



ARTICLES

TOWARDS EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW – SECOND PART

edited by Araceli Turmo

LES GARANTIES PROCÉDURALES OFFERTES À LA DÉFENSE FACE AU PARQUET EUROPÉEN

LOUISE SEILER*

TABLE OF CONTENTS: I. La création du Parquet européen: de réels enjeux pour la défense – II. La défense face à l'absence d'uniformité des garanties procédurales. – II.1. Les difficultés liées à la mosaïque de droits nationaux applicables – II.2. Les incertitudes liées au contrôle juridictionnel des actes du Parquet européen. – III. La défense face à l'absence d'égalité des armes. – III.1. Le constat de déséquilibre né de la création du Parquet européen. – III.2. Les propositions visant à rétablir le droit à un procès équitable.

ABSTRACT: With the creation of the European Public Prosecutor's Office (EPPO), the position of the defence is weakened. The EPPO Regulation does not set up specific procedural safeguards that are designed to apply to its proceedings: it mainly refers to national law and the minimum guarantees provided under EU law. Moreover, the national courts have competence to rule on the procedural acts of the EPPO and only a few of these acts are subject to EU judicial review. The defendants, in transnational cases, have no foreseeability on the rights and remedies granted to them. This *Article* is aimed at depicting the main issues that the defence faces in front of the EPPO. More specifically, it focuses on the lack of equality of arms between defence and prosecution in this context. However, the *Article* proposes some remedies that could be put in place in order to improve the defendant's right to a fair trial, in particular the institutionalisation of a European Criminal Defence network.

KEYWORDS: European public prosecutor's office – rights of defence – procedural safeguards – fair trial – judicial review – equality of arms.

I. LA CRÉATION DU PARQUET EUROPÉEN: DE RÉELS ENJEUX POUR LA DÉFENSE

Jusqu'à présent, l'Union européenne (UE) avait œuvré, en matière de coopération judiciaire pénale, pour la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle entre autorités judiciaires nationales. Les organes et agences supranationales de l'UE, au premier rang desquels figure Eurojust, n'avaient pour mission que de coordonner les activités des

* Doctorante, Université de Nantes, louise.seiler@univ-nantes.fr.



autorités répressives nationales et de leur permettre d'utiliser au mieux les mécanismes de coopération à leur disposition. L'objectif était d'assurer une plus grande efficacité de la répression pénale, afin que les barrières constituées par les frontières nationales et la diversité des législations pénales ne puissent empêcher les enquêteurs et les magistrats d'exercer leurs fonctions. Le suspect n'était que l'objet de ces procédures et ne disposait d'aucun droit particulier pour agir sur ces mécanismes.¹ La question de l'harmonisation des droits procéduraux des personnes soupçonnées et poursuivies était envisagée principalement au travers du prisme de la confiance mutuelle entre les systèmes judiciaires, pour assurer la bonne mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle.²

Avec la création du Parquet européen,³ l'UE est passée à un autre stade. Pour la première fois, une décision de poursuites pénales sera prise au niveau supranational. Les procureurs européens délégués accompliront, au nom et pour le compte de l'organe européen, des actes d'enquête dans les États membres. Ils prendront, à l'encontre des suspects, des mesures coercitives susceptibles de porter directement atteinte à leurs droits. Or, du point de vue de la défense, le constat général est celui d'un affaiblissement de la position du suspect dans les procédures initiées par le Parquet européen. La défense fait en effet face à l'absence d'uniformité des garanties procédurales (II), en raison du renvoi opéré par le règlement de 2017 aux législations pénales nationales et à un contrôle des actes du Parquet européen confié principalement aux juridictions nationales. Elle se retrouve également confrontée à une inégalité des armes en matière de recueil des preuves (III). Elle ne dispose pas des instruments nécessaires lui permettant d'intervenir efficacement lors de l'enquête. Des propositions peuvent cependant être formulées afin de rétablir l'équilibre entre la défense et l'accusation dans le contexte particulier des enquêtes transfrontières confiées au Parquet européen.

II. LA DÉFENSE FACE À L'ABSENCE D'UNIFORMITÉ DES GARANTIES PROCÉDURALES

Le règlement fait, à plusieurs reprises, référence à la nécessité, pour le Parquet européen, de respecter les droits fondamentaux. Cependant, seul l'art. 41 aborde directement la question des droits de la défense. Les suspects et personnes poursuivies bénéficient de la protection offerte par la Charte des droits fondamentaux de l'Union [2012], des droits procéduraux prévus dans le droit de l'Union (notamment les directives sur les garanties procédurales), ainsi que des droits procéduraux que le droit interne leur accorde. De la même façon que le règlement de 2017 n'a pas unifié la procédure régissant les

¹ MC van Wijk, *Cross-Border Evidence Gathering. Equality of Arms Within the UE?* (Eleven International 2017) 66.

² J Vervaele, 'Guest Editorial' (2014) *Eucrim*, 45; MC van Wijk, *Cross-Border Evidence Gathering. Equality of Arms Within the UE?* cit. 83.

³ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, ci-après "le règlement de 2017".

actes d'enquête du Parquet européen, il n'a pas non plus unifié les garanties procédurales applicables au suspect. En dépit des mentions relatives au droit de l'Union, la défense se retrouvera donc devant une mosaïque de lois nationales qui pourront être appliquées à une même procédure (II.1). Par ailleurs, le règlement prévoit un large recours aux juridictions nationales en ce qui concerne le contrôle juridictionnel des actes du Parquet européen. La défense devra là encore s'en remettre à l'application des droits nationaux, si elle entend contester la validité des actes du Parquet européen (II.2).

II.1. LES DIFFICULTÉS LIÉES À LA MOSAÏQUE DE DROITS NATIONAUX APPLICABLES

L'art. 5(3) du règlement de 2017 vient préciser que les enquêtes et poursuites du Parquet européen sont régies par le règlement. Le droit national ne devrait trouver à s'appliquer que dans la mesure où une question n'est pas réglée par le règlement.

En ce qui concerne les décisions de poursuites prises par le Parquet européen (concernant l'ouverture des enquêtes, l'exercice de son droit d'évocation, le renvoi en jugement ou le classement sans suite), les dispositions du règlement viennent effectivement se substituer aux règles nationales. Des procédures particulières à l'organe supranational sont mises en place pour leur adoption. Il est à noter que la place de la défense, les informations qui lui seraient communiquées à ces différents stades de la procédure ou encore le recueil de ses observations dans ce cadre, ne sont nullement prévus par le règlement.

La difficulté est encore plus grande en ce qui concerne les actes d'enquête réalisés par le Parquet européen. Le choix fait par le règlement de 2017 est de renoncer au principe de territorialité européenne, de ne pas adopter un *corpus* procédural autonome et de soumettre les mesures d'enquête à l'application de la loi nationale de l'État membre dans lequel est établi le procureur européen délégué. En effet, rares sont les dispositions du règlement venant s'appliquer à ces mesures d'enquête. L'art. 30 du règlement ne fait que mettre à la charge des États membres l'obligation de prévoir dans leurs droits nationaux la possibilité, pour les procureurs européens délégués, de recourir à six types de mesures d'enquête, "à tout le moins dans les cas où l'infraction qui fait l'objet de l'enquête est passible d'une peine maximale d'au moins 4 années d'emprisonnement". Les mesures d'enquête peuvent être également assorties de conditions et les plus intrusives peuvent connaître d'autres limitations prévues par le droit national, comme la possibilité de n'y recourir que pour les infractions que l'État membre estime les plus graves.⁴ Les procédures et modalités d'adoption de ces mesures sont par ailleurs régies par le droit national applicable.⁵ En dehors de ces mesures spécifiques visées par l'art. 30 du règlement, les procureurs européens délégués sont "habilités à ordonner toute autre mesure à laquelle les procureurs peuvent avoir recours dans leur État membre, conformément au droit national, dans le cadre de procédures nationales similaires".⁶ La défense pourrait donc

⁴ Art. 30(3) règlement de 2017 cit.

⁵ *Ibid.* art. 30(5).

