



ARTICLES

TOWARDS EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW – SECOND PART

edited by Araceli Turmo

EXISTE-T-IL DES GARANTIES EUROPÉENNES RELATIVES À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DANS LE CADRE DE L'ENQUÊTE PÉNALE?

MAXIME LASSALLE*

TABLE OF CONTENTS: I. La nécessité d'une harmonisation accrue de la procédure pénale européenne. – II. L'existence de garanties protégeant les intérêts des États. – II.1. Un droit primaire garantissant l'efficacité des enquêtes. – II.2. Un droit dérivé garantissant le respect des droits nationaux. – III. L'émergence de garanties protégeant les droits des individus. – III.1. Des garanties implicites fondées sur la Charte. – III.2. Des garanties rejetées par le droit pénal européen.

ABSTRACT: European Union criminal law covers cooperation in criminal matters and the investigative powers granted to European delegated prosecutors. Therefore, it provides for the use of investigative measures interfering with the right to privacy. Those measures are taken on the basis of national law implementing European Union law and they must comply with the Charter of Fundamental Rights of the Union. However, the Charter does not explicitly specify the guarantees applicable to such investigative acts. Moreover, the competences of the European Union in criminal procedure are intended only to balance the effectiveness of European investigations and the interests of Member States. Therefore, secondary law does not directly aim at protecting fundamental rights. This situation is becoming increasingly problematic insofar as the case law of the Court of Justice itself tends to request guarantees regarding the use of those measures. For example, a minimum degree of suspicion is a requirement that must be met for those measures to be used. Similarly, targeted persons have to be notified of the measure and have access to effective remedies. Such requirements are currently rejected by European union secondary law.

KEYWORDS: procedural guarantees – privacy – cooperation in criminal matters – investigative measures – data protection – competences of the European Union.

* Docteur en droit, Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, m.lassalle@csl.mpg.de.



I. LA NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION ACCRUE DE LA PROCÉDURE PÉNALE EUROPÉENNE

Les procédures pénales des États membres de l'Union européenne sont à ce point diverses, notamment en ce qui concerne le respect du droit à la vie privée, qu'il pourrait paraître surprenant de s'interroger sur l'existence de garanties européennes dans ce contexte. La question se pose, pourtant, parce qu'il existe des indices de l'émergence, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et dans le domaine du traitement de données à caractère personnel par les autorités publiques, de "garanties suffisantes permettant de protéger efficacement (les) données à caractère personnel contre les risques d'abus ainsi que contre tout accès et toute utilisation illicite de ces données".¹ Le terme utilisé est parfois celui de "*garanties appropriées*".²

La garantie des droits est définie comme un "ensemble de disposition et procédés [...] qui tendent à empêcher par des interdictions ou d'une manière générale par un système quelconque de limitation du pouvoir la violation des droits de l'homme par les gouvernants".³ Les garanties européennes en matière de protection du droit à la vie privée dans le cadre de l'enquête pénale pourraient ainsi être définies comme des dispositions prévues par le droit de l'Union européenne et visant à assurer que l'ingérence dans le droit à la vie privée causée par une mesure d'enquête prise en application du droit de l'Union soit proportionnée.⁴

Compte tenu du caractère encore émergent et donc encore indéfini de ces garanties dans la jurisprudence de la Cour de justice, il est difficile de déterminer à quoi des garanties européennes applicables au cadre plus général des actes d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée dans le cadre de l'enquête pénale pourraient correspondre. Pour mieux comprendre ce dont il pourrait s'agir, on peut faire référence aux États-Unis, où la référence en matière de garanties relatives à la protection de la vie privée dans le cadre de l'enquête pénale est incontestablement le quatrième amendement de la Constitution. Celui-ci énonce que "[l]e droit des citoyens d'être protégés dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat

¹ Affaires jointes C-293/12 et C-594/12 *Digital Rights Ireland* ECLI:EU:C:2014:238 para. 54.

² Affaires jointes C-203/15 et C-698/15 *Tele2 Sverige* ECLI:EU:C:2016:970 para. 117. Le droit dérivé fait également référence à un "niveau de protection adéquat" et à des "garanties appropriées" dans le contexte de transferts vers les États tiers (règlement (EU) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, arts 45 et 46).

³ G Cornu (dir), *Vocabulaire juridique* (PUF 2018) 485-486.

⁴ Le terme de "garanties essentielles européennes" est parfois utilisé pour qualifier les garanties proposées par la Cour européenne des droits de l'homme: WR Wiewiorowski, 'Surveillance for Public Security Purposes. Four Pillars of Acceptable Interference with the Fundamental Right to Privacy' in G Vermeulenowski et E Lievens (dir), *Data Protection and Privacy under Pressure. Transatlantic Tensions, EU Surveillance and Big Data* (Maklu, 2017) 171. Ces garanties ne seront pas ignorées mais ce sont les garanties prévues par la Cour de justice, souvent par référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui seront davantage développées.

ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou affirmation, ni sans qu'il ne décrive spécifiquement le lieu à fouiller et les personnes ou les choses à saisir".⁵ Ce sont bien des garanties -un mandat, une présomption sérieuse- et celles-ci s'appliquent à un objet précis, à savoir les "perquisitions et saisies".

L'objet des garanties européennes qu'il s'agit d'étudier, à savoir les actes d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée, ne peut être délimité de manière stricte tant la portée des droits à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel est encore incertaine.⁶ On ne peut citer, sans prétendre à l'exhaustivité, que quelques-unes de ces mesures qui ont fait l'objet d'affaires devant la Cour de justice ou devant la Cour européenne des droits de l'homme: les perquisitions,⁷ les écoutes téléphoniques,⁸ la géolocalisation⁹ ainsi que l'accès aux données de télécommunication,¹⁰ aux données PNR,¹¹ aux données bancaires et aux adresses IP.¹²

La question de l'existence de garanties européennes applicables dans ces circonstances est d'apparence très théorique. Elle a toutefois une portée pratique puisqu'il s'agit de déterminer le degré d'harmonisation qui pourrait être nécessaire dans l'encadrement de ces différentes mesures par le droit européen. Certes, l'encadrement de ces mesures relève en grande partie du droit national. La question d'une harmonisation, au moins minimale, des garanties applicables à ces mesures, se pose tout de même. En effet, il existe déjà un cadre juridique européen relatif aux mesures d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée dans le cadre de l'enquête pénale. Celui-ci appréhende dans une certaine mesure l'exécution par des autorités nationales de mesures d'enquête décidées dans un contexte européen, par exemple par qu'il s'agit de la mise en œuvre de demandes de coopération ou, à l'avenir, du recours aux pouvoirs d'enquête des procureurs européens délégués. Parce que les autorités nationales mettent alors en œuvre le droit européen, celles-ci doivent respecter la Charte.

