

Working Group X

Working document 35

Groupe de travail X "Liberté, sécurité et justice"

Objet : Intervention de M. Gilles de Kerchove, directeur du Secrétariat général du Conseil, devant le Groupe de travail X "Liberté, sécurité et justice" le 8 octobre 2002.

SPEAKING NOTE

Intervention de M. Gilles de Kerchove¹ devant le Groupe de travail X "Liberté, sécurité et justice" de la Convention sur l'avenir de l'Union (08 octobre 2002)

Améliorations institutionnelles à apporter au titre VI du traité sur l'Union européenne afin d'accroître l'efficacité et la légitimité de l'action de l'Union européenne dans le domaine de la sécurité intérieure

I. PREALABLES

1. Il convient, tout d'abord, de préciser que cette intervention se concentre sur les difficultés institutionnelles rencontrées dans la réalisation de l'objectif que le traité sur l'Union européenne (ci-après "TUE" en abrégé) assigne à l'Union d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice (article 29 du TUE) et sur les réformes qui pourraient être décidées par la Convention européenne. L'accent mis sur ces difficultés ne doit cependant pas conduire à dénigrer le travail accompli par l'Union en matière de sécurité intérieure. Des progrès considérables ont, en effet, été réalisés, sinon depuis novembre 1993, date d'entrée en vigueur du traité de Maastricht, à tout le moins depuis mai 1999, date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam : des concepts originaux ont été conçus (la notion d'espace, le principe de reconnaissance mutuelle), des agences de coopération créées (Europol, Eurojust), des réseaux établis (réseau judiciaire européen, collège européen de police), des mécanismes de coopération institués (équipes conjointes d'enquête), des banques de données constituées (SIS, système informatique douanier, système informatique d'Europol). Le Conseil a adopté un nombre élevé d'actes, qu'il s'agisse de conventions (19 dans le domaine pénal), d'actions communes (21), de décisions-cadres (9), de décisions (28) ou de positions communes (8). En regard des quarante années qu'il a fallu pour réaliser le marché intérieur, les réalisations de l'Union en matière pénale au cours de ses neuf années d'existence supportent aisément la comparaison.

¹ M. Gilles de Kerchove, directeur au secrétariat général du Conseil, a précisé qu'il s'exprimait à titre purement personnel.

2. Il convient, ensuite, de prendre la mesure de la rupture conceptuelle opérée par le traité d'Amsterdam. Alors que le traité de Maastricht assignait à la coopération policière et judiciaire pénale l'objectif de compenser l'érosion graduelle de la souveraineté pénale des Etats membres sur leur territoire, causée par l'action conjuguée de la suppression des contrôles aux frontières intérieures, décidée dans le cadre de Schengen, et de la globalisation de l'activité des organisations criminelles et terroristes, le traité d'Amsterdam assigne à l'Union l'objectif de devenir un authentique espace pénal. L'insertion dans le traité sur l'Union européenne du concept d'espace est loin d'être purement décorative. Elle conduit à repenser l'exercice par les Etats membres de leur souveraineté pénale, fondée jusqu'ici essentiellement sur le principe de territorialité de la loi pénale et de l'action répressive. Comme on l'a montré ailleurs², ce concept d'espace entretient, dans le traité d'Amsterdam, avec le concept de territoire des rapports analogues à ceux que, dans le traité de Maastricht, le concept de citoyenneté entretient avec celui de nationalité : ceux d'une notion constitutionnelle qui enrichit une notion ancienne et emporte des effets juridiques. L'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne illustre ce changement de perspective puisqu'il étend à l'échelle de l'Union le principe "*ne bis in idem*" qui a été conçu, à l'origine, dans le seul cadre national³. Par ailleurs, l'article 29 du TUE rappelle opportunément que l'action de l'Union tendant à offrir aux citoyens un supplément de sécurité doit également promouvoir les deux autres valeurs qui qualifient l'espace à réaliser, à savoir la liberté et la justice.

Alors que les travaux du Conseil ont essentiellement consisté, de novembre 1993 à mai 1999, à développer les mécanismes inter-étatiques classiques d'entraide pénale⁴, ils ont, depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam et la réunion du Conseil européen à Tampere les 15 et 16 octobre 1999, profondément été réorientés, afin de tenir compte de ce changement de perspective, dans les quatre directions suivantes :

-le développement du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, tant pré-sentencielles que définitives⁵;

² Voy. G. de Kerchove "L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere" in G. de Kerchove et Anne Weyembergh (éd.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles 2000, p.4-7.

³ La Cour de justice des Communautés européennes (ci-après "CJCE", en abrégé) est actuellement saisie de deux renvois préjudiciels portant sur l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 54 de la convention d'application de l'accord de Schengen (Affaires C-187/01 et C-385/01).

⁴ Voy. par exemple G. de Kerchove "Les progrès des groupes de travail du troisième pilier en matière de coopération judiciaire", Monica den Boer (Ed.) *Schengen, Judicial Cooperation and Policy Coordination*, EIPA, 1997, pp. 101-114.

⁵ Voy. G. de Kerchove, "La reconnaissance des décisions pré-sentencielles en général", in G.de Kerchove et A. Weyembergh, "La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne", Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, pp 113-122.

- l'harmonisation progressive du droit pénal des Etats membres, tant matériel que procédural;
- la création d'agences de coopération à l'échelle de l'Union (Europol, Eurojust);
- l'intensification des relations de l'Union, en tant que telle, avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes en matière pénale.

Quatre mesures, décidées par le Conseil en réponse aux attentats terroristes perpétrés aux Etats-Unis le 11 septembre 2001, sont particulièrement emblématiques de cette nouvelle approche :

- le mandat d'arrêt européen⁶;
- l'incrimination commune du terrorisme⁷;
- la création d'Eurojust⁸
- la négociation d'un accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis en matière d'entraide pénale et d'extradition⁹.

3. Il convient, enfin, d'évoquer le caractère singulier de la matière pénale. Non pas tant parce qu'elle s'inscrit au coeur de l'*imperium* des Etats : comme on l'a évoqué ci-dessus, la souveraineté des Etats est, à certains égards, devenue formelle et rhétorique. Mais parce qu'elle affecte directement les libertés individuelles. Edicter des normes pénales consiste, en effet, à définir les conditions d'exercice du droit de punir. Deux caractéristiques s'y attachent : légalité et subsidiarité. La première tient à la nécessité d'assurer la légitimité du processus d'élaboration de la norme en veillant à y associer, d'une manière ou d'une autre, l'institution parlementaire (*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*). Cette exigence explique vraisemblablement pourquoi les négociateurs du traité d'Amsterdam ont refusé de reconnaître un effet direct aux décisions-cadres et aux décisions, qui en l'état actuel sont adoptées par le seul Conseil des Ministres. La seconde tient à la nécessité d'avoir égard aux singularités nationales. Le droit pénal reflète indéniablement, sur bien des aspects (non seulement le droit matériel, la procédure mais également l'organisation judiciaire et policière), des caractéristiques culturelles qu'il n'est pas aisé, voire toujours souhaitable, d'uniformiser.