⁶ *Ibid.* art 30(4).

se réjouir de retrouver ces mécanismes qu'elle maîtrise et, devant le Parquet européen, de conserver les mêmes garanties que celles qui lui sont offertes dans les affaires traitées par les autorités répressives nationales. Mais, d'une part, cette diversité signifie que les suspects et personnes poursuivies par le Parquet européen ne bénéficieront pas de garanties procédurales identiques. Il y a là un risque d'inégalité de traitement entre ces individus.⁷ Par ailleurs, la défense sera confrontée, dans les affaires transfrontières, à une multiplicité de droits procéduraux applicables à un même dossier.

L'une des principales difficultés liées au fait que des législations nationales diverses trouveront à s'appliquer, consiste dans le fait que le Parquet européen est celui qui garde entre ses mains le choix du forum. Le règlement pose certaines règles quant à la répartition des compétences au sein du Parquet européen et la détermination de la juridiction de jugement. Mais elles laissent une certaine marge de manœuvre au Parquet européen, qui dans les dossiers transfrontières, peut décider de réattribuer, de scinder, de joindre des affaires, ou d'exercer des poursuites dans un État membre différent de celui où l'enquête a été menée.

Les critères posés par l'art. 26(4), (5) et (6), ont le mérite d'exister et de ne pas laisser le choix de la juridiction à l'entière discrétion du Parquet européen, mais ils ne sont pas suffisamment précis et objectifs pour éliminer tout risque de *forum shopping*. Le Parquet européen peut être tenté de chercher à assurer l'efficacité de ses enquêtes et poursuites en privilégiant le droit national applicable qui prévoit les règles les moins contraignantes en matière d'admissibilité de la preuve ou de droits de la défense, des divergences notables existant sur ces points malgré l'intervention du législateur européen. Les conséquences sont lourdes pour la défense, qui peut voir un dossier ouvert sous une procédure nationale réattribué à un stade avancé de l'enquête à un autre procureur européen délégué, qui appliquera donc le droit procédural de son État membre. Il faudra alors, pour la personne poursuivie, repenser son système de défense. Il est à espérer que la notion "d'intérêt général de la justice"⁸ puisse être interprétée également en faveur du suspect et non pas seulement de l'efficacité des poursuites, et que la situation délicate dans laquelle ce suspect serait placé, en raison d'un changement de forum intervenant tardivement, soit dûment prise en compte. Certains auteurs proposent, pour prévenir ce risque, que la volonté de la personne poursuivie de voir le procès se tenir dans l'État membre de leur choix puisse être prise en considération.⁹

En ce qui concerne la réalisation des actes d'enquête dans un autre État membre que celui du Procureur européen chargé de l'affaire, le règlement met en place un régime *sui*

⁷ A Weyembergh et C Brière, 'Towards a European Public Prosecutor's Office', Study for the LIBE Committee, PE 571.399 (2016) www.europarl.europa.eu.

⁸ Art. 26(5) règlement de 2017 cit.

⁹ M Panzavolta, 'Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who Is to Decide?', in L Bachmaier Winter (dir), *The European Public Prosecutor's Office, The Challenges Ahead* (Springer 2018) 59, 83.

generis de coopération directe entre membres du Parquet européen. Le procureur européen délégué chargé de l'affaire va "déléguer" au procureur européen délégué d'un autre État membre l'exécution d'une mesure d'enquête. La justification et l'adoption de ces mesures sont régies par le droit de l'État membre du premier.¹⁰ Mais les mesures déléguées sont mises en œuvre conformément au droit de l'État membre du procureur européen délégué assistant.¹¹ C'est donc la *lex loci* qui trouvera à s'appliquer. Par ailleurs, l'arrestation ou la détention du suspect suit également les règles du droit interne applicable dans le cadre de procédures nationales similaires. Dans les affaires transfrontières, le Parquet européen devra recourir à un mandat d'arrêt européen.¹²

La défense peut donc être confrontée à un dossier dans lequel les preuves qui lui sont présentées ont été recueillies dans divers États membres, en application de divers droits nationaux. Le suspect peut avoir été arrêté dans un autre État membre, là encore selon des modalités qui peuvent être différentes du droit national dans le cadre duquel la défense pourra être amenée à considérer la validité de la mesure. Il sera difficile pour la défense d'apprécier la validité de tels actes au regard de droits nationaux qu'elle ne maîtrise pas toujours. Cela signifie également qu'elle se retrouvera confrontée à des garanties procédurales différentes en fonction du procureur européen qui sera chargé de l'enquête et des règles applicables à une mesure réalisée par "délégation" par un autre procureur européen. Sa capacité à assister à l'interrogatoire d'un témoin, ou à exercer un recours contre une mesure coercitive, s'en trouvera par exemple affectée. En ce qui concerne l'exécution de ces mesures déléguées, l'art. 32 vient introduire une certaine dose de *forum regit actum*, en indiquant que doivent être respectées "les formalités et procédures expressément indiquées par le procureur européen délégué chargé de l'affaire", "à moins qu'elles ne soient contraires aux principes fondamentaux du droit de l'État membre du procureur européen délégué assistant". Il faudrait donc que ce mécanisme soit employé et respecté dès lors que la *lex fori* accorde plus de considération aux droits de la défense. Cela permettrait d'envisager, par exemple, la présence de l'avocat lors de certaines mesures d'enquête, si elle est exigée par la loi du procureur européen délégué chargé de l'affaire, mais non prévue par celle du procureur délégué assistant. Cela ne règle cependant pas les questions liées à la possibilité de prévoir quelles garanties seront offertes à la défense tout au long de la procédure menée par le Parquet européen. Et la mention faite par l'art. 41 au droit de l'Union n'est pas de nature à pallier cet inconvénient majeur.

En effet, le règlement précise que la défense bénéficie des droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union, ainsi que des droits procéduraux prévus dans le droit de l'Union, notamment par les directives européennes adoptées à ce sujet.

¹⁰ Art. 31(2) règlement de 2017 cit.

¹¹ *Ibid.* art. 32.

¹² *Ibid.* art. 33(2).

L'art. 51(1) de la Charte prévoit que ces dispositions s'adressent aux institutions et organes de l'UE, ainsi qu'aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Le Parquet européen étant un organe de l'Union, la Charte est applicable aux actes qu'il effectue par lui-même, tant au niveau central que décentralisé,¹³ ainsi qu'aux actes accomplis par les autorités nationales dans le cadre de ses enquêtes, en application tant du règlement de 2017 que de la directive PIF,¹⁴ qui détermine le champ de compétence de l'organe de poursuites européen. Dès lors, les dispositions de la Charte concernant les droits de la défense,¹⁵ mais également le respect de la vie privée et familiale (art. 7) lorsque des perquisitions domiciliaires sont entreprises, de la protection des données à caractère personnel (art. 8) lorsqu'est utilisée une base de données, la protection de la propriété (art. 17) pour les mesures de gel et de confiscation, ou encore du principe *ne bis in idem* (art. 50), devront être respectées par le Parquet européen. Toutefois, cette référence à la Charte n'assure pas à la défense, dans les enquêtes et poursuites menées par le Parquet européen, la possibilité de se prévaloir d'un ensemble précis de garanties procédurales invocables devant lui. Les termes de la Charte, compte tenu de la nature même de cet instrument, restent vagues et généraux.

L'art. 41(2) du règlement de 2017 précise que le suspect ou la personne poursuivie par le Parquet européen jouit "au minimum", des droits procéduraux prévus dans le droit de l'Union, y compris les directives concernant les droits des suspects et personnes poursuivies dans le cadre de procédures pénales. Elles concernent le droit à l'interprétation et à la traduction, le droit à l'information et à l'accès aux pièces du dossier, le droit d'accès à un avocat et le droit de communiquer avec des tiers et d'informer des tiers en cas de détention, le droit de garder le silence et d'être présumé innocent, le droit à l'aide juridictionnelle.¹⁶

Deux limites se posent quant au bénéficiaire que peut tirer de ces directives le suspect ou la personne poursuivie par le Parquet européen. D'une part, l'art. 41(2) précise bien

¹³ V Mitsilegas et F Giuffrida, 'The European Public Prosecutor's Office and Human Rights' in W Geelhoed, LH Erkelens et A Meij (dir) *Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office* (Springer 2018) 59.

¹⁴ Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal.

¹⁵ Art. 48(2) de la Charte.