⁵ Le texte en version originale est le suivant: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

⁶ Voir par exemple: CourEDH *Benedik c Slovénie* Req n. 62357/14 arrêt du 24 avril 2018, [16 Novembre 2004] opinion concurrente de la juge Yudkivska, jointe par le juge Bošnjak. La définition américaine du champ d'application du quatrième amendement est elle aussi sources de nombreuses difficultés, qui ne pourront être développées ici. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice, les droits à la vie privée et à la protection des données seront considérés ensemble.

⁷ Affaire C-94/00 *Roquette frères* ECLI:EU:C:2002:603.

⁸ CourEDH *Kruslin c France* Req n. 11801/85 [24 avril 1990]; CourEDH *Huvig c France* Req n. 11105/84 [24 avril 1990]; CourEDH *Zakharov c Russie* Req n. 47143/06 [4 décembre 2015].

⁹ CourEDH *Uzun c Allemagne* Req n. 35623/05 [2 septembre 2010].

¹⁰ CourEDH *Ben Faiza c France* Req n. 31446/12 [8 février 2018].

¹¹ Avis 1/15 ECLI:EU:C:2017:592.

¹² CourEDH *Benedik c Slovénie* Req n. 62357/14 [24 avril 2018].

Pour l'heure, l'encadrement européen des mesures d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée est éclaté entre plusieurs sources. La coopération en matière pénale suit une approche de l'espace pénal européen basée sur la coopération,¹³ et donc sur des instruments visant à coordonner les droits des États européens.¹⁴ Les pouvoirs d'enquête du parquet européen suivent quant à eux une approche fondée en principe sur l'harmonisation et la création d'un modèle unifié de collecte de preuves.¹⁵ C'est encore davantage une approche fondée sur un modèle unifié qui est envisagée dans le projet "e-evidence" puisque celui-ci vise à créer un instrument d'enquête européen, et donc à prévoir les garanties qui l'accompagnent.¹⁶

Dans tous les cas où le droit de l'Union touche à des mesures d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée dans le cadre de l'enquête pénale, par exemple pour organiser la coopération entre États ou le fonctionnement du parquet européen, un minimum de règles communes, européennes, est nécessaire pour organiser l'exécution de ces mesures d'enquête. Il existe donc déjà bien des règles européennes applicables aux actes d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée, et certaines sont qualifiées de garanties, par exemple par les textes eux-mêmes,¹⁷ par la Commission européenne,¹⁸ ou par la doctrine,¹⁹ dans ce contexte.

Le recours à ce terme illustre le problème de la détermination de l'objet des garanties dont il est question. En effet, la conciliation de ce qui est qualifié de garantie dans le contexte actuel avec ce qui est qualifié de garantie dans la jurisprudence de la Cour de justice, encore émergente, n'est pas évidente. Le recours à ce terme est trompeur car il présuppose de déterminer quel est l'objet d'une garantie, ce qu'elle est supposée garantir et ce qu'elle a vocation à protéger. Or s'il existe bien des garanties en droit de l'Union,

¹³ JR Spencer, 'The Principle of Mutual Recognition' in RE Kostoris (dir), *Handbook of European Criminal Procedure* (Springer 2018) 281.

¹⁴ M Daniele, 'Evidence Gathering' in RE Kostoris (dir), *Handbook of European Criminal Procedure* (Springer 2018) 353.

¹⁵ *Ibid.* 355.

¹⁶ La spécificité de ce projet, notamment en ce qui concerne les garanties applicables, est développée dans la contribution d'Hélène Christodoulou, Laetitia Gaurier et Alice Mornet intitulée "La proposition 'e-evidence': révélatrice des limites de l'émergence d'une procédure pénale européenne ou compromis nécessaire?" dans ce même numéro. Ce projet ne sera ainsi plus évoqué dans cet article.

¹⁷ Le chapitre III de la directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale est par exemple intitulé "procédures et garanties pour l'État d'exécution".

¹⁸ Livre vert COM(2003) 75 final de la Commission du 19 février 2003 sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne (livre vert). Ces garanties sont vues comme le pendant de la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle: Programme de mesures destiné à mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales du 15 janvier 2001 10.

¹⁹ Par exemple: G Taupiac-Nouvel, 'Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'UE: principe fondateur de l'Europe pénale' in D Guérin et B De Lamy (dir), *La Chambre criminelle de la Cour de cassation face aux droits européens* (Institut universitaire Varenne 2017) 75. L'auteur évoque toutefois la question du mandat d'arrêt européen.

celles-ci concernent essentiellement la souveraineté des États (II), les garanties pour les droits des individus n'étant encore qu'émergentes (III).

II. L'EXISTENCE DE GARANTIES PROTÉGÉANT LES INTÉRÊTS DES ÉTATS

Les garanties explicitement prévues ou envisagées par le droit de l'Union n'ont pas pour objet la protection des droits fondamentaux des individus mais la protection des intérêts des États membres et des autorités nationales. Le droit primaire de l'Union européenne reconnaît essentiellement un rôle au droit pénal de l'Union dans le but d'améliorer l'efficacité des enquêtes (II.1). Le droit secondaire prévoit, en conséquence, des garanties permettant d'équilibrer les intérêts des deux États parties à la coopération, en renvoyant au droit des États membres la question des garanties relatives à la protection des droits des individus (II.2).

II.1. UN DROIT PRIMAIRE GARANTISSANT L'EFFICACITÉ DES ENQUÊTES

La compétence de l'Union européenne en matière de coopération judiciaire est l'exemple principal illustrant le rôle du droit de l'Union en matière de procédure pénale. L'art. 82(2) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit l'adoption de "règles minimales", dans la mesure où cela est "nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire dans les matières pénales ayant une dimension transfrontière". Ces règles portent sur "l'admissibilité des preuves entre les États membres" et "les droits des personnes dans la procédure pénale".