⁶ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JOCE, L 190, du 18 juillet 2002, p.1

⁷ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JOCE, L 164, du 22 juin 2002, p.3

⁸ Décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, JOCE, L 63, du 6 mars 2002, p.1

⁹ La décision donnant mandat à la Présidence, assistée de la Commission, de négocier cet accord a été adoptée par le Conseil le 25 avril 2002.

L'harmonisation des incriminations et des sanctions s'est, à l'expérience, révélée extrêmement fastidieuse dans certains domaines. Des questions telles que l'équilibre à réaliser entre liberté d'expression et lutte contre le racisme, la détermination de l'âge du consentement sexuel, la détention à des fins personnelles de matériel à caractère pédo-pornographique, la consommation de drogues douces sont appréhendées de manière parfois très différentes dans le droit pénal des Etats membres. La sévérité des sanctions pénales prévues diverge elle aussi parfois considérablement, comme l'a montré la négociation de la décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers¹⁰. Sans évoquer -mais les travaux d'harmonisation n'ont pas encore abordé cette difficile question- le rapprochement des peines effectivement subies¹¹.

II. LES FAIBLESSES INSTITUTIONNELLES

1. Effectivité

Si le Conseil a manifesté une ardeur normative peu commune au cours des cinq dernières années, les Etats membres en revanche se sont montrés peu empressés à ratifier les conventions, à transposer les décisions-cadres correctement et dans les délais et à exécuter scrupuleusement les obligations découlant des actes adoptés dans le cadre du titre VI du TUE. Certes, le TUE n'impose pas formellement aux Etats membres un devoir de loyauté analogue à celui que prévoit l'article 10 du Traité instituant la Communauté européenne ("TCE" ci-après en abrégé). Il n'empêche : la situation, comme on le montre ci-après, est à ce point préoccupante qu'il n'est pas exagéré de qualifier le droit dérivé de l'Union dans le domaine policier et judiciaire pénal de droit virtuel.

¹⁰ Répondant à l'invitation du Conseil européen de Feira, suite au tragique décès de 58 immigrants clandestins chinois étouffés dans un camion, d'instaurer des sanctions sévères à l'encontre des criminels se livrant au trafic des êtres humains, le Conseil a eu les plus grandes difficultés à déterminer un niveau harmonisé de sanctions entre les Etats membres : dans certains, en effet, pareil comportement entraîne la réquisition d'une peine privative de liberté d'au moins 15 ans et dans d'autres le niveau de peine tourne autour de 6 années d'emprisonnement.

¹¹ Contrairement à la constitution portugaise qui interdit l'imposition d'une peine d'emprisonnement supérieure à 20 ans, le droit pénal belge permet l'imposition d'une peine d'emprisonnement à vie. La réalité montre toutefois qu'une peine de 20 ans d'emprisonnement au Portugal se purge en 20 ans alors qu'en Belgique une condamnation à un emprisonnement à vie peut être réduite, en cas de bonne conduite, à 12 années de prison...

-Seules six conventions sur les dix neuf adoptées par le Conseil depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht ont été ratifiées par tous les Etats membres¹². Certes, plusieurs de ces conventions prévoient la possibilité pour un Etat membre qui les a ratifiées de les appliquer bilatéralement avec les Etats membres qui les ont aussi ratifiées. Il n'en est pas moins problématique que des conventions telles que celle sur la corruption, adoptée le 26 mai 1997, ou celle relative à l'extradition, adoptée le 27 septembre 1996, ne soient pas ratifiées par tous les Etats membres, respectivement, cinq et sept ans après leur adoption par le Conseil. Cette dernière connaîtra vraisemblablement le sort peu glorieux d'être remplacée par le mandat d'arrêt européen avant sa mise en oeuvre au sein des quinze Etats membres...

-Les actions communes et les décisions-cadres sont, quant à elles, transposées souvent tardivement, incomplètement, voire incorrectement. Une rapide analyse des législations nationales transposant l'action commune contre le racisme et la xénophobie¹³, celle qui incrimine la participation à une organisation criminelle¹⁴ et celle qui incrimine la corruption privée¹⁵ ainsi que des projets de loi disponibles transposant la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen et celle sur le terrorisme conduit à ce constat.

-Au delà de la simple transposition juridique des actes de l'Union, il y a les multiples actions que les Etats membres doivent entreprendre pour que les mécanismes et agences créés dans le cadre de l'Union puissent accomplir leurs missions avec efficacité. L'on songe, par exemple, à l'alimentation systématique et complète d'Europol en données sensibles par les polices et les services de renseignement des Etats membres qui reste très insuffisante. Qu'espérer, en effet, d'une agence dont la mission première consiste à produire des analyses criminelles si celle-ci n'a pas accès aux informations policières pertinentes ? Il en va de même du SIS dont la performance dépend de la qualité et de l'exhaustivité des signalements qui lui sont communiqués. Le réseau judiciaire européen est d'une utilité très réduite si les autorités nationales ne veillent pas à promouvoir l'utilisation auprès de ses utilisateurs potentiels, d'une part en mettant à leur disposition les outils informatiques nécessaires et d'autre part en en faisant la publicité. Eurojust, enfin, pourrait connaître un sort analogue à celui d'Europol si les autorités nationales compétentes ne veillent pas à encourager les magistrats à saisir systématiquement des dossiers qui ressortissent à ses compétences. Les pouvoirs très modestes que les Etats membres ont, jusqu'à présent, reconnus à leur membre national ne portent

¹² Convention Europol du 26 juillet 1995, ses protocoles relatifs à la CJCE du 23 juillet 1996 et aux privilèges et immunités du 19 juin 1997 d'une part, la convention sur la protection des intérêts financiers des communautés du 26 juillet 1995 et ses deux protocoles, du 27 septembre 1996 ainsi du 29 novembre 1996 relatif à la compétence de la CJCE.

¹³ JOCE, L 185 du 24/07/1996, p.5

¹⁴ JOCE, L 351 du 29/12/1998, p. 1

¹⁵ JOCE L 358 du 31/12/1998, p. 2

pas à l'optimisme¹⁶.