¹⁶ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales; directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales; directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires; directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales; directive (UE) 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen.

qu'ils jouissent des droits prévus par les directives "telles qu'ont été mises en œuvre en droit interne". Les cas dans lesquels le suspect peut directement invoquer les dispositions des directives elles-mêmes sont ainsi limités. D'autre part, les directives sur les droits procéduraux sont formulées en des termes généraux, posent peu d'obligations précises à la charge des États-membres et leur laissent une large marge de manœuvre pour la traduction de ces droits dans la législation nationale. Il s'agit uniquement d'une référence à des standards communs minimaux que les États membres se doivent de respecter dans leurs procédures nationales. Ces directives ne font d'ailleurs que très rarement référence à des situations de poursuites transnationales. Elles n'offrent pas un véritable niveau européen de protection pour le suspect mis en cause par le Parquet européen.

L'intérêt de cette référence au droit de l'Union réside dans le fait que la défense peut en invoquer les dispositions devant les juridictions nationales, qui sont tenues d'écarter l'application de la loi nationale qu'elles considèreraient comme non compatibles avec les dispositions de la Charte¹⁷ ou des directives. La Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), saisie d'un renvoi préjudiciel, peut ainsi être amenée à interpréter les dispositions du droit de l'Union afin d'éclairer le juge national sur cette éventuelle incompatibilité. Elle peut ainsi guider les juridictions nationales sur l'appréciation qu'elles doivent avoir de la conformité du droit national avec ces dispositions.¹⁸ Cependant, la défense n'a que peu de place dans le mécanisme de déclenchement d'une question préjudicielle. Plus généralement, la question de la possibilité, pour la défense, de soumettre les actes du Parquet européen à un contrôle juridictionnel reste problématique.

II.2. LES INCERTITUDES LIÉES AU CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES ACTES DU PARQUET EUROPÉEN

L'art. 42 du règlement met en place un régime complexe de contrôle juridictionnel des actes du Parquet européen. Les actes de procédure qui sont destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers sont soumis au contrôle des juridictions nationales compétentes conformément aux exigences et procédures prévues par le droit national.¹⁹ Il en est de même lorsque le Parquet européen s'abstient de prendre de tels actes. La notion d'acte de procédure "destiné à produire des effets juridiques" n'est pas définie par le règlement. Le considérant 87 indique qu'il s'agit des actes adoptés par le Parquet européen avant la mise en accusation et donne des exemples d'actes de procédure qui, à l'inverse, ne sont pas destinés à produire de tels effets, en citant la désignation d'experts

¹⁷ Affaire C-617/10 *Åkerberg Fransson* ECLI:EU:C:2013:280 para. 45.

¹⁸ Ainsi, dans un arrêt *Kolev* (affaire C-612/15 *Kolev e.a.* ECLI:EU:C:2018:392), sur le fondement de ces directives, la Cour s'est prononcée sur la possibilité, pour la législation nationale, de prévoir la communication des informations détaillées sur l'accusation à la défense après le dépôt du réquisitoire introductif ou encore d'imposer au juge national d'écarter l'avocat mandaté par deux personnes poursuivies au motif que les intérêts de ces personnes sont contradictoires.

¹⁹ Art. 42(1) règlement de 2017 cit.

ou le remboursement des frais des témoins. Les juridictions nationales devront donc être amenées à interpréter cette notion. La question pourrait ainsi se poser en ce qui concerne la décision d'ouvrir une enquête, à l'encontre de laquelle les États membres n'offrent pas toujours la possibilité d'un contrôle juridictionnel.²⁰

Le règlement ne prévoit qu'un rôle limité des cours européennes dans le contrôle juridictionnel des actes de poursuites du Parquet européen. La Cour de Justice ne s'est vue reconnaître une compétence pour contrôler directement les actes du Parquet européen, sur le fondement de l'art. 263 TFUE, que pour les décisions de classer sans suite.²¹ L'absence d'un contrôle juridictionnel de certaines décisions du Parquet européen par une cour européenne pose question. En ce qui concerne le contrôle de la décision portant sur le choix du forum, seul un recours tel que prévu à l'art. 42(1) du règlement de 2017, c'est à dire devant les juridictions nationales, pourrait être envisagé par la défense.²² La question s'est évidemment posée de savoir si un juge national est le mieux placé pour statuer, au vu des critères posés par le règlement, sur la décision du Parquet européen d'exercer ses poursuites devant sa juridiction.²³ Pourrait-il considérer que les critères posés par le règlement doivent l'amener à rejeter sa compétence et renvoyer le Parquet européen à mieux se pourvoir? Les juridictions nationales ne disposent pas de législations leur permettant de désigner la juridiction étrangère compétente et ne peuvent le plus souvent qu'apprécier leur propre compétence au regard des dispositions du droit national.²⁴ Par ailleurs, certains États membres permettent un contrôle du choix du forum au moment où une décision de renvoi en jugement est prise et d'autres seulement au moment du jugement au fond. Le considérant 87 du règlement prévoit que la décision portant sur le choix du forum peut être soumise à un contrôle juridictionnel "au plus tard au stade du procès". Si rien n'est prévu dans le droit national pour contester plus tôt une telle décision de renvoi, la défense va devoir attendre l'ouverture du procès pour contester la compétence de la juridiction saisie, ce qui compromet ses chances de succès et l'oblige à préparer une défense au fond en cas d'échec de sa contestation. Ceci engendre

²⁰ M Böse, 'Judicial control of the European Public Prosecutor's Office' in T Rafaraci and R Belfiore (dir), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office* (Springer 2019) 191, 193.

²¹ Art. 42(3) règlement de 2017 cit.

²² Le considérant (87) règlement de 2017 fait ainsi référence aux "actes de procédure concernant le choix de l'État membre dont les juridictions seront compétentes pour entendre les poursuites".

²³ M Panzavolta, 'Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who Is to Decide?' cit. 80.

²⁴ M Wasmeier, 'The Choice of Forum by the European Public Prosecutor' in LH Erkelens, AWH Meij et M Pawlik (dir), *The European Public Prosecutor's Office, an Extended Arm or a Two-Headed Dragon?* (Asser Press, Springer, 2015) 139, 154.

une inégalité dans l'accès au recours entre les personnes concernées.²⁵ L'absence d'un mécanisme de contrôle au niveau européen sur cette question est donc particulièrement problématique pour la défense.²⁶

Le règlement de 2017 envisage deux possibilités d'exercer un contrôle juridictionnel sur les actes d'enquêtes du Parquet européen: le contrôle *ex-ante* et un contrôle *ex-post*. Le contrôle *ex-ante* consiste à soumettre à l'autorisation du juge national l'exécution d'une mesure d'enquête. Il sera exercé si la loi nationale le prévoit et selon les modalités prévues par elle. L'art. 32(3) subordonne l'exécution d'une mesure "déléguée" à l'obtention d'une autorisation judiciaire auprès de la juridiction nationale, si la loi nationale du procureur européen délégué chargé de l'affaire, ou celle du procureur européen délégué assistant, l'impose. Il s'agit a priori d'une disposition favorable au suspect, qui pourra éventuellement, si le droit national le permet, faire valoir ses arguments dans ce contexte, en invoquant les garanties nationales qui lui sont accordées. Il reste cependant quelques zones d'ombre sur la nature et l'étendue du contrôle que le juge national peut effectuer dans ce cadre, sur le dossier dont il pourrait disposer pour rendre sa décision, sur sa capacité à apprécier pleinement la proportionnalité et la nécessité de la mesure sollicitée.²⁷

Quant au contrôle *ex-post*, la validité des actes du Parquet européen relève en principe du juge national. Cependant, la CJUE est compétente, conformément à l'art. 267 TFUE, pour statuer à titre préjudiciel sur la validité des actes de procédure du Parquet européen, "pour autant qu'une telle question de validité soit soulevée devant une juridiction d'un État membre directement sur la base du droit de l'Union".²⁸ Comme le soulignent certains auteurs, cette vision ignore l'"interaction qui existe entre le droit de l'Union et le droit national".²⁹ Par ailleurs, la défense n'a pas un accès direct à la CJUE pour faire trancher la question de la validité d'un acte du Parquet européen ou solliciter l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union qui contraindrait le juge national à écarter la disposition nationale contraire. La défense n'a en effet pas le pouvoir de déclencher seule le renvoi préjudiciel,

²⁵ C Van Den Wyngaert, 'Corpus Juris, parquet européen et juge national : vers une chambre préliminaire européenne ?' in G De Kerchove et A Weyembergh (dir), *Vers un espace judiciaire pénal européen* (Université de Bruxelles 2000) 131, 137.