Si les droits des personnes dans la procédure pénale sont cités, leur protection et l'harmonisation des garanties applicables pour protéger ces droits ne constitue pas un objectif autonome d'harmonisation.²⁰ L'objectif majeur, le rôle de la compétence de l'Union en matière de procédure pénale, est la "facilitation" de la coopération. Cela signifie en premier lieu, dans le contexte des mesures portant atteinte au droit à la vie privée, que le rôle du droit de l'Union est d'assurer que les mesures d'enquêtes dont les autorités nationales ont besoin dans le contexte d'une enquête transnationale puissent être mises en œuvre par leurs partenaires européens et surtout que les preuves collectées soient admissibles dans les éventuelles poursuites qui s'en suivront.²¹ En conséquence, le droit

²⁰ D Flore, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne* (Larcier 2014) 336; M Kusak, *Mutual admissibility of evidence in criminal matters in the EU: a study of telephone tapping and house search* (Maklu 2016) 33; M Marty, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen* cit. 336; A Weyembergh, 'L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne' (2004) Archives de politique criminelle 37.

²¹ Tel est l'objectif premier du droit pénal européen: G Vermeulen, *Free Gathering and Movement of Evidence in Criminal Matters in the EU: Thinking Beyond Borders, Striving for Balance, in Search of Coherence* (Maklu 2012) 44; G Vermeulen Gert et L van Puyenbroeck, 'Approximation and Mutual Recognition of

dérivé prévoit bien la mise en œuvre et la facilitation du recours à des mesures portant atteinte au droit à la vie privée, mais il n'a pas pour objet d'assurer que la mise en œuvre de ces mesures soit conforme au droit à la vie privée.

En matière de coopération policière et administrative, la compétence de l'Union européenne vise aussi à faciliter la coopération, l'efficacité des enquêtes, et ignore également la question des garanties applicables aux actes exécutés en application du droit de l'Union européenne. Selon l'art. 87 TFUE, l'Union "développe une coopération policière qui associe toutes les autorités compétentes des États membres, y compris les services de police, les services des douanes et autres services répressifs spécialisés dans les domaines de la prévention ou de la détection des infractions pénales et des enquêtes en la matière", ce qui donne compétence législative à l'Union pour établir des mesures portant notamment sur "la collecte, le stockage, le traitement, l'analyse et l'échange d'informations pertinentes".²² Là encore, le seul enjeu est l'accessibilité des informations, les droits des personnes concernées ne sont même pas envisagés.

L'art. 86(3) TFUE relatif au parquet européen aurait pu être lu comme donnant compétence à l'Union pour aller plus loin, afin qu'elle prévienne elle-même directement l'intégralité de l'encadrement des actes d'enquête du parquet européen, dont le contenu des garanties applicables. Les progrès dans l'efficacité des enquêtes pourraient ainsi être accompagnés de progrès dans la protection des droits fondamentaux. Cet article prévoit en effet que le règlement relatif au parquet européen précise "les règles de procédure applicables à ses activités [...] et les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il arrête dans l'exercice de ses fonctions". Cette référence aux "règles applicables" et donc à une certaine harmonisation avait créé des attentes relatives à l'émergence d'un "principe de légalité procédurale européen"²³ et un projet de recherche avait d'ailleurs proposé de déterminer précisément les modalités de mise en œuvre des actes d'enquête du parquet européen.²⁴

Le droit primaire a clairement pour objectif de favoriser les enquêtes transnationales. Il prévoit ainsi que certaines mesures d'enquêtes, y compris des mesures portant atteinte au droit à la vie privée, puissent être utilisées dans le cadre d'enquête ayant une portée européenne. La compétence de l'Union est ainsi limitée: si elle doit favoriser les enquêtes européennes, elle est beaucoup plus restreinte dans sa capacité à harmoniser les procédures pénales nationales s'agissant des garanties applicables. Le droit primaire de l'Union

Procedural Safeguards of Suspects and Defendants in Criminal Proceedings Throughout the European Union' in M Cool, B De Ruyver et M Easton (dir), *EU and International Crime Control* (Maklu 2010) 43.

²² Art. 87(a) TFUE.

²³ J Tricot, 'Lectures analytiques guidées. Quel modèle de procédure?' (2018) RSC 635.

²⁴ K Ligeti, 'Model Rules for the Procedure of the EPPO' in K Ligeti (dir), *Toward a Prosecutor for the European Union: Draft Rules of Procedure* (Hart à paraître). Voir la règle 32. Il était ainsi proposé de créer une mesure spécifique, autonome par rapport au droit national, et détaillant le régime applicable aux mesures d'accès aux données bancaires.

privilège ainsi les garanties de l'efficacité de l'enquête tout en renvoyant implicitement aux compétences des États membres s'agissant des garanties pour les individus.

II.2. UN DROIT DÉRIVÉ GARANTISSANT LE RESPECT DES DROITS NATIONAUX

L'une des caractéristiques essentielles du droit dérivé de l'Union, fondé sur les compétences limitées de l'Union, est de renvoyer en grande partie vers le droit national et donc ne procéder qu'à une harmonisation minimale de la procédure pénale.²⁵ Le droit dérivé applicable aux actes d'enquête prévoit ainsi bien des garanties mais celles-ci n'ont que pour objet la protection des intérêts des États. Il renvoie ainsi aux droits nationaux en ce qui concerne les garanties de protection des droits des individus.

C'est le cas en matière de coopération judiciaire. La directive concernant la décision d'enquête européenne prévoit une liste de mesures d'enquêtes, dont certaines portent atteinte au droit à la vie privée, ainsi que des "dispositions particulières relatives à certaines mesures d'enquête".²⁶ Cependant, celles-ci n'ont pas vocation à protéger directement le droit à la vie privée des personnes affectées par les mesures en question et leur finalité est seulement de faciliter l'exécution des mesures d'enquête.²⁷

Elle prévoit aussi des dispositions générales, applicables à toutes les mesures d'enquête, que celles-ci portent atteinte au droit à la vie privée ou pas, prévoyant explicitement des normes qualifiées de garanties. Ce sont toutefois des garanties pour l'État d'émission²⁸ ou pour l'État d'exécution²⁹ de la demande de coopération. Ce sont ainsi des

²⁵ Plusieurs auteurs ont souligné la tendance du droit pénal européen à renvoyer au droit national. Voir en particulier: E Sellier et A Weyembergh, *Criminal Procedural Laws across the European Union - A Comparative Analysis of Selected Main Differences and the Impact They Have over the Development of EU Legislation* (Parlement européen LIBE Committee PE 604.977 2018) 31; I Armada, 'The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence' (2015) *New Journal of European Criminal Law* 8. L'auteur parle de "légalité procédurale" en faisant référence à un principe européen.