La situation ainsi décrite conduit à poser le double diagnostic suivant :

-d'une part, l'instrument juridique de la convention n'est plus adéquat. Il ne correspond plus à l'état de développement de l'Union en matière policière et judiciaire pénale qui a dépassé le stade de la pure coopération interétatique. L'Union doit pouvoir développer ses politiques à l'aide d'instruments à caractère unilatéral et non plus contractuel¹⁷. Certes, le traité d'Amsterdam a amélioré la situation en prévoyant que les conventions adoptées dans le cadre du titre VI du TUE puissent entrer en vigueur dès qu'elles sont ratifiées par la moitié au moins des Etats membres. La durée moyenne de ratification, même par les Etats membres les plus diligents, est cependant trop longue dans un secteur, la sécurité, où les attentes des citoyens deviennent de plus en plus pressantes. La coexistence, par ailleurs, de conventions et de décisions conduit à des situations complexes, ainsi que l'illustre le cas d'Europol. Alors qu'Eurojust, dont les pouvoirs sont potentiellement nettement plus "opérationnels" que ceux d'Europol, a pu être créée par une décision du Conseil¹⁸ négociée en moins d'une année et prenant effet au jour de sa publication au Journal Officiel des Communautés Européennes, Europol, créé par une convention, ne peut se voir attribuer de nouveaux pouvoirs, notamment ceux prévus par le traité d'Amsterdam (cf. article 30.2 du TUE¹⁹), qu'autant - parallélisme des formes oblige²⁰ - que le Conseil adopte une nouvelle convention dont l'entrée en vigueur dépendra de sa ratification par tous les Etats membres. Il s'ensuit un découplage préoccupant entre coopération policière et judiciaire que rien ne justifie. Pas même l'argument selon lequel le recours aux décisions priverait les parlements nationaux du pouvoir de donner leur assentiment aux conventions établies par le Conseil.

¹⁶ Voy. sur cette question le document du Secrétariat général du Conseil, 9404/02 JAI 107 EUROJUST 16

¹⁷ Voy. à cet égard l'avis de M. Jean-Claude Piris dans sa note au Groupe de travail IX sur la simplification, working document n°6, "La rationalisation des instruments de l'Union", p.16

¹⁸ JOCE, L 63, du 6 mars 2002, p. 1

¹⁹ Le Protocole modifiant la convention créant Europol afin de mettre en oeuvre cette disposition du traité, introduite par le traité d'Amsterdam, qui prévoit la possibilité pour Europol de participer à des équipes conjointes d'enquête et à demander aux autorités nationales d'entamer des enquêtes, a été adopté par le Conseil le 28 novembre 2002, soit cinq ans après la signature du traité d'Amsterdam. Son entrée en vigueur n'interviendra vraisemblablement pas avant 2007. Il se sera donc écoulé dix ans entre la décision du Conseil européen d'autoriser Europol à participer à des actions opérationnelles et sa concrétisation juridique...

²⁰ Le traité d'Amsterdam n'ayant prévu aucune disposition sur son application "*ratione temporis*", le Conseil n'a pas estimé -de manière discutable- qu'il pouvait dorénavant amender les conventions adoptées sur la base du traité de Maastricht par le biais du nouvel instrument de la décision. Ceci conduit à suggérer que le traité qui résultera de la CIG de 2004 contienne des dispositions explicites sur ce point.

- Il manque cruellement un système de contrôle et de sanction du non respect par les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu du droit de l'Union, analogue à celui que prévoient les article 226 et 228 du TCE dans le domaine communautaire. Cette lacune se double du fait que les négociateurs du traité d'Amsterdam ont refusé la possibilité pour les décisions-cadres et les décisions de se voir reconnaître des effets directs.

2. Efficacité

L'unanimité requise pour l'adoption par le Conseil des actes du titre VI du TUE -à l'exception des mesures de mise en oeuvre des décisions (cf. article 34.2.c du TUE) qui peuvent être adoptées à la majorité qualifiée et des mesures d'application des conventions qui peuvent être adoptées à la majorité des deux tiers des Parties Contractantes (cf. article 34.2.d, deuxième alinéa du TUE)-handicape très sérieusement la performance de l'Union²¹. D'une part, elle ralentit exagérément la négociation²². L'expérience montre en effet que les délégations se comportent de manière radicalement différente lorsqu'un acte peut être adopté à la majorité qualifiée, leur implication dans les débats et leur propension à compromettre se manifestant beaucoup plus tôt dans la négociation. D'autre part, elle entraîne un réel appauvrissement des normes adoptées qui doivent être indexées sur les exigences de la délégation la moins ambitieuse. Il s'ensuit une harmonisation, soit "à droit constant", les délégations parvenant à configurer la décision-cadre en manière telle qu' aucun Etat membre n'ait à modifier son droit pénal, soit "en trompe l'oeil"²³ par le recours à des artifices légistiques, tels que la référence au droit national²⁴, la possibilité de dérogations²⁵ ou d'options²⁶. La contrainte de recueillir l'accord de tous les membres du Conseil jointe à la pression mise par le Conseil européen sur le Conseil "Justice et affaires intérieures" a ainsi conduit -c'est une grande première, s'agissant d'un acte contraignant- à recourir, lors de la négociation de la décision-cadre créant le mandat d'arrêt européen, au conditionnel dans l'énoncé d'une prescription juridique²⁷ !

²¹ Certains observateurs font cependant remarquer -s'appuyant sur le précédent de la décision-cadre créant le mandat d'arrêt européen qui a été adoptée en deux mois et demi, alors qu'elle révolutionne le secteur hautement sensible de l'extradition- que l'unanimité n'est pas un obstacle infranchissable lorsqu'existe une réelle volonté politique, clairement exprimée au plus haut niveau de l'Union. L'observation est correcte en ce qu'elle suggère que souvent les blocages dans les négociations doivent plus à l'ambivalence et à la tiédeur des positions politiques qu'à la résistances des bureaucraties. Elle ne tient pas compte cependant du caractère tout à fait exceptionnel des événements du 11 septembre 2001.

²² Par exemple, la négociation de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale a duré plus de quatre ans (JOCE, L 197, du 12 juillet 2000, p. 1).

²³ Expression empruntée à D. Flore, Une Justice pénal européenne après Amsterdam, JTDE, Juin 1999, p. 127.

²⁴ Par ex. l'article 1(1) de la décision-cadre relative à la lutte entre le terrorisme (JOCE L 164 du 22/06/2002, p. 4)

²⁵ Par ex. l'article 1(4) de la décision-cadre visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, adoptée le 28 novembre 2002, (JOCE L 328 du 05/12/2002, p. 1)).