²⁶ Dans le même sens, voir M Wasmeier, 'The Choice of Forum by the European Public Prosecutor's office' cit. 159; V Mitsilegas et F Giuffrida, 'The European Public Prosecutor's Office and Human Rights' cit. 85.

²⁷ L Bachmaier-Winter, 'Cross-border Investigations Under the EPPD Proceedings and the Quest for Balance', in L Bachmaier *The European Public Prosecutor's Office, The Challenges Ahead* cit. 129; HH Hernfeld, 'The Draft Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office - Issues of Balance Between the Prosecution and the Defence', in C Brière et A Weyembergh (dir), *The Needed Balances in EU Criminal Law. Past, Present and Future* (Hart Publishing 2017) 383, 405. Le considérant 88 du règlement de 2017 indique que le juge national peut apprécier la proportionnalité d'un acte du Parquet européen "au regard du principe de proportionnalité, tel qu'il est consacré par le droit national".

²⁸ Art. 42(2)(a) règlement de 2017 cit.

²⁹ M Böse, 'Judicial Control of the EPPD' cit. 195.

elle peut simplement solliciter de la juridiction nationale qu'elle saisisse la CJUE. Pour certains auteurs, le règlement aurait dû prévoir que le renvoi préjudiciel soit "de droit" dans un tel contexte, sauf à considérer l'acte clair et l'absence de doute raisonnable.³⁰

Devant les juridictions nationales, les recours ouverts à la défense vont donc dépendre du droit national. Or, il existe des différences importantes, entre les États membres, sur la possibilité même d'exercer un recours juridictionnel contre les actes du parquet³¹. Par ailleurs, toutes les personnes poursuivies ne pourront pas bénéficier d'un double degré de juridiction ou d'un accès direct à une cour constitutionnelle... En ce qui concerne les actes d'enquête, rien n'est précisé dans le règlement sur la possibilité d'un contrôle en cours de procédure. Tout dépendra de la procédure nationale applicable et un recours peut n'être ouvert à la défense que devant la juridiction de jugement³².

Dans les dossiers transfrontières, une problématique plus générale porte sur l'admissibilité de la preuve recueillie dans un autre État membre que celui du forum. Il est crucial pour la défense d'avoir une visibilité sur ses chances de succès lorsqu'elle soulève l'irrégularité d'une mesure d'enquête en raison du non-respect de la loi applicable ou d'une atteinte à ses droits fondamentaux. L'art. 37 du règlement de 2017 prévoit que "les éléments de preuve présentés à une juridiction par les procureurs européens du Parquet européen ou par la partie défenderesse ne peuvent être déclarés inadmissibles au seul motif qu'ils ont été recueillis dans un autre État membre ou conformément au droit d'un autre État membre". Le seul fait qu'une mesure d'enquête ne respecte pas la législation nationale, par exemple les conditions procédurales entourant son exécution, ne suffit donc pas à écarter des débats les preuves recueillies dans ce cadre. Cependant, le considérant 80 précise qu'ils ne peuvent être écartés sur ce simple motif "pour autant que la juridiction du fond considère que leur admission respecte l'équité de la procédure et les droits de la défense que la Charte confère au suspect et à la personne poursuivie", ainsi que la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les principes fondamentaux du droit national relatifs à l'équité de la procédure. Un élément de preuve qui porterait atteinte aux droits de la défense selon la conception que s'en fait la juridiction appelée à statuer, serait donc déclaré inadmissible même s'il respecte les prescriptions du droit national de l'État membre dans lequel il a été recueilli. Il s'agit là d'une forme de garantie pour la défense. Mais elle présente des limites. D'une part, rien n'est prévu dans le règlement concernant les conséquences attachées à la déclaration d'irrégularité ou d'illégalité des épreuves obtenues à l'étranger. Les juridictions peuvent écarter les preuves au motif d'un non-respect des droits

³⁰ HH Hernfeld, 'The Draft Regulation on the Establishment of the European Public Prosecutor's Office – Issues of Balance Between the Prosecution and the Defence' cit. 411.

³¹ Z Durdevic, 'Judicial Control in Pre-Trial Criminal Procedure by EPPPO' in K Ligeti (dir) *Toward a prosecutor for the European Union. A comparative analysis* (Hart 2013) 986.

³² S Allegrezza et V Covolo (dir), *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings, A European and Comparative Study on Judicial Remedies* (Wolters Kluwer 2018).

de la défense, mais n'y sont pas tenues. Or, l'étendue du contrôle exercé par les juges nationaux sur ces preuves obtenues dans un autre État membre varie grandement d'un État à l'autre,³³ tout comme les conséquences à tirer de l'illégalité des preuves. Si l'on s'en réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'admissibilité des preuves reste une question qui doit être réglée par la législation nationale et les juridictions nationales.³⁴ La Cour ne se prononce pas sur l'admissibilité d'un élément de preuve en particulier, mais envisage l'ensemble de la procédure pour apprécier l'existence ou non d'un manquement à l'art. 6(1) de la Convention. Elle étudie donc la procédure "en bloc", pour vérifier si la défense a eu la possibilité d'être rétablie dans ses droits après le recueil de la preuve illégale, par exemple en pouvant exercer un recours pour en contester la légalité, et si cette preuve a été décisive au regard de la décision de condamnation.³⁵ Il sera ainsi difficile, pour la défense, de prévoir le résultat d'une demande de nullité soulevée devant la juridiction de jugement. Et il sera complexe, pour la juridiction, d'apprécier l'atteinte faite aux droits de la défense en tenant compte de l'ensemble de la procédure, dont une partie a pu se dérouler dans un autre État membre. La Cour européenne des droits de l'homme fait cependant peser des obligations particulières sur les autorités nationales quant à l'admission de preuves attentatoires aux droits de la défense, recueillies dans un contexte transnational, par le biais d'instruments de coopération judiciaire. En effet, elle considère que même si les conditions du recueil d'une telle preuve ne sont pas imputables aux autorités du for, qui n'ont fait que respecter leurs engagements internationaux, ces dernières doivent veiller ensuite au respect du droit au procès équitable et, au besoin, écarter des débats les éléments de preuves recueillis à l'étranger. Le juge doit ainsi tenir compte de l'ensemble de la procédure suivie pour apprécier le respect du principe du procès équitable, y compris les actes menés dans d'autres États membres.³⁶ Les juridictions nationales devront donc être vigilantes sur la façon dont les preuves ont pu être apportées au Parquet européen par le biais, notamment, d'un acte de délégation tel que prévu à l'art. 32 du règlement.

³³ L. Bachmaier-Winter, 'Transnational criminal Proceedings Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law' (2013) *Utrecht Law Review* 127; S. Ruggeri, 'Horizontal Cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposals to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering in the EU?' in S. Ruggeri (dir), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings* (Springer 2013) 279, 287.

³⁴ L. Bachmaier-Winter, 'Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law' cit.

³⁵ CourEDH *Edwards c Royaume-Uni* Req n. 13071/87 [16 décembre 1992] para. 34; CourEDH *Stanford c Royaume-Uni* Req n. 16757/90 [23 février 1994], para. 24; CourEDH *Ibrahim et autres c Royaume-Uni* Req n. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09, [13 septembre 2016] para. 241. Z. Durdevic, 'Judicial Control in Pre-Trial Criminal Procedure by EPO' cit. 995; S. Gless, 'Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle' (2013) *Utrecht Law Review* 90, 96.

³⁶ CourEDH *Stojkovic c France* Req n. 25303/08 [27 novembre 2011].

Le modèle de protection des droits du suspect du règlement de 2017, qui voulait assurer une forme de complémentarité entre les niveaux européens, se révèle complexe et potentiellement “dysfonctionnel” pour les individus concernés³⁷. A cette difficulté pour la défense d’avoir une vision claire de la loi procédurale applicable et des recours à sa disposition, s’ajoute une inégalité des armes avec le Parquet européen.