²⁶ Chapitre IV de la directive 2014/41 cit. Ce n'était pas le cas auparavant, dans la décision-cadre 2008/978/JAI du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales. Cette décision-cadre avait un champ d'application très limité et ne visait en pratique qu'avec exécuter des perquisitions ou saisies définies comme "toute mesures de procédure pénale en vertu de laquelle une personne physique ou morale est légalement tenue de remettre des objets, des documents ou des données, ou d'apporter son concours à la remise de ces objets, documents ou données et qui, en cas de non-exécution, est susceptible d'exécution forcée sans le consentement de la personne en question ou peut donner lieu à une sanction" (art. 2(e)). Le fait de créer un catalogue des actes d'enquête européens aurait pu être l'occasion de prévoir aussi les garanties applicables à ces actes.

²⁷ Communication COM(2003) 688 final du 14 novembre 2003 sur 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 pénales. La Commission précise que sa proposition de directive "contient des garanties spécifiques pour les États d'émission et d'exécution afin d'améliorer l'efficacité, la cohérence et la visibilité de certaines des normes applicables à l'obtention d'éléments de preuve au niveau de l'Union européenne" (12, para. 46).

²⁸ Le chapitre II est intitulé "procédures et garanties pour l'État d'émission".

²⁹ *Ibid.*

motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution qui sont qualifiés de garanties pour l'État d'exécution.³⁰ L'objet de ces garanties est essentiellement de limiter le recours à la coopération judiciaire pour ne pas solliciter les autorités d'un État sans que cela soit nécessaire. Par exemple "l'autorité d'émission indique les raisons pour lesquelles les informations demandées sont pertinentes aux fins de la procédure pénale concernées".³¹ Les autres dispositions et motifs de refus,³² et en particulier celles qui sont liées au principe de double incrimination,³³ ont pour seul objectif de protéger les principes classiques de la souveraineté des États, les intérêts des États membres.

Certaines de ces garanties pour les États sont parfois comprises par la doctrine³⁴ ou présentées par la Commission européenne³⁵ comme des garanties pour les droits individuels. Or ces garanties pour les États ne correspondent pas à la définition de garantie pour les individus, à savoir des dispositions prévues par le droit de l'Union européenne et visant à assurer que l'ingérence dans le droit à la vie privée causée par une mesure d'enquête prise en application du droit de l'Union soit proportionnée. Par exemple, le cas du motif de refus d'exécution applicable lorsqu'il "existe des motifs sérieux de croire que l'exécution de la mesure d'enquête indiquée dans la décision d'enquête européenne serait incompatible avec les obligations de l'État d'exécution conformément à l'art. 6 du traité sur l'Union européenne et à la Charte"³⁶ ne constitue pas en tant que tel une garantie européenne pour les droits des individus.³⁷ Ce motif ne fait que renvoyer au devoir des États de protéger le droit à la vie privée sur le fondement de leur droit national lorsque ce droit entre en conflit avec les nécessités de la coopération. Il ne prévoit pas les garanties que les États devraient appliquer.

Il en va de même pour d'autres motifs de refus. Par exemple, l'autorité d'exécution peut avoir recours à une autre mesure que celle qui est demandée si la mesure d'enquête en question ne serait pas disponible dans le cadre d'une procédure nationale similaire.³⁸

³⁰ Art. 11 de la directive 2014/41 cit. En ce qui concerne les garanties pour l'État d'émission, il n'est pas possible d'en distinguer parmi les procédures prévues pour ce même État.

³¹ Art. 28(3) de la directive 2014/41 cit.

³² *Ibid.* art. 11(b) et (d).

³³ *Ibid.* art. 11(e) et (g).

³⁴ G Taupiac-Nouvel, 'Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions pénales dans l'UE: principe fondateur de l'Europe pénale' cit. 94. L'auteur semble par exemple assimiler "motifs de non-exécution communs" et "harmonisation des garanties procédurales". Elle le fait toutefois dans un contexte particulier car elle analyse la reconnaissance mutuelle en prenant uniquement l'exemple du mandat d'arrêt européen.

³⁵ Communication COM(2003) 688 final cit. Selon cette proposition, "les motifs justifiant le refus d'exécuter le mandat européen d'obtention de preuves offrent des garanties supplémentaires" (para. 48).

³⁶ Art. 11(f) de la directive 2014/4 cit.

³⁷ I Armada, 'The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence' cit.

³⁸ Art. 10(1)(b) de la directive 2014/41 cit. Pour illustrer la notion de disponibilité de la mesure dans le cadre d'une enquête nationale similaire, la directive donne ainsi l'exemple suivant: "lorsque la mesure d'enquête ne peut être réalisée que dans le cas d'infractions présentant un certain degré de gravité, à l'encontre

En l'absence de mesure alternative, l'exécution sera refusée.³⁹ Il en va de même lorsque la mesure demandée est limitée dans l'État d'exécution à une liste ou à une catégorie d'infractions ou à des infractions passibles de sanctions d'un certain seuil et que l'infraction sur laquelle porte la décision d'enquête européenne n'est pas comprise dedans.⁴⁰ Certes, ces motifs limitent potentiellement le recours à des mesures d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée. Cependant, toutes ces limitations renvoient au principe *locus regit actum* qui constitue certes une garantie indirecte pour les droits des individus mais qui ne fait que renvoyer aux garanties prévues par le droit national. Lorsqu'une mesure de coopération est exécutée, elle respecte en principe le cadre de protection des droits fondamentaux appliqué par l'État requis, l'autorité d'exécution, dans le cadre de la coopération, mais il n'existe pas de garantie autonome européenne pour les individus.

Il en va de même pour les pouvoirs attribués aux procureurs européens délégués. Le règlement mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen liste certaines mesures d'enquête qui doivent être à disposition du procureur, dont certaines portent atteinte au droit à la vie privée. Cette liste des mesures diffère sensiblement de celle qui est prévue par la directive concernant la décision d'enquête européenne car elle comprend par exemple les perquisitions,⁴¹ la production d'objet et de documents⁴² et la production de certaines données informatiques.⁴³ Il existe ainsi une différence de traitement de certaines mesures portant atteinte au droit à la vie privée, la production de données informatiques étant par exemple ignorée de la directive concernant la décision d'enquête européenne. Cela confirme que l'existence de dispositions spécifiques à certaines mesures portant atteinte au droit à la vie privée dans le droit dérivé européen est liée à des considérations autres que la protection des droits des individus.