²⁶ Par ex. l'article 2 de l'action commune incriminant la participation à une organisation criminelle (JOCE L 351 du 29/12/1998, p. 2)

²⁷ Voy. art. 17 de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen (JOCE L 190 du 18/07/2002, p. 7)

3. Complexité

Indépendamment de la question, complexe, consistant à déterminer dans quelle mesure un acte à adopter dans le cadre du titre VI du TUE tend ou non à développer l'acquis de Schengen -ce qui a pour effet de subordonner son adoption à une procédure de négociation associant la Norvège et l'Islande²⁸ - on relève les difficultés que suscite la nécessité pour l'Union de s'appuyer sur deux, voire trois, piliers différents pour réaliser l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Des conflits de base légale, de la "deuxième génération", surgissent. La question centrale porte sur la question de savoir dans quelle mesure la Communauté est compétente pour imposer aux Etats membres, lorsqu'ils transposent une directive, d'assortir de sanctions pénales le non respect des prescriptions de celle-ci. La Commission et la plupart des Etats membres ont des vues opposées sur cette question qui tend à se poser de manière de plus en plus fréquente²⁹. La plupart des Etats membres considèrent que l'harmonisation des incriminations et des peines ressortit exclusivement aux tâches de l'Union et doit être basée sur l'article 31(e) du TUE. Ils font valoir que le traité sur l'Union européenne, en complétant l'action de la Communauté par la coopération intergouvernementale décrite au titre VI, a entendu imposer aux institutions de la Communauté, lorsqu'elles estiment nécessaire de rapprocher le droit pénal matériel des Etats membres, de respecter des procédures particulières (droit d'initiative partagé entre la Commission et les Etats membres, décisions du Conseil prises à l'unanimité, association du Parlement européen sur le mode consultatif etc.), d'avoir recours à des instruments normatifs spécifiques (conventions et décisions-cadres dépourvues d'effets directs) et de poursuivre un but précis. C'est la voie suivie par le Conseil, par exemple, pour la protection de l'euro contre le faux monnayage³⁰ ou la lutte contre le blanchiment³¹.

La Commission, en revanche, considère que la Communauté est compétente pour imposer aux Etats membres d'incriminer un certain nombre de comportements et d'assortir ceux-ci de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives chaque fois qu'une telle harmonisation du droit pénal matériel des Etats membres apparaît nécessaire pour assurer l'effectivité du droit communautaire et l'exercice efficace par la Communauté de ses compétences (uniquement dans les domaines du droit

²⁸ Voy. l'accord avec la Norvège et l'Islande afin d'associer ces deux Etats à la mise en oeuvre de l'acquis de Schengen, JOCE L 176 du 10 juillet 1999, p. 35

²⁹ Voy. par exemple les exemples récents relatifs à la protection de l'environnement par le droit pénal, la protection des intérêts financiers de la Communauté, la protection de l'euro, la répression de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers, la lutte contre le blanchiment d'argent, la répression du délit d'initié etc.

³⁰ Décision-cadre du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, JO L n° 140 du 14/06/2000, p.1

³¹ Décision-cadre concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime adoptée par le Conseil le 26 juin 2001, JOCE, L 182, du 5 juillet 2001, p.1

communautaire dans lesquels la Communauté est compétente pour adopter des règles matérielles en vue du rapprochement des législations des Etats membres, comme par exemple la protection de l'environnement ou la protection des intérêts financiers de la Communauté). Dans pareilles situations, la Communauté basera sa législation sur les articles pertinents du TCE en fonction de la matière visée. Il s'ensuit que, selon la base légale choisie, l'acte législatif sera adopté par le Conseil (et le Parlement européen, si l'acte doit être adopté en co-décision), soit à l'unanimité soit à la majorité qualifiée et sur la base exclusive d'une initiative de la Commission³². C'est la voie suivie par la Commission dans sa proposition de directive relative à la protection de l'environnement par le droit pénal³³ et dans sa proposition de directive relative à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté³⁴. Ce conflit sur les bases légales se répercute, bien évidemment, au plan externe, ce qui handicape la performance de l'Union³⁵.

4. Légitimité

Le traité d'Amsterdam a, incontestablement, contribué à atténuer le déficit démocratique et juridictionnel qu'avait créé le traité de Maastricht mais il l'a fait de manière insuffisante. Le Parlement européen et la CJCE ont certes vu croître leurs compétences mais ces institutions restent associées sur un mode mineur et avec des modalités qui ne sont pas satisfaisantes compte tenu de l'impact potentiel des décisions du Conseil sur les libertés individuelles.

-L'avis du Parlement européen sur les projets de conventions, de décisions-cadres et de décisions est certes devenu une formalité substantielle prescrite à peine de nullité. Il n'empêche que son avis, parce qu'il est sollicité trop en amont et trop en aval du processus de négociation, influence peu le contenu des actes adoptés. La première consultation a lieu, en effet, sur la version initiale du texte en sorte que lorsque l'avis du Parlement européen est rendu il ne correspond plus, sur bien des points, au texte négocié par les instances du Conseil. La seconde consultation est entreprise la plupart de temps lorsque le projet d'acte a fait l'objet d'un accord de principe du Conseil. Ce dernier hésitera à en modifier le contenu, même pour tenir compte d'améliorations légistiques suggérées par le Parlement

³² Sauf si la matière traitée relève du titre IV du TCE qui prévoit un partage de l'initiative législative entre la Commission et les Etats membres jusqu'en mai 2004.

³³ Document 7407/01 DROIPEN 29 ENV 139

³⁴ Doc COM (2001) 272 final.

³⁵ Voy. par exemple la décision du Conseil du 17 juin 2002 autorisant la Commission et la Présidence à négocier un accord unique entre la Communauté et l'Union d'une part, la Suisse d'autre part, associant cette dernière à la mise en oeuvre et au développement de l'acquis de Schengen. La Commission s'est -sans succès- opposée au recours à un accord mixte de la deuxième génération (Communauté et Union) lui préférant soit la conclusion d'un accord mixte de la première génération (Communauté/Etats membres) dont elle aurait assuré elle-même la négociation, soit la conclusion de deux accords parallèles (accord communautaire et accord de l'Union).

européen, de crainte de rompre un équilibre fragile, souvent acquis au terme de négociations fastidieuses. Par ailleurs, le traité ne prévoit de solliciter l'avis du Parlement européen ni sur les programmes de travail³⁶ et plans d'action³⁷ adoptés par le Conseil, dont certains revêtent une importante politique certaine, ni sur les positions communes arrêtées par le Conseil dans le cadre des négociations internationales. Par ailleurs, l'article 24 du TUE ne prévoit aucune forme d'information ou de consultation du Parlement européen dans le cadre de la négociation d'accords de l'Union avec les pays tiers ou les organisations internationales.

