le bonheur d'avoir parmi nous aujourd'hui, tout en restant, dans le sens second qu'a voulu lui donner l'auteur des Lettres persanes - (« œuvre sans précédent ») - une institution qui ne se rattache à aucun modèle déjà connu.

S'agira-t-il d'un Procureur indépendant ? Sera-t-il lié par le principe de légalité ou d'opportunité ? Rien ne le précise. Rien ne l'interdit. Dès ce stade, pour les droits du défenseur le *distinguo*, n'est pas sans importance ni sans subtilité. L'avocat a assurément d'abord le droit de savoir de qui il est appelé à être le loyal adversaire. D'un parquet dirigé à l'échelon central par un procureur indépendant, tandis que ses pseudopodes nationaux pourraient être dépendants, au moins dans leur système de rattachement, d'une action pénale exprimant des priorités gouvernementales ? Quel sera alors son réel interlocuteur ? Quelle sécurité de la règle applicable ? A quelle légalité sera soumis ce parquet dès lors que son action s'exerce devant 27 systèmes judiciaires nationaux ? Et quand il s'agirait d'opportunité, comment se conjugueront ou s'affronteront les pouvoirs du parquet nouveau aux compétences de poursuites des parquets nationaux ?

Le programme de Stockholm – même s'il est le premier programme quinquennal de mise en œuvre de l'espace judiciaire européen à citer le parquet européen - ne donne ni précision, ni calendrier, mais une méthodologie. Là encore les mots ne sont pas neutres. Déclinant la logique issue du Trait constitutionnel, « *à partir d'Eurojust* » : le programme commence par reculer l'échéance. Il précise qu'il faut que les États membres et Eurojust mettent – d'abord – « *soigneusement en œuvre la décision 2009/426 du Conseil du 16 décembre 2008 qui, avec le traité de Lisbonne, offre la possibilité de poursuivre le développement d'Eurojust au cours des prochaines années, notamment en ce qui concerne le déclenchement d'enquêtes et la résolution des conflits de compétence.* »¹² Mais, à y regarder de plus près, il indique aussi que « *sur la base d'une évaluation de la mise en œuvre de cet instrument, de nouvelles possibilités pourraient être envisagées et notamment l'octroi de nouvelles compétences aux membres nationaux d'Eurojust, le renforcement des compétences du collège d'Eurojust ou la création d'un parquet européen.* »

Si l'on suit la traduction française du Programme de Stockholm, une évaluation d'un Eurojust renforcé et revêtu de certains des atours du procureur européen, dont les résultats s'avèreraient médiocres ou insatisfaisants pourrait changer le cours des choses. Et en tous cas le sens des mots, « *à partir d'Eurojust* » devenant susceptible (« *ou* ») de signifier « *aux cotés* » ou « *à la place d'Eurojust* », cet organisme pouvant par ailleurs conserver un rôle dont nul n'a

¹² Programme de Stockholm, 17024/09, Point 3.1.1 Droit Pénal p. 24

jamais songé à nier les avantages dans la coopération judiciaire qui ne cesserait pas avec l'instauration d'un parquet spécialisé.

Or, en termes de droit de la défense, il peut paraître aujourd'hui pour le moins problématique, d'accroître les pouvoirs de poursuites d'un organe institué à l'origine dans le seul but de promouvoir et d'améliorer la coordination et la coopération entre les autorités judiciaires compétentes des États membres au titre d'un pilier désormais supprimé¹³, dans lequel la défense ne joue aucun rôle effectif, et plus encore de lui conférer le pouvoir de régler les conflits de compétences qui, dans le Corpus juris, était exclusivement confié à un juge dans le cadre d'un débat contradictoire.

Il n'est pas certain qu'à l'aune où doivent s'apprécier désormais les institutions et les actions engendrées par l'Union européenne, que confier à Eurojust – qui n'a pas été créé pour cela – les fonctions d'un ministère public européen, toutes choses égales par ailleurs, puisse répondre, dans le domaine hautement sensible de la répression judiciaire et de la liberté - au sens physique du terme - de l'individu, aux critères des organes constitutionnels de pays qui ont proclamé leur « *attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'État de droit* ».

Il est bien évident que des pouvoirs transfrontières, impliquant de surcroît des suspects de diverses nationalités, posent à chacun de ces stades la question de l'égalité des armes ? Or, la norme européenne est sans équivoque : le procès doit être contradictoire et garantir dans tous les cas « l'égalité des armes » entre les parties, et notamment le procureur et le détenu¹⁴.

Poser le problème des droits de la défense c'est ainsi s'interroger sur le juge qui sera chargé de les faire appliquer ou de sanctionner leur inobservation. Donc problème de la garantie judiciaire.

B) Garantie judiciaire et droits de la défense :

Le Traité de Lisbonne précise que le Parquet européen exerce l'action publique relative à ces infractions, « *devant les juridictions compétentes des États membres* ». Comment se conciliera donc la garantie qu'exige l'arsenal de pouvoirs verticaux (pouvoir d'enquête, pouvoir de déclenchement des poursuites, pouvoir de demander des mesures coercitives, pouvoir de renvoi vers une juridiction de jugement) devant les juridictions « compétentes » de 27 états membres ?

a) Il est bien évident que la garantie judiciaire - principe fondamental du droit européen – est mieux garantie au niveau du contrôle européen que nulle part ailleurs. Inutile de rappeler que c'est aux juridictions européennes que le justiciable des 27 états membres s'adresse pour demander le plus haut niveau de garantie. Et que c'est d'elles qu'il le reçoit.

L'accès au juge est un des éléments constitutifs d'une communauté de droit. Principe de droit européen sans faille, sans cesse réaffirmé et toujours sanctionné, cette garantie est plus que jamais renforcée aujourd'hui par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de

¹³ Décision du Conseil 2002/187/JAI du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité *JO L 63 du 6.3.2002, p. 1-13*.

¹⁴ CEDH, *Toth c. Autriche* du 12 décembre 1991, série A n° 224, p. 23, § 84, *Kampanis c. Grèce* du 13 juillet 1995, série A n° 318-B, p. 45, § 47 et *Nikolova c. Bulgarie* [GC], du 25 mars 1999, CEDH 1999-II § 58.