Le règlement européen se limite essentiellement à confier aux procédures pénales nationales la mise en œuvre des pouvoirs des procureurs européens délégués.⁴⁴ Il est ainsi possible d'affirmer que dans l'ensemble "les procédures et les modalités d'adoption des mesures sont régies par le droit national applicable"⁴⁵ et que ce droit est mis "à disposition" des procureurs européens délégués.⁴⁶ Comme pour la coopération judiciaire,

de personnes faisant l'objet d'une certaine suspicion, ou avec le consentement de l'intéressé" (considérant 10 de la directive 2014/41 cit).

³⁹ *Ibid.* art. 10(5).

⁴⁰ *Ibid.* art. 11(1)(h). Ce motif ne s'applique toutefois pas aux mesures qui ne sont pas jugées "intrusives" par le droit de l'État requérant (art. 11(2) de la directive 2014/41 cit).

⁴¹ Art. 30(1)(a) du règlement 2017/1939 du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen.

⁴² Art. 30(1)(b) du règlement 2017/1939 cit.

⁴³ *Ibid.* art. 30(1)(c).

⁴⁴ *Ibid.* art. 30(2) et (3).

⁴⁵ *Ibid.* art. 30(5) du règlement 2017/1939 cit.

⁴⁶ J Tricot, 'Lectures analytiques guidées. Quel modèle de procédure?' cit. Les enquêtes menées par les procureurs européens délégués se feront en application du règlement et, surtout, en application du droit national (art. 28(1) du règlement 2017/193 cit.).

le principe est donc celui du respect des États membres en ce sens que, s'ils doivent accepter l'émergence d'un parquet européen, ils demeurent en grande partie compétents pour encadrer ses actions. Le droit européen n'intervient pas dans ce domaine car les garanties permettant de protéger le droit à la vie privée relèvent du droit national.

De telles garanties pour les États, n'existent même pas en matière de coopération policière, fondée sur le principe de disponibilité qui "impose aux États membres de faire en sorte que les informations utiles à l'action répressive, c'est-à-dire qui sont de nature à permettre, faciliter ou accélérer, la prévention ou la détection des infractions pénales ou encore les enquêtes en la matière [...] soient partagées avec les autorités compétentes équivalentes des autres États membres si elles ont besoin de ces informations pour l'accomplissement de leurs tâches légales".⁴⁷ Les informations disponibles en application de ce principe sont celles qui sont "accessibles sans mettre en œuvre de mesures coercitives" et plus précisément ce principe s'applique aux informations et aux renseignements, à savoir "tout type d'informations ou de données détenues par des autorités publiques ou par des entités privées et qui sont accessibles aux services répressifs sans prendre de mesures coercitive".⁴⁸ Les garanties pour les États sont ainsi écartées lorsque les mesures demandées ne sont pas coercitives, car les mesures coercitives sont en principe rattachées à la coopération judiciaire.⁴⁹ Cela a pour effet que des mesures portant atteinte au droit à la vie privée mais non considérées comme coercitives peuvent être utilisées sans que les garanties pour les États ne soient respectées.⁵⁰

III. L'ÉMERGENCE DE GARANTIES PROTÉGEANT LES DROITS DES INDIVIDUS

Le droit primaire de l'Union ne donne qu'une compétence limitée à l'Union européenne, et le législateur européen a lui-même exploité cette compétence de manière minimale en cherchant à ménager les intérêts des États. Le cadre juridique européen a ainsi pour

⁴⁷ Communication COM(2005) 490 de la Commission du 12 octobre 2005 sur une proposition de décision-cadre relative à l'échange d'informations en vertu du principe de disponibilité 9.

⁴⁸ Art. 2(d)(ii) de la décision cadre 2006/960/JAI du Conseil du 18 décembre 2006 relative à la simplification de l'échange d'informations et de renseignements entre les services répressifs des États membres de l'Union européenne.

⁴⁹ R Zimmermann, *La coopération judiciaire internationale en matière pénale* (Staempfli Editions SA 1999) 2. Pour une partie de la doctrine, par le fait que l'encadrement relatif à l'exécution des mesures ayant une finalité probatoire devrait alors être plus important que celui qui est appliqué aux mesures n'ayant pas une telle finalité, voir E De Busser, 'The Architecture of Data Exchange' (2007) *Revue internationale de droit pénal* 35. Voir toutefois G Vermeulen, *Free Gathering and Movement of Evidence in Criminal Matters in the EU* cit. 19; G Vermeulen, W De Bondt et C Ryckman (dir), *Rethinking International Cooperation in Criminal Matters in the EU: Moving beyond Actors, Bringing Logic Back, Footed in Reality* (Maklu 2012) 91.

⁵⁰ Voir par exemple, en matière d'enquêtes financières, E Sellier et A Weyembergh, 'Criminal Procedural Laws Across the European Union - A Comparative Analysis of Selected Main Differences and the Impact They Have over the Development of EU Legislation' cit. 34; M Lassalle, *L'accès transnational aux données bancaires dans le cadre de l'enquête pénale* (Larcier 2021).

objet de favoriser les intérêts des enquêtes et d'équilibrer les intérêts des États souhaitant coopérer. Or, la méthode utilisée, à savoir le renvoi au droit national en ce qui concerne les garanties relatives aux droits des individus, pose problème. En effet, la Cour de justice est en train de construire des garanties, encore implicites, visant à reconnaître des garanties propres aux systèmes juridiques de l'Union puisque fondée sur la Charte des droits fondamentaux (III.1). Cependant, compte tenu du cadre juridique existant, ces garanties nouvelles, et donc la Charte, risquent de ne pas être respectées lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union (III.2).

III.1. DES GARANTIES IMPLICITES FONDÉES SUR LA CHARTE

La question de l'existence de garanties européennes relatives à la protection de la vie privée dans le cadre de l'enquête pénale pose des problèmes de sources. L'émergence de ces garanties est en effet étrangère au droit pénal européen, un droit régissant spécifiquement le rôle de l'Union en matière pénale. Ces garanties émergent dans la jurisprudence de la Cour de justice applicable au cas très particulier de l'accès aux données relatives aux moyens de télécommunications, et s'applique à toute forme d'accès par des autorités étatiques dans le contexte de la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales.⁵¹ Ces garanties s'appliquent ainsi à un secteur plus étroit que celui des actes d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée; les perquisitions ne sont par exemple pas concernées. En même temps, cette jurisprudence s'applique au-delà du droit pénal, puisqu'elle s'étend aux actes de toutes les autorités étatiques dans le contexte de la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales.