-Les compétences de la CJCE sont nettement insuffisantes pour assurer une protection juridictionnelle effective des individus contre les actes du titre VI du TUE qui porteraient atteintes à leurs libertés individuelles. Le recours en annulation des actes du titre VI du TUE n'est en effet accessible qu'à la Commission et aux Etats membres (article 35.6 TUE) et il ne peut porter sur « la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un Etat membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux Etats membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure » (article 35.5 TUE). Le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, qui constitue la seule voie alternative au recours en annulation, n'est ouvert en outre qu'aux juridictions des douze Etats membres qui ont fait la déclaration prévue par l'article 35.2 du TUE.

III. PERSPECTIVES DE REFORME

1. Cadre général

1.1. Plutôt que de proposer un mouvement analogue à celui que le traité d'Amsterdam a réalisé en matière d'immigration, d'asile et de coopération judiciaire civile consistant à faire passer « en bloc » la coopération policière et judiciaire pénale du pilier intergouvernemental au pilier communautaire, il est suggéré, compte tenu de la nature particulière des questions de sécurité intérieure, d'emprunter des éléments des deux méthodes selon la nature des fonctions à exercer. Il est, ainsi, suggéré de mieux différencier la fonction législative et la fonction gouvernementale et de soumettre la première aux éléments principaux de la méthode communautaire et la seconde à ceux de la méthode intergouvernementale. Ces propositions s'inscrivent dans le contexte plus général, qui semble progressivement s'imposer dans le cadre de la convention européenne, d'un traité constitutionnel

³⁶ Voy. par ex. les programmes de mesures destinés à mettre en oeuvre le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale (JOCE C 12 du 15/01/2001, p. 10) et en matière civile (JOCE C 12 du 15/01/2001, p. 1)

³⁷ Voy. par ex. le plan d'action de l'Union européenne en vue d'une action commune en faveur de la Russie pour lutter contre la criminalité organisée (JOCE C 106 du 13/04/2000, p. 5) ou le plan d'action contre le terrorisme adopté sous la forme de conclusions du Conseil le 20 septembre 2001 (doc. 12156/02)

unique assurant une fusion de la Communauté et de l'Union et une suppression des piliers.

1.2. Fonction législative : pour autant qu'un type de criminalité ait été identifié à l'unanimité par le Conseil, voire par le Conseil européen (cfr infra), comme requérant une action de l'Union européenne, la législation tendant soit à l'harmonisation du droit pénal des Etats membres, soit à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle serait adoptée selon la procédure communautaire prévue par l'article 251 du TCE : la décision serait prise par le Conseil à la majorité qualifiée, en co-décision avec le Parlement européen. Le seul tempérament que l'on suggère d'apporter à la méthode communautaire consiste à maintenir un droit d'initiative partagé entre la Commission et les Etats membres. Certes, les Etats membres ont, dans le passé, exercé ce droit d'initiative de manière parfois passablement anarchique, en réaction souvent à des événements exclusivement nationaux, ce qui a pour effet de perturber la cohérence des travaux du Conseil. Il n'empêche que :

- l'expérience montre que les projets soumis par un seul Etat membre qui n'intéressent aucun autre sont rarement, sinon jamais, discutés.
- plusieurs initiatives originales ont, dans un passé récent, été prises par les Etat membres. L'on songe par exemple à la proposition de la Suède, du Portugal, de la Belgique et de la France de créer Eurojust ou à la proposition du Danemark en matière de confiscation des avoirs criminels.
- il peut arriver que la Commission elle-même éprouve des difficultés à prendre une initiative en raison des divisions qui la traversent. L'on songe, par exemple, au souhait exprimé par les services de police, au lendemain des attentats terroristes du 11 septembre 2001, de voir le Conseil adopter un acte imposant aux opérateurs dans le secteur des télécommunication (fournisseurs d'accès à Internet, opérateurs de communications téléphoniques principalement) de conserver pendant une certaine période (12 mois, voire davantage) le détail du trafic assuré. Les vues opposées des services de la Commission en charge de la protection des données à caractère personnel (DG marché intérieur) et des services en charge de la coopération policière (DG Justice et affaires intérieures) sur cette délicate question empêche la Commission de prendre une initiative en la matière. De la même manière, il n'est pas certain que la Commission européenne aurait saisi le Conseil d'un projet tendant à créer Eurojust compte tenu de la priorité qu'elle accorde à la création d'un Procureur européen.
- enfin, la Commission détient de plus en plus un monopole de fait en termes d'initiative, peu d'Etats membres étant disposés à distraire les ressources humaines nécessaires à la confection d'une initiative qui suppose l'examen minutieux de la législation de tous les Etats membres, la consultation des intéressés (barreaux, ong, société civile, etc.).

Afin d'atténuer les dérives observées, il est souhaitable cependant de discipliner mieux le droit d'initiative des Etats membres. Plusieurs formules sont possibles, à cet égard. L'on pourrait prévoir que le Conseil ne puisse être saisi d'une initiative législative qu'autant qu'elle émane d'un quart ou d'un tiers des Etats membres. L'on pourrait, alternativement, prévoir qu'une initiative d'un Etat membre ne puisse être discutée par les instances du Conseil qu'autant qu'elle ait été, au préalable, prise en considération par le Conseil à la majorité simple en fonction de sa compatibilité avec les priorités de politique criminelle arrêtées par le Conseil ou le Conseil européen (cfr infra). L'on pourrait également imaginer que les initiatives émanant de la Commission puissent être adoptées par le Conseil à la majorité qualifiée alors que celles des Etats membres devraient recueillir l'unanimité.

Développer les modalités d'exercice de la fonction législative conduit à évoquer la question de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres en matière pénale : faut-il, comme certains le proposent, limiter l'action de l'Union aux seules formes de criminalité à caractère transfrontalier dont la liste serait insérée dans le traité ? La réponse à cette question suppose que l'on détermine les raisons pour lesquelles il est souhaitable que l'Union harmonise le droit pénal, matériel et procédural, des Etats membres. Cette question n'est pas sans intérêt depuis que le Conseil européen a affirmé, lors de sa réunion de Tampere en octobre 1999, que la reconnaissance mutuelle devenait la pierre angulaire de la coopération judiciaire. C'est qu'en effet, sous l'empire du traité de Maastricht, l'harmonisation du droit pénal des Etats membres avait essentiellement pour objectif de supprimer l'une des entraves les plus fréquemment identifiées à la coopération judiciaire, à savoir l'exigence de double incrimination requise pour l'exécution tant d'une demande d'extradition que d'une mesure coercitive, comme une saisie, une perquisition ou une interception téléphonique. Dès lors que les décisions judiciaires, tant pré-sentencielles que définitives, doivent être reconnues et exécutées automatiquement, la nécessité d'harmoniser le droit pénal des Etats membres semble perdre, à première vue, une grande partie de sa pertinence ! Il n'en est rien, cependant.