III. LA DÉFENSE FACE À L’ABSENCE D’ÉGALITÉ DES ARMES

L’égalité des armes est un principe fondamental qui s’inscrit dans le droit au procès équitable.³⁸ Il suppose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.³⁹ A la lecture des dispositions du règlement de 2017, il apparaît que la défense ne bénéficie notamment pas des mêmes facilités que l’accusation dans l’administration de la preuve ou l’accès à l’information (III.1). Pourtant, il est possible d’envisager la mise en place de certains remèdes pour que la défense puisse être dotée d’avantages similaires à ceux dont bénéficie le Parquet européen (III.2).

III.1. LE CONSTAT DE DÉSÉQUILIBRE NÉ DE LA CRÉATION DU PARQUET EUROPÉEN

L’inégalité des armes entre la défense et le Parquet européen s’illustre par le manque de précisions du règlement concernant l’accès à l’information, ainsi qu’à la participation de la défense au recueil des preuves, que ne viennent pas corriger les dispositions actuelles portant sur le droit à l’accès à un avocat.

L’accès à l’information concernant le déroulement de l’enquête, de la procédure, ainsi que le contenu même des charges pesant sur le suspect ou la personne poursuivie est un élément décisif pour préparer efficacement sa défense. Pourtant, le règlement ne prévoit pas de règles particulières sur ces points.

Le Parquet européen chargé de l’affaire ouvre un dossier et y rassemble “l’ensemble des informations et éléments de preuve qui se rapportent à l’enquête et aux poursuites”.⁴⁰ Il doit porter ces éléments, sous forme numérique, au système de gestion des dossiers du Parquet européen,⁴¹ dont l’accès est assuré à tous les procureurs européens et procureurs européens délégués.⁴² Qu’en est-il du droit à l’accès au dossier de la défense? Là encore, le règlement ne prévoit un tel accès que selon les modalités du droit national de l’État

³⁷ M Kaida-Gbandi ‘The Establishment of an EPPA and the Right of the Suspects and Defendants: Reflections upon the Commission’s 2013 Proposal and the Council’s Amendments’, in P Asp (dir), *The European Public Prosecutor’s Office, Legal and Criminal Policy Perspectives* (Stockholm University 2015) 234.

³⁸ CourEDH *Delcourt c Belgique* Req n. 2689/65 [17 janvier 1970] para. 28.

³⁹ CourEDH *Dombo Beheer, B.V. c Pays Bas* Req n.14448/88 [27 octobre 1993] para. 33.

⁴⁰ Art. 45(1) règlement de 2017 cit.

⁴¹ *Ibid.* art. 45(3).

⁴² *Ibid.* art. 46(1).

membre du procureur européen délégué chargé de l'affaire.⁴³ L'accès au dossier peut donc être complexe pour un suspect qui se trouve dans un autre État membre.

Le droit de l'Union ou la Convention européenne des droits de l'homme sont-ils de nature à apporter plus de garanties sur ce point? La Cour européenne des droits de l'homme rappelle que l'accusé doit avoir accès à toutes les pièces du dossier afin de pouvoir utilement préparer sa défense.⁴⁴ Toutefois, en ce qui concerne le moment auquel le dossier doit lui être communiqué, la Cour fait toujours une appréciation au cas par cas, en examinant si, au moment de l'analyse des éléments de preuve par la juridiction de jugement, l'accusé a été mis en mesure de préparer efficacement sa défense.⁴⁵ Par ailleurs, la Cour considère qu'il n'est pas déraisonnable que les autorités internes justifient le défaut d'accès au dossier au stade de l'ouverture d'une procédure pénale, de l'enquête ou de l'instruction, pour des raisons relatives à la protection des intérêts de la justice.⁴⁶

La directive 2012/13/UE⁴⁷ prévoit le droit à l'accès au dossier en son art. 7(2) et (3). Il indique simplement que "l'accès aux pièces [...] est accordé en temps utile pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense et, au plus tard, lorsqu'une juridiction est appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation". Des dispositions spéciales sont prévues pour les personnes arrêtées ou détenues, afin qu'elles puissent efficacement contester leur détention. L'accès à certaines pièces du dossier peut être refusé dans des cas limités (menaces sérieuses sur la vie ou droits fondamentaux d'une autre personne, pour sauvegarder un intérêt public, préjudice au bon déroulement de l'enquête...). Les dispositions de la directive ne sont donc pas claires sur le moment et l'étendue de cet accès aux pièces, ni sur les dérogations permettant de s'opposer à cet accès.⁴⁸ Les États membres font par ailleurs une utilisation trop fréquente des dérogations pour empêcher l'accès de la défense au dossier⁴⁹ et les législations nationales se réfèrent tantôt à l'une, l'autre, ou plusieurs de ces restrictions.⁵⁰ Sous la réserve de ne pas porter atteinte au droit à un procès équitable au regard de l'ensemble de la procédure, les États membres conservent donc une large marge de manœuvre.

Sur le moment de la communication à la défense des éléments de preuve contenues dans le dossier de l'accusation, la CJUE a confirmé qu'elle devait être accordée "au plus tard au moment où les débats sur le bien-fondé de l'accusation s'ouvrent effectivement

⁴³ *Ibid.* art. 45.

⁴⁴ CourEDH *Matanović c Croatie* Req n. 2742/12 [4 avril 2017].

⁴⁵ CourEDH *Khodorkovskiy et Lebedev c Russie* Req n. 11082/06 et 13772/05 [25 juillet 2005] para. 579.

⁴⁶ CourEDH *AT c Luxembourg* Req n. 30460/13 [9 avril 2015].

⁴⁷ Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

⁴⁸ A Pivaty et A Soo, 'Access to the Case Materials in Pre-Trial Stages' (2019), *Eucrim*, 60.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Agence des droits fondamentaux de l'Union (FRA), 'Rights of Suspected and Accused Persons Across the EU: Translation, Interpretation and Information' (2016) 79, www.fra.europa.eu.

devant le juge compétent pour se prononcer sur ce bien-fondé”.⁵¹ L'accès au dossier peut donc être très tardif, et l'on voit mal comment la défense, dans des affaires transfrontières complexes qui requièrent parfois une action de sa part en amont de la phase de jugement, est considérée comme ayant encore l'opportunité de réagir de manière efficace devant la juridiction de jugement.

L'information délivrée au suspect quant à la nature des charges pesant contre lui n'est pas directement envisagée par le règlement de 2017. La directive 2012/13/UE prévoit que l'information sur l'infraction que les suspects sont soupçonnés d'avoir commise doit être délivrée “rapidement et de manière suffisamment détaillée pour garantir le caractère équitable de la procédure et permettre l'exercice effectif des droits de la défense”.⁵² Le caractère suffisamment détaillé ou non de l'information fournie peut donc être soumis à des interprétations divergentes. Quant au moment de la délivrance de l'information, le considérant 19 de la directive précise qu'elle doit être donnée “au plus tard avant le premier interrogatoire officiel du suspect ou de la personne poursuivie par la police ou par une autre autorité compétente”. La directive ne comporte pas de précisions sur le moment exact où la personne doit être avisée de son statut de suspect.⁵³

De façon plus générale, le règlement s'intéresse peu à la communication qui pourrait être établie entre la défense et le Parquet européen lors de l'enquête et de l'exercice des poursuites. Le dialogue entre le suspect et le niveau central du Parquet européen est prévu à *minima*. Le règlement indique qu'une décision prise par le Parquet européen est notifiée au suspect ou à la personne poursuivie, quand le droit interne le prévoit, pour le transfert de la procédure aux autorités nationales (art. 34(8)) et la décision de classement sans suite (art. 39(4)). Tout le reste dépend du contenu du droit national.

La défense est par ailleurs entièrement dépendante des dispositions prévues par les droits nationaux pour tous les besoins de traduction et d'interprétariat qu'elle pourrait avoir. Elle pourra toutefois se prévaloir des garanties minimales fixées en la matière par le droit européen, notamment l'art. 6(3) de la Convention européenne des droits de l'homme et la directive 2010/64/UE,⁵⁴ citée par l'art. 41 du règlement de 2017. Cependant, des limites importantes sont posées par ces textes, notamment en ce qui concerne les pièces qui doivent être traduites. Ainsi, la directive 2010/64/UE prévoit qu'il doit être fourni une traduction écrite et dans un délai raisonnable des documents essentiels pour leur permettre d'exercer les droits de la défense et pour garantir le caractère équitable de la procédure. Il est évident que cette notion de caractère “essentiel” du document en

⁵¹ *Kolev* cit. paras 92 à 94.