Malgré cela, la jurisprudence de la Cour de justice propose bien des garanties applicables aux actes d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée et à la protection des données personnelles⁵² qui devraient aussi s'appliquer à l'enquête pénale.⁵³ Elle propose des garanties substantielles et des garanties procédurales.⁵⁴

En ce qui concerne les garanties substantielles, la garantie la plus importante est celle d'une suspicion préalable relative à la commission d'une infraction pénale d'une certaine gravité. Dans l'affaire *Tele 2*, la Cour de justice cite l'arrêt *Zakharov c Russie* de la Cour européenne des droits de l'homme et exige que l'accès aux métadonnées relatives à l'usage des télécommunications ne soit accordé que concernant les "personnes soupçonnées de projeter, de commettre ou d'avoir commis une infraction grave ou encore d'être impliqué d'une

⁵¹ *Tele2 Sverige* cit. para. 115.

⁵² Ces deux droits ne sont pas distingués dans la jurisprudence de la Cour de justice.

⁵³ Si la jurisprudence de la Cour de justice visait de manière générale la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales, son application au cas spécifique de la procédure pénale n'a été confirmée que plus tardivement: affaire C-746/18 *Prokuratuur* ECLI:EU:C:2021:152.

⁵⁴ L'explication de cette classification ne peut pas être développée ici. On peut estimer que les garanties substantielles sont relatives aux conditions de recours à une mesure alors que les garanties procédurales visent à permettre un contrôle du respect des conditions substantielles relatives à une mesure. Sur cette distinction, voir M Lassalle, *L'accès transnational aux données bancaires dans le cadre de l'enquête pénale* cit.

manière ou d'une autre dans une telle infraction".⁵⁵ La jurisprudence de la Cour de justice est ainsi légèrement distincte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui prévoit la garantie de "l'existence d'un soupçon raisonnable à l'égard de la personne concernée",⁵⁶ appliquée pour les seules écoutes téléphoniques.⁵⁷

Cette suspicion doit porter sur les infractions pénales les plus graves. La Cour de justice estime ainsi, toujours dans le contexte de l'accès aux métadonnées de communication, que "seule la lutte contre la criminalité grave est susceptible de justifier un tel accès aux données conservées".⁵⁸ La Cour se refuse toutefois à proposer une définition de cette criminalité grave.⁵⁹ Une telle limitation à des infractions graves ne s'applique pas à toutes les mesures d'accès aux données personnelles, et exclut notamment les données d'identification relatives à l'usage des moyens de télécommunications, jugées moins sensibles.⁶⁰

La Cour de justice exige aussi, dans l'arrêt *Tele 2*, que l'accès aux données personnelles soit "limité au strict nécessaire".⁶¹ Ce critère permet de généraliser l'exigence classique de la Cour européenne des droits de l'homme de limiter la durée des mesures de surveillance,⁶² mais il reste lui aussi à être adapté pour chaque mesure d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée.

Ces trois limitations substantielles, à savoir le degré de suspicion, la gravité de l'infraction qui fait l'objet de l'enquête et la limitation de la mesure à ce qui est strictement nécessaire, sont bien des critères à prendre en compte. Toutefois, leur force demeure relativement faible du fait du contexte très spécifique, l'accès aux métadonnées relatives aux moyens de télécommunications, dans lequel elles émergent. Si ces garanties sont bien exigées par la Cour, elles demeurent confinées à un secteur très particulier et ne

⁵⁵ *Tele2 Sverige* cit. para. 119. La Cour prévoit des "situations particulières" pour la protection des intérêts vitaux de la sécurité nationale, de la défense ou de la sécurité publique lorsqu'ils sont menacés par des activités de terrorisme.

⁵⁶ *Zakharov c Russie* cit. para. 260. Il s'agit de mettre en évidence des "indices permettant de la soupçonner de projeter, de commettre ou d'avoir commis des actes délictueux ou d'autres actes susceptibles de donner lieu à des mesures de surveillance secrète".

⁵⁷ La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est difficile à manier car elle s'est développée essentiellement dans le domaine des écoutes téléphoniques. Les garanties qu'elle propose diffèrent aussi parfois de celles qui sont utilisées par la Cour de justice. Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut donc être prise en exemple dans la construction des garanties européennes (voir par exemple les conclusions de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe délivrées le 19 décembre 2019, affaire C-311/18 *Data protection commissioner c Facebook Ireland* ECLI:EU:C:2020:559 para. 204; il les qualifie ailleurs de "garanties minimales" (para. 303)), elles doivent être prises avec précaution.

⁵⁸ *Digital Rights Ireland* cit. para. 115.

⁵⁹ Voir toutefois à ce sujet: conclusions de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe délivrées le 3 mai 2018, affaire C-207/16 *Ministerio Fiscal* ECLI:EU:C:2018:788 paras 93-121.

⁶⁰ *Ministerio Fiscal* cit. para. 57.

⁶¹ *Tele2 Sverige* cit. para. 119.

⁶² La durée de la mesure est alternativement considérée comme une qui doit être prévue par la loi ou qui est prise en compte au cas par cas dans l'analyse de proportionnalité. Voir par exemple *Uzun c Allemagne* cit. para. 69.

sauraient être considérées comme des garanties applicables à l'ensemble des actes portant atteinte au droit à la vie privée.⁶³

En plus des garanties substantielles, la Cour de justice exige aussi des garanties procédurales, concernant le contrôle du recours à ces mesures d'enquête et de leur exécution.⁶⁴ En premier lieu, il s'agit d'un contrôle *a priori* par une autorité indépendante. Dans l'arrêt *Tele2*, la Cour fait un renvoi vers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme applicable essentiellement aux écoutes téléphoniques,⁶⁵ et exige que l'accès aux données de communication soit "subordonné à un contrôle préalable effectué soit par une juridiction soit par une entité administrative indépendante, et que la décision de cette juridiction ou de cette entité intervienne à la suite d'une demande motivée de ces autorités".⁶⁶ Ce contrôle *a priori* s'applique "sauf cas d'urgence dûment justifié".⁶⁷