L'harmonisation du droit pénal des Etats membres poursuit, au moins, cinq objectifs :

1. Assurer une fonction « signal » : indépendamment de son caractère transfrontalier, l'Union européenne peut avoir intérêt à harmoniser l'incrimination d'un comportement ainsi que le niveau de sanction qui lui est attaché, parce que celui-ci porte atteinte aux valeurs qui la fondent. L'on songe, par exemple à la répression du racisme, de la xénophobie ou de la pédo-pornographie. Le fait de disposer d'une législation harmonisée au niveau de l'Union n'est, de surcroît, pas sans intérêt au plan externe. L'on reproche, en effet, souvent à l'Union d'être peu influente dans la production des

normes internationales, en comparaison avec les Etats-Unis³⁸. L'exemple récent des négociations de la convention des Nations Unies sur la criminalité organisée et de celle sur la répression du terrorisme montre que lorsque l'Union européenne dispose d'une norme harmonisée, en l'espèce – respectivement- la définition du crime de participation à une organisation criminelle et d'acte de terrorisme ou de participation à une organisation terroriste, elle est en position d'imposer ses définitions et ses standards.

2. Eviter l'effet "sanctuaire" : il n'est pas absurde, en termes criminologiques, d'affirmer que les organisations criminelles ont tendance à concentrer, sinon leurs activités à tout le moins, le produit de leurs activités sur le territoire des Etats les moins disants en matière de répression.

3. Donner aux citoyens un sentiment commun de justice

4. Tirer les conséquences de la libre circulation des personnes. L'exercice effectif des droits de citoyenneté suppose que les citoyens européens puissent exercer leur droit à la libre circulation et au séjour sans être confrontés à des formes graves de criminalité. Même sans qu'elle n'ait pris une dimension transfrontalière, la criminalité organisée existante dans certaines parties de l'espace concerne aussi les citoyens qui n'y résident pas.

5. Faciliter la réalisation de la reconnaissance mutuelle et l'action des agences de coopération policière et judiciaire (Europol et Eurojust). Le principe de reconnaissance mutuelle requiert un degré élevé de confiance des autorités judiciaire dans la qualité de leurs ordres juridiques respectifs. Une manière d'accroître cette confiance consiste à rapprocher progressivement le droit pénal, matériel mais aussi, et peut-être surtout, procédural des Etats membres. L'expérience de la coopération entre les pays nordiques en témoigne³⁹. C'est du reste la raison principale pour laquelle la Commission a saisi les Etats membres d'une communication, et devrait déposer à bref délai un projet de décision-cadre, portant sur l'harmonisation des garanties procédurales minimales dans le domaine pénal. Par ailleurs, l'octroi de pouvoirs renforcés à Europol et Eurojust suppose que l'on définisse de manière harmonisée les formes de criminalité qu'ils ont la charge d'investiguer et de poursuivre.

³⁸ Voy. Sur cette question, Laurent Cohen-Tanugi, « L'influence normative internationale de l'Union européenne : une ambition entravée », Les notes de l'Ifri, La documentation française, 2002, 43p.

³⁹ Voy. Petter Asp, "The Nordic "System" for Mutual Recognition in Criminal Matters", in G. de Kerchove et A. Weyembergh, La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, op.cit, pp. 223-226

En conclusion, l'insertion dans le traité d'une liste d'infractions qui circonscrirait la compétence de l'Union en matière législative paraît tout à la fois complexe, rigide et réductrice. Elle est complexe parce qu'au delà des « euro-crimes » que sont l'atteinte aux intérêts financiers de la Communauté et la contrefaçon de l'euro, il est peu de comportements criminels qui soient européens par nature. Il est nécessaire de faire appel à une série de critères tels que la dimension et les effets du comportement criminel, l'existence d'une organisation établie sur le territoire de plus d'un Etat membre etc. Elle est excessivement rigide parce qu'elle conduit à devoir entreprendre une révision du traité chaque fois que l'Union est confrontée à des formes de criminalité non reprises dans la liste⁴⁰. Elle est réductrice enfin, parce qu'elle participe d'une vision dépassée du projet européen en matière pénale. Il ne s'agit plus, comme on s'est efforcé de le montrer ci-avant, de réduire l'action de l'Union européenne aux questions transfrontalières et de compenser la suppression des contrôles aux frontières intérieures mais bien de créer un authentique espace de liberté, de sécurité et de justice.

1.3. Fonction gouvernementale : le Conseil se doit, selon la méthode intergouvernementale et à l'unanimité, de poursuivre deux objectifs principaux en la matière :

-Il s'agit tout d'abord de déterminer des priorités de politique criminelle afin d'orienter l'action des divers acteurs européens et nationaux en matière pénale, qu'il s'agisse d'Europol, d'Eurojust, des policiers et des magistrats des Etats membres, mais aussi de la Commission lorsqu'elle élabore et exécute les programmes financiers à charge du budget communautaire. Cette fonction est nouvelle et délicate. Il est souhaitable que le Conseil l'exerce en dialogue avec le Parlement européen et en s'appuyant sur les analyses d'Europol, les suggestions d'Eurojust et les propositions de la Commission. On pourrait imaginer, en outre, que ces priorités soient ensuite soumises au Conseil européen pour approbation.

-Il s'agit ensuite d'assurer la coordination de l'action opérationnelle des services en charge des enquêtes et des poursuites au sein de l'Union dans le cadre des priorités ainsi définies. Le bilan à cet égard est particulièrement maigre. La « Task Force des Chefs de Police » créée par le Conseil européen lors de sa réunion de Tampere n'a malheureusement pas encore répondu aux attentes. La frilosité des ministères de l'intérieur a empêché de voir se concrétiser pleinement les promesses d'Amsterdam en ce qui concerne l'octroi à Europol de pouvoirs plus opérationnels (article 30.2

⁴⁰ Un exemple récent montre que l'on ne peut pas tout prévoir : le crime de torture ne figure pas en effet, de manière bien involontaire, parmi les trente deux infractions vis-à-vis desquelles le principe de double incrimination n'est pas requis pour l'exécution d'un mandat d'arrêt européen !