⁵² Art. 6 directive 2012/13/UE cit.

⁵³ FRA, 'Rights of Suspected and Accused Persons Across the EU: Translation, Interpretation and Information' cit. 63.

⁵⁴ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales.

question peut poser en pratique des difficultés et faire l'objet d'interprétations divergentes.⁵⁵ La directive prévoit seulement que ces documents doivent comprendre toute décision privative de liberté, acte d'accusation, décision de condamnation ou jugement. La Cour de justice est venue rappeler que seules les autorités nationales décident du caractère essentiel à la procédure des documents à traduire, en dehors de ceux prévus par la liste, non exhaustive, de l'art. 3(2) de la directive.⁵⁶ Dès lors, le droit à l'interprétation du suspect qui communique avec son avocat, où la traduction de leurs échanges écrits, varie grandement d'un État membre à l'autre.

En ce qui concerne la participation de la défense au recueil des preuves, l'art. 41(3) du règlement indique que les personnes poursuivies jouissent de tous les droits procédurales que le droit interne applicable leur accorde, "y compris la possibilité de présenter des éléments de preuve, de demander la désignation d'experts ou une expertise et l'audition de témoins, et de demander que le Parquet européen obtienne de telles mesures au nom de la défense". Le règlement ne vient pas énumérer les droits qui doivent être prévus par la législation nationale.

En matière de recueil de preuves dans un autre État, le Parquet européen peut compter sur le système inédit de délégation mis en place par le règlement aux arts 31 et 32 du règlement. Le procureur délégué assistant se devra de prêter assistance au procureur délégué chargé de l'affaire dans le cadre d'une affaire transfrontière. La défense, elle, se trouve seule face à la question du recueil de preuves à l'étranger. Tout au plus pourra-t-elle demander au procureur européen délégué, selon ce qui est prévu par le droit national, qu'il sollicite une telle mesure auprès d'un procureur délégué d'un autre État.

La participation active de la défense au recueil des preuves et à l'exécution des mesures d'enquête n'est pas prévue en soi dans le droit européen.⁵⁷ L'art. 6(3)(d) de la CESDH prévoit le droit d'interroger des témoins ou de les faire entendre à décharge. La Cour européenne des droits de l'homme analyse globalement le caractère équitable ou non de l'ensemble de la procédure avant de conclure à une violation sur ce fondement. Elle considère qu'en principe, toutes les preuves doivent être débattues en présence du suspect lors d'une audition publique, afin qu'il puisse les contester dans le cadre d'une procédure contradictoire. Il doit ainsi pouvoir interroger les témoins (ou leur faire poser des questions) et présenter ses observations sur leurs témoignages.⁵⁸ Mais il ne s'agit pas d'un droit absolu et la présence du témoin à l'audience n'est pas obligatoire. La Cour appréciera globalement l'équité de la procédure si l'accusé ne peut pas poser de questions au témoin ou ne peut pas être mis en

⁵⁵ FRA, 'Rights of suspected and accused persons across the EU: Translation, Interpretation and Information' cit. 63.

⁵⁶ Affaire C-216/14 *Covaci* ECLI:EU:C:2015:686.

⁵⁷ MC van Wijk, *Cross-Border Evidence Gathering. Equality of Arms Within the UE?* cit. 83.

⁵⁸ *Ibid.* 34; L Bachmaier-Winter, 'Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law' cit.

présence de celui-ci.⁵⁹ Or, au sein de l'UE, les conditions et le moment de l'audition des témoins varient beaucoup d'un pays à l'autre:⁶⁰ parfois les témoins doivent être présents à audience, parfois ils doivent être interrogés en présence de l'avocat de la défense, parfois leur audition n'est possible que devant un juge...

Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les droits nationaux ne peuvent pas empêcher la défense de présenter des éléments de preuve, mais peuvent conditionner ou limiter à un certain moment de la procédure cette présentation. Il sera ainsi délicat pour la défense d'élaborer une stratégie à long terme sur ce point. Quant à la possibilité de recueillir les éléments de preuve ou de solliciter une mesure d'enquête, les systèmes procéduraux des États membres présentent une grande diversité⁶¹ avec laquelle la défense devra composer. A cet égard, des interrogations existent toujours quant à la compatibilité du règlement de 2017 avec le maintien des juridictions d'instruction dans les États membres qui les connaissent. Si le passage par le juge d'instruction est supprimé, les conséquences quant à la place de défense dans le processus d'enquête devront également être examinées.

La question de l'accès à l'avocat varie également grandement d'un État membre à l'autre. Les textes portant sur les droits fondamentaux reconnaissent la possibilité au suspect d'assurer lui-même sa défense ou d'avoir recours à l'assistance d'un défenseur.⁶² Ce droit recouvre le libre choix de l'avocat⁶³ et le droit à une assistance effective.⁶⁴ La question du moment de l'intervention de l'avocat auprès du suspect est l'une des plus épineuses. La Cour européenne des droits de l'homme insiste sur la nécessité de fournir l'assistance de l'avocat le plus tôt possible pour assurer une défense efficace, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit. Ainsi, la Cour a considéré, dans certaines affaires qui lui étaient soumises, que l'avocat devait assister son client dès le début d'une mesure de garde à vue.⁶⁵ Ces grands principes laissent toutefois une certaine marge d'appréciation aux États membres.⁶⁶ Si la Cour européenne devait considérer la procédure, dans son

⁵⁹ MC van Wijk, *Cross-Border Evidence Gathering. Equality of Arms Within the UE?* cit. 40.

⁶⁰ E Sellier et A Weyembergh (dir), *Criminal Procedural Laws Across the EU – A Comparative Analysis of Selected Main Differences and the Impact over the Development of EU Legislation* Study for the LIBE committee, PE 604.977 (2018) 69 et 70; Z Durdevic, 'Judicial Control in Pre-Trial Criminal Procedure by EPPPO' cit. 1000.

⁶¹ MC van Wijk, *Cross-Border Evidence Gathering. Equality of Arms Within the UE?* cit. 209 et 255.

⁶² Art. 6(3) de la Convention européenne des droits de l'homme [1950] et art. 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

⁶³ Art. 6(3) de la Convention européenne des droits de l'homme cit.

⁶⁴ CourEDH *Artico c Italie* Req n. 6694/74 [13 mai 1980].

⁶⁵ CourEDH *Salduz c Turquie* Req n. 36391/02 [27 novembre 2008, *Dayanan c Turquie*, Req n. 7377/03 [13 octobre 2009], *Brusco c France* Req n. 1466/07 [14 octobre 2010].

⁶⁶ *Salduz* cit. para. 51.

ensemble, comme respectueuse du droit au procès équitable, l'éventuelle absence de l'avocat au stade de la garde à vue pourrait ne plus être dirimante.⁶⁷

La directive 2013/48/UE laisse également une certaine marge de manœuvre aux États membres, exigeant que les suspects puissent avoir accès à un avocat "sans retard indu" (art. 3(2)), de façon à leur permettre d'exercer leurs droits de la défense de manière concrète et effective (art. 3(1)), tout en apportant certaines précisions concernant certains événements qui déclencheraient l'ouverture de ce droit.⁶⁸ La directive précise par ailleurs ce que doit recouvrir ce droit à l'assistance d'un avocat: le suspect peut le rencontrer en privé et communiquer avec lui,⁶⁹ à tout moment et dans le respect de la confidentialité des communications. L'avocat peut non seulement être présent mais également participer aux interrogatoires de police ou des autres autorités compétentes, dans les limites, cependant, de ce que prévoit le droit procédural national.⁷⁰ La directive consacre un "double droit d'accès" à l'avocat dans les procédures de mandat d'arrêt européen (avec la possible désignation d'un avocat dans l'État d'émission et d'un avocat dans l'État d'exécution). Mais c'est là la seule mention qui est faite aux situations transnationales.