En plus du contrôle *a priori*, l'exécution de la mesure d'enquête elle-même doit être contrôlée *a posteriori*. Dans l'affaire *Tele2*, la Cour de justice estime ainsi que les personnes concernées par les mesures d'accès à des données personnelles doivent être informées "dès le moment où cette communication n'est pas susceptible de compromettre les enquêtes".⁶⁸ La finalité de cette notification est de rendre effective les voies de recours accessibles aux personnes dont les données ont fait l'objet d'un traitement. Plus précisément, il s'agit de "permettre à la personne concernée d'exercer le droit d'opposition au traitement de ses données à caractère personnel visé à l'art. 14 de la directive ou le droit de recours en cas de dommage subi prévu aux arts 22 et 23 de celle-ci".⁶⁹

Cette terminologie, issue du droit à la protection des données, est à transposer en matière de procédure pénale. L'application de ces principes dans le contexte de l'enquête pénale aurait pour effet de reconnaître des droits de notification et des droits de recours

⁶³ En réalité, ces garanties peuvent être adaptées à la gravité des actes d'enquête et trouvent à s'appliquer, par exemple à la géolocalisation en temps direct, dès lors qu'elles ont un lien avec les communications électroniques. Voir, en ce sens, l'affaire C-511/18 *La Quadrature du net* ECLI:EU:C:2020:791.

⁶⁴ Seules les exigences de la Cour de justice sont présentées ici. Des exigences comparables existent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, applicables aux écoutes téléphoniques. Il semble toutefois que là où la Cour européenne des droits de l'homme prévoit des modalités de contrôle alternatives, la Cour de justice prévoit des modalités de contrôle cumulatives.

⁶⁵ La Cour de justice renvoie vers: CourEDH *Szabo et Vissy c Hongrie* Req n. 37138/14 [12 janvier 2016] paras 77 et 80. Toutefois, dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme n'estime pas que le contrôle *a priori* est absolument nécessaire et peut être remplacé par un contrôle *a posteriori*.

⁶⁶ *Tele2 Sverige* cit. para. 120.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.* para. 121.

⁶⁹ Par renvoi: affaire C-553/07 *Rijkeboer* ECLI:EU:C:2009:293 para. 52. Voir aussi F Boehm et P De Hert Paul, 'The Rights of Notification After Surveillance is over: Ready for Recognition?' in M Hildebrandte, G Metakides, M Crompton et J Bus (dir), *Digital Enlightenment Yearbook 2012* (IOS Press 2012) 61.

aux personnes visées par une enquête ou touchées par des actes d'enquête portant atteinte à leur droit à la vie privée alors même que les informations collectées ne sont pas utilisées en tant que preuves.⁷⁰

C'est probablement parce que la logique inhérente au droit à la protection des données à caractère personnel, source essentielle des garanties exigées par la Cour de justice, est étrangère à la logique classique de la procédure pénale, que ces garanties sont encore ignorées par le droit pénal européen.

III.2. DES GARANTIES REJETÉES PAR LE DROIT PÉNAL EUROPÉEN

Le droit pénal européen ignore bien souvent la nécessité de prévoir les garanties substantielles aussi bien que procédurales émergentes dans la jurisprudence de la Cour de justice.

Le droit dérivé fait rarement référence, directement ou indirectement, à des garanties substantielles comparables à celles qui sont exigées par la Cour de justice, et il ne les qualifie pas de garanties.⁷¹ Par exemple, les mesures d'enquêtes prévues par le règlement relatif au parquet européen ne peuvent être utilisées "que s'il existe des motifs raisonnables de croire que la mesure spécifique en question pourrait permettre d'obtenir des informations ou des éléments de preuve utiles à l'enquête".⁷² On peut estimer que cette limitation est tellement limitée qu'elle n'apporte rien en matière de garantie⁷³ et en tout cas n'est pas équivalente à ce qui est exigé par la jurisprudence de la Cour de justice en matière de suspicion préalable. Le règlement ajoute toutefois que le recours à ces mesures peut être limité aux cas dans lesquels "l'infraction qui fait l'objet de l'enquête est passible d'une peine maximale d'au moins quatre années d'emprisonnement".⁷⁴ Si cela correspond à une garantie substantielle, cette limitation est la même pour toutes les mesures d'enquête, qu'elles portent atteinte au droit à la vie privée ou pas, et semble surtout limiter l'atteinte aux intérêts des États membres en limitant leurs obligations.

Il y a ainsi un risque que, faute d'harmonisation, les États membres ne respectent pas les exigences de la Charte lorsqu'ils appliquent le droit européen, qu'il s'agisse de demandes de coopération en matière pénale ou de pouvoir des procureurs européens

⁷⁰ Cela suppose aussi une notification aux tiers dont le droit à la vie privée est touché, mais qui ne feront jamais l'objet de poursuites: AH van Hoek et M Luchtman, 'The European Convention on Human Rights and Transnational Cooperation in Criminal Matters' in A van Hoek, A Hol, O Jansen, P Rijpkema et R Widdershoven, *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication* (Intersentia 2006) 25. Pour les auteurs "In the end, we are afraid that finding a solution to this problem will require such far reaching adjustments to the current system that it would leave the whole system ineffective".

⁷¹ Puisque le droit dérivé qualifie de garanties les règles protégeant les intérêts des États membres.

⁷² Art. 30(5) du règlement 2017/1939 cit. L'article ajoute "et pour autant qu'il n'existe aucune mesure moins intrusive qui permettrait d'atteindre le même objectif", autrement dit un principe de subsidiarité.

⁷³ J Tricot, 'Lectures analytiques guidées. Quel modèle de procédure?' cit. Pour l'auteur "l'apport de ce prérequis n'apparaît pas clairement sauf à souligner que comme tout ce qui va sans le dire, cela va encore mieux en le disant, surtout lorsqu'il s'agit du respect des garanties procédurales fondamentales".

⁷⁴ Art 30(1) du règlement 2017/1939 cit.

délégués. Les sources de ces garanties substantielles pourraient toutefois venir de l'extérieur du droit strictement pénal. On l'a dit, la jurisprudence de la Cour de justice s'applique au-delà de la procédure pénale, et s'étend à tout traitement de données par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière. Or la directive relative à la protection des données dans le secteur police/justice exige que les données traitées par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière soient "adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées".⁷⁵ Cela s'applique aux données personnelles traitées dans le cadre d'une enquête pénale et pourrait compenser les faiblesses du droit pénal européen lui-même.