TUE). Il est paradoxal de constater qu'en marge des traités, le Conseil (Affaires générales) ait pu, à la suite des accords de Saint Malo entre la France et le Royaume-Uni, développer les instruments nécessaires à la réalisation des missions de Petersberg (article 17.2 TUE) en dotant notamment le Conseil d'un Etat major militaire, en créant un comité de politique et de sécurité siégeant en permanence à Bruxelles ainsi qu'un comité militaire alors que le Conseil (Justice et affaires intérieures), confronté à un développement préoccupant de la criminalité organisée - singulièrement en matière de trafic des êtres humains et de drogue et de terrorisme -, se soit contenté de deux réunions des chefs de police par an et d'une agence criminelle faiblement alimentée en informations criminelles. Il convient de réfléchir rapidement au développement, au sein du Conseil et en étroite collaboration avec Europol et Eurojust, d'une capacité d'organiser et de conduire des opérations de police tendant au démantèlement des filières criminelles.

2. Réformes spécifiques

2.1. Effectivité :

- Contrôle : il est indispensable de rendre les articles 226 à 228 du TCE applicables à la coopération policière et judiciaire pénale afin de permettre à la Commission de contrôler la correcte transposition des actes de l'Union en droit interne et de saisir, au besoin, la CJCE. Plus délicate est la question de savoir si pareil mécanisme devrait permettre à la Commission d'évaluer l'adéquation des structures nationales dans le domaine répressif (organisation des services de police et des parquets, ressources, méthodes, etc.) avec les objectifs de l'Union. S'agissant d'apprécier en opportunité la manière dont les Etats membres organisent leur service de police, de renseignements et leur structure judiciaire, domaines que la subsidiarité commande de maintenir essentiellement au niveau national, il semble préférable de confier pareils contrôles au Conseil. A cet égard, l'expérience positive du mécanisme d'évaluation "par les pairs", utilisé dans le domaine de l'entraide judiciaire pénal⁴¹, de la lutte contre la drogue⁴² et contre le terrorisme⁴³ ou de Schengen⁴⁴ conduit à proposer d'en consacrer le principe dans le futur traité constitutionnel.

⁴¹ Voy. le rapport final sur le premier exercice d'évaluation consacré à l'entraide judiciaire en matière pénale, JOCE C 216 du 01/08/2001, pp. 14-26.

⁴² Evaluation en cours sur la base de l'action commune du 5 décembre 1997 instaurant un mécanisme d'évaluation de l'application et de la mise en oeuvre au plan national des engagements internationaux en matière de lutte contre la criminalité organisée, JOCE L 344 du 15/12/1997, pp. 7-9.

⁴³ Décision du Conseil du 28 décembre 2002 instaurant un mécanisme d'évaluation des dispositions juridiques en matière de lutte contre le terrorisme et de leur mise en oeuvre au plan national (doc. 8811/4/02).

⁴⁴ Décision du Comité Exécutif du 16/09/1998 concernant la création d'une Commission permanente d'évaluation et d'application de Schengen, JOCE L 239 du 22/09/2000, pp. 138-143.

- Actes juridiques : En plus de l'abandon de l'instrument de la convention, il est souhaitable, pour des raisons évidentes de lisibilité et d'efficacité (effet direct, notamment) de substituer aux décisions-cadre et aux décisions les directives et règlements communautaires (ou les instruments qui les remplaceront). Afin d'assurer le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, mais surtout d'associer les parlements nationaux à l'élaboration des normes pénales, il serait utile, en outre, de prévoir le recours au règlement pour l'harmonisation du droit pénal procédural et à la directive pour l'harmonisation du droit pénal matériel. Si les positions communes et les accords basés sur les articles 24/38 du TUE devaient être maintenus, il conviendrait d'en affiner les effets juridiques. En l'état actuel, en effet, un accord conclu par l'Union ne peut directement lier les Etats membres et amender les traités bilatéraux existants. Ce n'est qu'en vertu du droit de l'Union que les Etats membres doivent prendre les mesures nécessaires au respect des obligations souscrites par l'Union.

2.2. Efficacité:

- Généralisation de la majorité qualifiée : il est exclu que le Conseil composé de 25 membres, voire plus, puisse adopter, à l'unanimité, des actes législatifs dans le domaine pénal ayant un quelconque contenu. Si le recours à la majorité qualifiée devait s'avérer trop audacieux dans certains domaines (par. ex. l'harmonisation du droit pénal matériel), il conviendrait d'explorer des formules alternatives, telles que la majorité superqualifiée ou le recours à l'abstention constructive (celle-ci permettrait à un Etat membre dont le parlement refuserait "pour des raisons de politique nationale importantes" l'adoption d'un acte par le Conseil, de ne pas être lié par celui-ci pendant une certaine période).

- Recours aux coopérations renforcées : A l'averse du marché intérieur, l'espace pénal s'accommode d'une certaine fragmentation. L'expérience réussie de Schengen invite à recommander la création entre les Etats membres les plus ambitieux d'un authentique espace judiciaire pénal, dans lequel les dernières entraves à la coopération, comme l'exigence de double incriminisation, serait complètement supprimées.

- Attribution à la Commission de la tâche d'exécuter les actes du Conseil, lorsque ceux-ci requièrent une mise en oeuvre au niveau de l'Union⁴⁵.

⁴⁵ L'article 41 par. 1 du TUE ne fait en effet pas référence à l'article 202 du TCE

2.3 Complexité :

La suppression des piliers, ainsi que la fusion de la Communauté et de l'Union dans un traité unique, contribueront incontestablement à unifier la conduite des politiques dans le domaine de la sécurité, tant dans leurs aspects internes qu'externes.

2.4 Légitimité :

- Parlement européen : l'association en codécision du Parlement européen à l'élaboration des normes et sa consultation sur les programmes de travail contribueront significativement à combler le déficit démocratique évoqué ci-avant. Il conviendrait en outre, de réfléchir à la manière d'associer le Parlement européen ainsi que les parlements nationaux aux contrôles d'Europol, au fur et à mesure que les pouvoirs opérationnels de celui-ci se développeront. L'expérience belge d'un comité de surveillance des services de police, collatéral du parlement national, pourrait servir de source d'inspiration à cet égard.

- CJCE : En plus d'une normalisation complète des compétences de la CJCE à l'égard des actes du titre VI du TUE, il n'est pas inutile de s'interroger sur l'opportunité d'instituer un recours direct des particuliers contre les actes du titre VI qui porteraient atteinte à leurs libertés individuels.