La même difficulté se rencontre au sujet du droit à l'aide juridictionnelle. Aux termes de la directive (UE) 2016/1919, les États ne sont tenus d'attribuer une aide juridictionnelle que "lorsque les intérêts de la justice l'exigent".⁷¹ Les États membres peuvent appliquer un critère de ressources ou un critère de bien-fondé, ou les deux, pour déterminer si l'aide juridictionnelle doit être accordée. A l'exception de la reconnaissance d'un possible droit à l'aide juridictionnelle à la fois dans l'État d'exécution et celui d'émission en matière de mandat d'arrêt européen, la directive n'envisage pas spécifiquement les contours de ce droit dans un contexte transfrontière.⁷² Face à des enquêtes menées par le Parquet européen dans plusieurs États membres, tout dépendra donc de la bonne volonté de ceux-ci à coordonner leurs systèmes d'aide juridictionnelle et à en octroyer le bénéfice pour une mesure spécifique exécutée sur leur territoire. La possibilité, pour les systèmes d'aide juridictionnelle, de faire face, avec leurs faibles dotations, à des procédures nécessitant pour les avocats de la défense un investissement particulier et la mise à disposition des moyens appropriés, pose question. Ces inquiétudes amènent à s'interroger sur une forme de responsabilité, qui incomberait à l'Union, de mettre en place des mécanismes

⁶⁷ CourEDH *Ibrahim et autres c Royaume-Uni* Req n. 50541/08, 50571/08, 50573/08 et 40351/09 [13 septembre 2016], *Beuze c Belgique* Req n. 71409/10 [9 novembre 2018].

⁶⁸ L'art. 3(2) de la directive 2013/48/UE prévoit ainsi l'accès à un avocat avant un interrogatoire de police ou après une privation de liberté. Les États membres doivent par ailleurs prévoir le droit à la présence de l'avocat "au minimum" lors des trois mesures d'enquête ou de collecte des preuves visées par l'art. 3(3)(c) (séances d'identification des suspects, confrontations, reconstitutions de la scène de crime).

⁶⁹ Art. 3(3)(a) de la directive 2013/48/UE cit.

⁷⁰ *Ibid.* art. 3(3)(b).

⁷¹ Art. 4 de la directive (UE) 2016/1919 cit.

⁷² L Bachmaier-Winter, 'Fundamental Rights and Effectiveness in the European AFSJ. The Continuous and Never easy Challenge of Striking the Right Balance' (2018) *Eucrim* 56, 58.

particuliers au sujet des procédures du Parquet européen, visant à rétablir le suspect ou la personne poursuivie dans son droit à un procès équitable.

III.2. LES PROPOSITIONS VISANT À RÉTABLIR LE DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

Le Parquet européen bénéficie d'un réseau organisé de procureurs européens délégués, qui peuvent solliciter directement l'exécution de mesures d'enquête par le biais d'un système comparable à des "commissions rogatoires" européennes, permettant de limiter les formalités et d'éviter les déplacements. Il bénéficie du soutien du niveau central et des organes ou agences de l'Union (l'OLAF, Eurojust, Europol). Il maîtrise, dans certaines limites, le choix du forum et de la législation nationale applicable à ses actes d'enquêtes. La défense, elle, se heurte à des difficultés propres aux procédures transnationales.⁷³ Il s'agit de la prévisibilité du droit applicable, de l'accès au contenu de ce droit national, des barrières linguistiques, des barrières financières lorsqu'il est nécessaire de faire intervenir plusieurs avocats dans différents États membres,⁷⁴ de l'impossibilité pour les avocats de se déplacer ou d'exercer leur mission dans un autre État, des problématiques concernant l'accès au dossier, des difficultés à contester utilement les actes réalisés à l'étranger ou d'y participer. La défense n'a pas accès aux organes transnationaux de coopération judiciaire et ne peut compter sur aucune forme d'organisation ou de structure transnationale de nature à lui apporter un soutien dans ce cadre. Puisque la création du Parquet européen pourrait entraîner un "affaiblissement structurel de la défense",⁷⁵ il conviendrait d'envisager une réponse structurelle, à l'échelle de l'Union, pour tenter d'y remédier. Deux pistes peuvent être envisagées: des remèdes législatifs visant à harmoniser davantage les dispositions de droit national et à inscrire dans le règlement des garanties procédurales précises dont devrait toujours bénéficier la défense face au Parquet européen, ou une forme d'organisation institutionnelle de la défense pénale européenne, afin qu'elle puisse bénéficier des mêmes facilités que le Parquet européen, en s'appuyant sur un réseau structuré d'avocats établis dans tous les États membres.

La solution la plus évidente pour remédier à la rupture d'égalité des armes entre le Parquet européen et la défense, causée par la multitude de droits nationaux applicables,

⁷³ C'est à dire une procédure au cours de laquelle les actes exécutés dans un autre État font ensuite partie de la procédure ou lors de laquelle différents corps de règles, issus de multiples systèmes juridiques, nationaux ou internationaux, sont applicables. L Bachmaier-Winter, 'Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law' cit.

⁷⁴ E Sellier et A Weyembergh (dir), *Criminal Procedural Laws Across the EU – A Comparative Analysis of Selected Main Differences and the Impact over the Development of EU Legislation* cit. 76; L Bachmaier-Winter, 'Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law' cit.; S Gless, 'Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle' cit.

⁷⁵ S Gless, 'Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle' cit. 100.

serait d'unifier totalement les différents régimes procéduraux applicables aux enquêtes et poursuites du Parquet européen et de prévoir un régime autonome de garanties. Cette solution n'est pas envisageable au regard des choix opérés par le règlement de 2017 et le souci de l'UE de respecter l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Tout au plus est-il souhaitable d'appeler à une plus grande harmonisation du droit procédural des États membres.⁷⁶ Il ne paraît pas contraire à ces principes d'envisager que certaines notions soient définies avec précision par le règlement et que certains droits puissent être reconnus à la défense sans qu'ils ne soient conditionnés par leur inscription dans la législation nationale. Cette démarche exigerait cependant de renoncer à une protection *a minima*, en cherchant au contraire à établir un régime qui choisirait d'accorder les garanties les plus élevées prévues par les procédures nationales.

Ces règles autonomes visant à une protection uniforme des droits de la défense, pourraient ainsi ne concerner que les décisions prises par le niveau supranational, sur la base des dispositions du règlement. Il en serait ainsi de la possibilité d'obtenir des informations recueillies par le procureur européen délégué, inscrites dans un système de gestion des dossiers propre au Parquet européen. Le fait de préciser que la défense devrait être avisée d'un renvoi en jugement, voire même associée au processus de décision, pourrait également laisser inchangées les règles procédurales de l'État membre du procureur européen chargé de l'affaire, qui auraient vocation à s'appliquer à une affaire ne relevant pas de la compétence du Parquet européen.

Il serait par ailleurs opportun de préciser, dans le règlement, à quel moment une personne peut être considérée comme un suspect. La législation nationale peut en effet soumettre le statut de suspect à une notification officielle de l'accusation, ou à des critères objectifs comme la prise d'une mesure coercitive pouvant intervenir très tardivement dans l'enquête.⁷⁷ Les directives relatives aux garanties procédurales laissent une grande marge d'appréciation aux États membres quant au moment où les autorités nationales déterminent la qualité de suspect,⁷⁸ ce qui peut retarder le départ de certains droits, à l'image du droit à l'information.

D'autres pistes pour faciliter l'exercice des droits de la défense dans un contexte transnational ont été avancées : il pourrait s'agir de l'adoption d'une directive pour protéger spécifiquement les droits de la défense dans ce cadre⁷⁹ ou encore d'un instrument permettant d'harmoniser la question de l'admissibilité des preuves.

⁷⁶ En ce sens, 'A Manifesto on European Criminal Procedure Law', European Criminal Policy Initiative, ZIS 2013 430, 435.

⁷⁷ G Illuminati, 'Protection of Fundamental Rights of the Suspects or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPPO' in L Bachmaier-Winter (dir), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead* cit. 179.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ E Sellier et A Weyembergh (dir), *Criminal Procedural Laws Across the EU – A Comparative Analysis of Selected Main Differences and the Impact over the Development of EU Legislation* cit. 83.