Le risque de violation des droits fondamentaux dans l'exécution du droit de l'Union apparait avec encore plus d'acuité en ce qui concerne les garanties procédurales qui semblent requises par la Cour de justice. Le risque de constat de la violation du droit à un recours effectif dans le contexte de l'exécution d'actes d'enquête portant atteinte au droit à la vie privée est d'ailleurs avéré au regard tant de la jurisprudence de la Cour de justice,⁷⁶ que de celle de la Cour européenne des droits de l'homme.⁷⁷ Or ce risque est difficile à concilier avec le principe de la reconnaissance mutuelle qui entraîne une évolution vers un contrôle dans le seul État à l'origine de la requête au détriment du contrôle dans l'État d'exécution.⁷⁸ Le droit pénal européen, en renvoyant aux droits nationaux sans prendre en compte l'éventualité que ceux-ci ne soient pas conformes à la Charte, ne répond ainsi pas aux exigences de la Cour de justice.

En matière de coopération judiciaire, la directive concernant la décision d'enquête européenne prévoit par exemple que les voies de recours accessibles dans l'État d'exécution sont "au moins égales" à celles qui sont prévues pour des mesures d'enquête similaires en droit national.⁷⁹ D'aucuns y voient une "obligation générale de fournir des

⁷⁵ Art. 4(1)(c) de la directive 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil. Voir aussi le considérant 26 de la même directive.

⁷⁶ Voir en particulier, concernant toutefois le cadre particulier de la coopération en matière administrative, les conclusions de l'avocat général Juliane Kokott délivrées le 2 juillet 2020, affaires jointes C-245/19 et C-246/19 *État luxembourgeois (Droit de recours contre une demande d'information en matière fiscale)* ECLI:EU:C:2020:795. Voir aussi, dans le contexte d'enquêtes administratives requises par la Commission européenne et exécutée par un Etat membre: Roquette frères cit. para. 40.

⁷⁷ CourEDH *M.N. et autres c Saint Marin* Req n. 28005/12 [7 juillet 2015].

⁷⁸ A Weyembergh, 'Transverse Report on Judicial Control in Cooperation in Criminal Matters: the Evolution from Traditional Judicial Cooperation to Mutual Recognition' in K Ligeti (dir), *Toward a Prosecutor for the European Union* (Hart publishing 2013) 945.

⁷⁹ Art. 14(1) de la directive 2014/41 cit.

recours".⁸⁰ Cependant, cela semble plutôt être une disposition peu contraignante car elle repose exclusivement sur les droits nationaux et présuppose que ceux-ci prévoient effectivement des garanties procédurales équivalentes à celles qui sont exigées par la Cour de justice. La directive organise aussi le cas dans lequel il y a des recours accessibles dans l'État d'exécution. Cette organisation est toutefois minimale car les recours accessibles ne sauraient en aucun cas être suspensifs⁸¹ et la décision finale sera seulement prise en compte par l'État d'émission.⁸² De plus, la directive est plutôt hostile à la notification de l'exécution de la mesure aux personnes concernées, même si elle ne prohibe pas explicitement une telle notification une fois que l'enquête est terminée dans l'État d'émission.⁸³ La directive se repose ainsi sur un droit national qui n'est pas nécessairement conforme aux exigences de la Cour de justice et tend plutôt à faire en sorte que les voies de recours existantes, considérées comme des obstacles à la coopération, ne nuisent pas à l'efficacité des enquêtes.

Le règlement relatif au parquet européen n'est pas davantage soucieux d'intégrer les garanties procédurales exigées par la Cour de justice en ce qui concerne les pouvoirs des procureurs européens délégués. Ce règlement est fondé sur la même confiance accordée aux droits nationaux et précise ainsi dans son considérant 88, prétendant reprendre la jurisprudence de la Cour de justice, que "les règles de procédure nationales régissant les recours relatifs à la protection des droits individuels octroyés par le droit de l'Union ne doivent pas être moins favorables que les règles régissant des recours similaires au niveau national (principe d'équivalence) et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union (principe d'effectivité)". Le règlement opère donc par renvoi au droit national sans prévoir lui-même des garanties. Il aurait pu en être autrement: le règlement aurait pu exiger, par exemple, le contrôle *a priori* des actes d'enquête par une autorité indépendante.⁸⁴ Ce seul renvoi vers le droit national ne permet en effet pas aux actes d'enquête des procureurs européens délégués d'être conforme à la Charte des droits fondamentaux; le droit national ne l'est pas forcément de lui-même.

⁸⁰ K Ambos, *European Criminal Law* (Cambridge University Press 2018) 460.

⁸¹ Art. 14(6) de la directive 2014/41 cit. Voir aussi art. 13(2) sur la suspension éventuelle du transfert des éléments de preuve.

⁸² Art. 14(7) de la directive 2014/41 cit.

⁸³ La décision concernant la décision d'enquête européenne se prononce quant à elle pour la confidentialité des enquête (art. 19(1) à (3)) mais affirme que les États membres devraient veiller à informer en temps utile toute partie intéressée des possibilités de recours qui lui sont ouvertes (considérant 22) tant que cela ne nuit pas à la confidentialité des enquêtes (art. 14(3)). La seule exception s'applique pour les mesures concernant les investigations bancaires pour lesquelles il existe des dispositions spécifiques prévoyant le secret (art. 19(4)).

⁸⁴ S Ruggeri, 'Criminal Investigations, Interference with Fundamental Rights and Fair Trial Safeguards in the Proceedings of the European Public Prosecutor's Office. A Human Rights Law Perspective' in L Bachmaier Winter (dir), *The European Public Prosecutor's Office. The challenges ahead* (Springer 2018) 201.

Ici aussi, seules des sources extérieures au droit pénal européen au sens strict pourraient influencer les législateurs nationaux. La directive 2016/680 semble ainsi prévoir une obligation de notification *a posteriori*, permettant aux personnes concernées d'exercer leurs droits de recours.⁸⁵

En résumé, la question de l'existence de garanties européennes relatives à la protection de la vie privée dans le cadre de l'enquête pénale soulève des questions de sources. Ces garanties existent bien, mais pas dans le droit pénal européen dérivé. Elles tendent à émerger dans la jurisprudence de la Cour de justice, à l'extérieur du domaine du droit pénal au sens strict.

⁸⁵ Art. 13(2) et (3)(a) de la directive 2016/680 cit. L'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe fonde cette obligation sur l'art. 23(2)(h) du règlement du 2016/679 cit.) (conclusions de l'avocat général Henrik Saugmandsgaard Øe, *Data protection commissioner c Facebook Ireland*, cit. para. 204).