3. **Dispositions normatives**

Au delà des aspects purement institutionnels, la réforme du IIIème pilier offre l'occasion d'insérer dans le Traité une série de dispositions "constitutionnelles" exprimant le type d'Europe pénale que l'on souhaite atteindre et l'ampleur des pouvoirs à attribuer aux acteurs intégrés.

- Insertion du principe de reconnaissance mutuelle dans le Traité : A l'instar de la constitution américaine qui formule le principe selon lequel un Etat doit accorder aux jugements d'un autre Etat "*full faith and credit*"⁴⁶, il est souhaitable que le futur traité constitutionnel de l'Union européenne consacre juridiquement le principe de reconnaissance mutuelle que le Conseil européen, lors de sa réunion de Tampere, a considéré comme "la pierre angulaire" de la coopération judiciaire dans les domaines civil et pénal.

- Renforcer les politiques de prévention : le reproche souvent adressé à l'Union européenne de privilégier l'approche répressive n'est pas totalement dénué de fondement. Aussi est-il souhaitable d'accentuer, dans le futur traité constitutionnel, les politiques de prévention afin de passer progressivement d'un espace judiciaire pénal européen à un espace européen de justice pénale.

- Mieux définir les pouvoirs des acteurs :

Signe du dynamisme du Conseil mais aussi d'une réflexion non encore aboutie sur l'architecture institutionnelle souhaitée, une profusion d'acteurs, aux tâches passablement concurrentes, ont été créés au cours des dernières années: Europol, Eurojust, Olaf, Réseau Judiciaire européen, Collège européen de Police, Task Force des Chefs de Police, Réseau européen de Prévention de la criminalité, Réseau européen de Formation Judiciaire, club de Berne⁴⁷, etc.

Le temps est venu d'y mettre bon ordre et de définir avec clarté les compétences et le degré d'intensité des pouvoirs que l'on entend conférer, à terme, aux agences de l'Union en charge des enquêtes et des poursuites.

⁴⁶ "*Full faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State; And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof*".

⁴⁷ Sur ce thème, voy. H. Nilsson, "Proliferation or concentration of the Actors in the JHA Area?", in G. de Kerchove et A. Weyembergh, *l'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, pp. 63-79.

- S'agissant d'**Europol**, la priorité devrait être accordée à sa transformation en une agence de l'Union, ce qui suppose que l'on substitue à la convention qui le crée un acte unilatéral du Conseil (un règlement). Il est souhaitable également de définir avec plus de précisions que ne le fait l'actuel article 30(2) du TUE les pouvoirs opérationnels des agents d'Europol appelés à participer activement aux équipes conjointes d'enquête et de rendre contraignantes les demandes tendant à l'ouverture d'enquêtes qu'Europol peut adresser aux polices nationales. L'accroissement des pouvoirs d'Europol devrait se réaliser graduellement. L'on pourrait par exemple commencer par lui confier la coordination des enquêtes liées aux crimes contre l'Europe (fraudes au budget communautaire, contrefaçon de l'Euro en dehors de l'Union, notamment) ainsi que les enquêtes impliquant plus de trois Etats membres. La fusion d'Europol et de l'OLAF, proposée ci-après, s'inscrit dans ce contexte. Pareille approche suppose que l'on insère dans le futur traité constitutionnel une habilitation permettant au Conseil, conformément à la procédure visée à l'article 251 du TCE, de développer Europol par étapes. La transformation d'Europol d'une agence d'analyse criminelle en une agence plus opérationnelle devra inévitablement s'accompagner d'un renforcement du contrôle démocratique (voy. ci-avant la proposition d'établir un comité de surveillance collatéral au Parlement européen), d'une révision du régime d'immunité dont bénéficie aujourd'hui le personnel d'Europol et d'un contrôle par Eurojust de la manière dont Europol s'acquitte de ces nouvelles tâches.

- Il est proposé de procéder de manière analogue en ce qui concerne **Eurojust**, en habilitant, dans le futur traité constitutionnel, le Conseil à la développer graduellement, conformément à la procédure prévue à l'article 251 du TCE, jusqu'à lui conférer des pouvoirs de poursuites propres.

Ceci permettrait de tester la proposition de la Commission de créer un Procureur européen⁴⁸ en en confiant la responsabilité soit à un seizième membre d'Eurojust, soit, ce qui serait préférable, aux quinze membres agissant comme collègue. Ici, également, l'accroissement des pouvoirs d'Eurojust devrait s'accompagner d'une accentuation des contrôles:

- contrôle politique : s'il est indispensable de garantir une indépendance absolue d'Eurojust dans la conduite des affaires concrètes dont elle a la charge, il n'est pas souhaitable de lui laisser une autonomie totale dans ses choix de politique criminelle. Comme on l'a suggéré ci-dessus, la détermination des priorités de politique criminelle revient au Conseil, voire au Conseil européen.

⁴⁸ Voy. Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, COM (2001) 715 final

- contrôle juridique : l'asymétrie actuelle des pouvoirs conférés par les Etats membres à leur membre national pourrait avoir pour effet d'inciter Eurojust à privilégier, lorsqu'elle doit identifier, aux termes de l'article 6(a) (ii) de la décision créant Eurojust⁴⁹, l'autorité "la mieux placée pour entreprendre une enquête ou des poursuites", l'Etat membre auquel appartient le membre national disposant des pouvoirs les plus étendus⁵⁰. Pour éviter cette tentation de "forum shopping", l'on propose de reprendre la proposition de Mme C. Van Den Wyngaert⁵¹ de créer, au sein de la CJCE, une chambre préliminaire qui déciderait du renvoi d'une affaire devant la juridiction nationale compétente.

- La rationalisation souhaitée des acteurs conduit également à proposer de fusionner l'**OLAF** avec Europol et d'instituer un service interinstitutionnel d'enquête des cas de corruption internes aux institutions de l'Union.

- Enfin, les attentats terroristes du 11 septembre 2001 aux Etats-Unis ont amplement démontré la nécessité d'améliorer l'échange de renseignements entre les **services secrets** des Etats membres. Il est souhaitable que le futur traité constitutionnel formule une obligation en la matière et établisse la base légale d'une coopération renforcée, au sein du Conseil, des services de renseignement des Etats membres.

⁴⁹ JOCE L 63 du 06/03/2002, p. 1

⁵⁰ Pour plus de développements, voy. le document 9404/02 JAI 107 EUROJUST 16, p. 6

⁵¹ Ch. Van Den Wyngaert, *Corpus Juris*, parquet européen et juge national: vers une chambre préliminaire européenne?, in G. de Kerchove et A. Weyembergh, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, op. cit., pp. 131-138