Enfin, il serait opportun d'envisager l'institutionnalisation d'une défense européenne. Il existe déjà, au sein de l'Union européenne, des instruments permettant aux avocats d'exercer leurs missions dans d'autres États membres et des organisations professionnelles capables de représenter leurs intérêts devant les institutions européennes. Il n'existe cependant pas à ce jour de véritable organisation de défense pénale à l'échelle de l'Union, qui serait le pendant du Parquet européen et qui pourrait mobiliser sur un dossier des avocats spécialistes de la matière pénale dans tous les États membres concernés. Le règlement de 2017 a fait le choix de laisser ces questions entièrement dans les mains des États membres, de leurs règlementations internes et donc, concrètement, de se reposer sur la bonne volonté des avocats à s'organiser, avec les moyens nationaux limités dont ils disposent pour ce faire. Il est pourtant permis de considérer que la mise en place d'une défense pénale européenne organisée est une obligation pesant sur l'Union européenne. En effet, si celle-ci crée une institution qui confère de nouvelles prérogatives à l'accusation, elle devrait établir des institutions qui "renforcent la position des individus concernés par ses mesures"⁸⁰

L'Union européenne pourrait s'inspirer d'exemples d'organisations d'une défense pénale instituées dans des configurations similaires. Ainsi, le Statut de Rome offre la possibilité à l'accusé devant la Cour pénale internationale de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.⁸¹ Il peut choisir librement son avocat, qui exerce de façon indépendante et dispose de la faculté de constituer une "équipe de défense", en faisant notamment appel à des personnes ressources ou des enquêteurs figurant sur les listes de la Cour. Les frais de représentation et d'assistance peuvent être pris en charge par le système d'aide judiciaire de la Cour.⁸² Le Greffe fournit les services de traduction et d'interprétation. Les Equipes de la Défense peuvent également bénéficier de l'assistance du Bureau du conseil public pour la Défense.⁸³ Il s'agit d'un bureau indépendant, composé de juristes spécialisés, qui peut effectuer des recherches pour les conseils choisis des suspects, leur fournir des avis juridiques...

L'organisation de la défense pénale devant les juridictions fédérales aux États-Unis est également un exemple intéressant. Les cours fédérales sont implantées dans différents *districts* et sont donc amenées à collaborer avec des avocats de différents États.⁸⁴ Le *Criminal Justice Act* de 1964 a établi un système global de désignation et de rémunération des avocats, experts ou services d'enquêtes intervenants dans les procédures fédérales pour le compte de la défense. Chaque *District Court* est tenue d'adopter un plan

⁸⁰ 'A Manifesto on European Criminal Procedure Law' cit. 440.

⁸¹ Art. 67(1)(b) du Statut de Rome [1998].

⁸² *Ibid.* art. 67.

⁸³ Norme 77 du règlement de la Cour.

⁸⁴ Les avocats établis dans les États fédérés n'ont pas automatiquement la possibilité d'exercer leurs fonctions devant les juridictions fédérales. Chaque district du système fédéral pose ses propres règles quant à l'admission des avocats qui interviendront devant ses cours. L'admission préalable auprès d'un barreau étatique est cependant requise.

destiné à fournir une représentation pour toute personne financièrement inapte à obtenir une représentation adéquate. Le terme de "représentation" couvre l'assistance d'un avocat, mais également l'accès aux mesures d'enquête, aux mesures d'expertise et autres services nécessaires pour sa représentation en justice. En ce qui concerne l'assistance d'un avocat, deux possibilités sont offertes: soit le recours aux services d'avocats employés par une *Federal Defender Organization*, qui sont ainsi des employés fédéraux, soit à ceux d'avocats privés inscrits sur des listes dites *CJA panels*. Les listes doivent être approuvées par les cours fédérales. Pour y apparaître et s'y maintenir, une formation spécifique doit avoir été suivie. La création d'une institution similaire au *Federal Public Defender* n'est pas envisageable au sein de l'Union européenne, en raison de l'opposition qu'elle pourrait entraîner auprès des avocats, légitimement très attachés à leur indépendance.⁸⁵ Un mécanisme comparable aux *CJA panels* semble plus à même de répondre aux besoins d'organisation de la défense pénale européenne. Il apparaît particulièrement pertinent, lorsque l'on songe à son éventuelle transposition à l'Union européenne, en raison de la possibilité qu'il laisse de respecter les particularismes des barreaux locaux.

A l'exemple des plans développés dans chaque district aux États-Unis, pourrait être envisagée une solution impliquant à la fois l'échelon européen et l'échelon national autour de la proposition, de la validation et de la mise en œuvre d'un "plan de défense européenne". L'idée est de faciliter la mise en réseau des avocats de la défense et d'envisager un financement impliquant tant le niveau national qu'europpéen. Chaque État membre pourrait être tenu de soumettre à la Commission européenne un plan selon les modalités duquel il sera en mesure de fournir à tout suspect l'accès à une défense efficace. Cette notion couvrirait non seulement l'assistance d'un avocat mais également la possibilité d'obtenir l'exécution d'une mesure d'enquête, de traduction ou d'expertise permise par le règlement sur le Parquet européen et le droit national applicable. La Commission se chargerait du recueil des plans et de leur suivi. Le niveau européen pourrait également proposer des formations communes qui seront dispensées aux avocats⁸⁶ et s'assurer de la bonne coopération entre les différentes organisations nationales de défense pénale. Au niveau national, en accord avec les barreaux, une organisation représentant les avocats chargés d'intervenir dans les dossiers traités par le Parquet européen pourrait être créée dans chaque État membre. Des listes d'avocats pourraient alors être constituées, selon des critères communs à toutes les organisations nationales de défense pénale européenne. Lorsqu'un avocat aurait besoin du concours d'un confrère étranger, il pourrait passer par le biais de cette organisation. S'il était possible aux avocats saisis d'un dossier transfrontière de constituer des équipes de défense élargies, en choisissant

⁸⁵ L'indépendance des avocats vis-à-vis de l'État semble être un impératif partagé par les barreaux européens: Charte des principes essentiels de l'avocat européen et code de déontologie des avocats européens du CCBE, 2013, www.ccbe.eu.

⁸⁶ Sur l'importance de dispenser de telles formations, v. E Sellier et A Weyembergh (dir), 'Criminal Procedural Laws across the EU – A Comparative Analysis of Selected Main Differences and the Impact Over the Development of EU Legislation' cit. 84.

des avocats "assistants" dans d'autres États membres, cela leur permettrait d'avoir plus facilement accès à un dossier ouvert dans un autre État, de solliciter la présence d'un confrère lors d'une mesure d'enquête exécutée dans cet État, de le mandater pour exercer un recours contre une décision rendue par les juridictions nationales lors de la phase d'enquête, etc... L'organisation de défense pénale instituée dans chaque État membre par les plans pourrait apporter également un soutien logistique aux avocats du suspect, à l'image de ce que le Bureau du conseil public pour la défense apporte devant la CPI. Des éclaircissements pourraient être apportés sur la procédure applicable dans l'État membre, le contenu du droit national.

Le financement de ces plans pourrait être une responsabilité partagée entre l'UE et les États-membres. Une mise en commun des moyens entre les États participants, afin de redistribuer plus équitablement les fonds auprès des barreaux qui en ont le plus la nécessité, ne pourrait que servir davantage l'objectif d'assurer un exercice effectif des droits de la défense. Un fonds européen pourrait être créé et géré au niveau de l'UE. Les bénéficiaires seraient les États-membres, mais les fonds seraient versés directement aux organisations de défense pénales.

La question résiduelle est celle de la base juridique et de la forme de l'instrument qui viendrait imposer l'élaboration de ces plans. La question mérite cependant d'être ouverte, par ce qu'il est de la responsabilité de l'UE d'assurer un droit à un procès équitable au suspect mis en cause par son organe de poursuites. Le développement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice ne peut se faire sans que la défense y soit pleinement associée.

La position de la défense est principalement régie par les droits procéduraux nationaux, ce qui rend difficile l'exercice concret de ses droits dans le cadre d'enquêtes transfrontières menées par un organe supranational de l'Union. Cela est également préjudiciable au bon fonctionnement du Parquet européen: il est en effet à craindre que les recours ne se multiplient pour que l'étendue exacte des droits de la défense dans le cadre de ses procédures soit précisée, notamment par le biais de questions préjudicielles posées à la Cour de Justice. Pour éviter que les parties en présence ne soient obligées d'attendre la constitution d'une jurisprudence solide sur ces points, il est nécessaire que le législateur de l'Union réfléchisse dès à présent à la possibilité d'unifier le régime des prévenus devant le Parquet européen, ainsi qu'à la mise en place de structures destinées à simplifier l'intervention de la défense dans les affaires transfrontières.