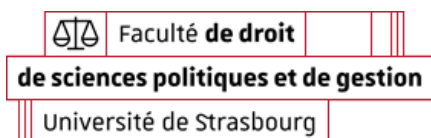


Mémoire de fin d'études
Master 2 Droit pénal de l'Union européenne

L'expérience franco-espagnole en matière d'équipes communes d'enquête

Sous la direction de Mme Juliette Lelieur

Faculté de Droit, de Sciences politiques et de Gestion
Université de Strasbourg



Remerciements

Je souhaite tout d'abord remercier Mme Juliette Lelieur pour ses conseils avisés et sa confiance lors de la préparation de ce mémoire.

Ensuite, je voudrais adresser mes remerciements aux praticiens qui ont accepté de répondre à mes questions et m'ont permis de mieux appréhender le côté pratique des équipes communes d'enquête. Toute ma gratitude à M. Renaud Van Ruymbeke pour son point de vue en tant que juge d'instruction, M. Jesús Santos et Mme Véronique Degermann pour les informations apportées depuis leur expérience de procureurs spécialisés dans la lutte contre le terrorisme, Mme Johanna Schapiro, membre du Bureau d'entraide pénale internationale du Ministère de la Justice, pour ses précisions sur la procédure d'approbation de l'accord de création des équipes, M. Francisco Jiménez-Villarejo pour les nombreux renseignements fournis depuis Eurojust, et surtout Mme Carmen Baena, pour avoir dissipé mes doutes sur la procédure pénale espagnole et montré tout son soutien à l'élaboration de ce mémoire.

J'aimerais également remercier mon père, ma marraine, ma sœur Héloïse et mon amie Julie, dont les remarques après relecture de mon mémoire m'ont été très précieuses. Enfin, merci à toute ma famille d'avoir cru en moi et donné autant d'amour.

Abréviations

AJ Pénal : Actualité Juridique Pénal

BEPI : Bureau d'Entraide Pénale Internationale

CAAS : Convention d'Application des Accords de Schengen

Cour EDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

Convention EDH : Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales

DACG : Direction des Affaires Criminelles et des Grâces

DEE : Décision d'Enquête Européenne

ECE : Equipe Commune d'Enquête

ECI : Equipo Conjunto de Investigación

EIPA : European Institute of Public Administration

ENM : Ecole Nationale de la Magistrature

ETA : Euskadi ta Askatasuna (« Pays Basque et Liberté »)

JIRS : Juridictions Interrégionales Spécialisées

JIT : Joint Investigation Team

LECrIm : Ley de Enjuiciamiento Criminal

LECI : Ley reguladora de los Equipos Conjuntos de Investigación penal en el ámbito de la Unión Europea

LOPJ : Ley Orgánica del Poder Judicial

OEDT : Observatoire Européen des Drogues et des Toxicomanies

PAO : Plan d'Action Opérationnel

REE : Revista de Estudios Europeos

RSC : Revue de Science Criminelle et de droit pénal comparé

TFUE : Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

TUE : Traité sur l'Union Européenne

TVA : Taxe sur la Valeur Ajoutée

Sommaire

INTRODUCTION.....	1
TITRE 1 : LES ACQUIS.....	6
CHAPITRE 1 : La constitution d'une équipe commune d'enquête.....	6
CHAPITRE 2 : La phase opérationnelle de l'équipe.....	25
TITRE 2 : LES DEFIS.....	42
CHAPITRE 1 : Les conflits de compétences juridictionnelles.....	43
CHAPITRE 2 : L'admissibilité des preuves recueillies.....	63
CONCLUSION.....	80

Le 16 avril 2018 est une date historique dans la lutte contre ETA – *Euskadi ta Askatasuna*. Ce jour-là, l'organisation terroriste rédige une lettre, publiée ensuite le 2 mai par le journal espagnol *El Diario*, dans laquelle elle annonce la dissolution complète de toutes ses structures, mettant donc fin à « son cycle historique et sa fonction »¹.

Cette annonce, qui suit le cessez-le-feu définitif prononcé le 20 octobre 2011² et le désarmement de l'organisation le 8 avril 2017³, est la dernière étape d'un long processus de démantèlement du groupe radical, dans lequel les autorités policières et judiciaires françaises et espagnoles ont dû unir leurs forces.

En effet, cela fait plusieurs décennies qu'ETA frappe durement le territoire espagnol. Fondé en 1969, le mouvement s'oppose à l'origine au régime dictatorial franquiste. Toutefois, après l'avènement de la démocratie, suite à la mort du Général Francisco Franco en 1975, ETA ne disparaît pas mais concentre sa lutte sur l'obtention de l'indépendance du Pays Basque⁴. Bien qu'également composée d'une branche politique, l'organisation est plutôt connue pour ses méthodes violentes, incluant enlèvements, assassinats et attentats⁵.

En octobre 2001, lors du sommet de Perpignan entre le chef du Gouvernement espagnol José María Aznar et le Président français Jacques Chirac, un groupe de travail binational est constitué afin de « rechercher et mettre en œuvre les moyens d'améliorer la coopération opérationnelle antiterroriste »⁶. L'importance de ce sommet doit être soulignée à double titre, d'une part vis-à-vis de la coopération franco-espagnole et d'autre part s'agissant de la coopération judiciaire et policière dans l'Union européenne.

En premier lieu, le sommet de Perpignan est considéré comme un point de basculement dans la lutte contre le terrorisme basque, puisque c'est le début de la participation de la France⁷, considérée jusqu'alors comme une terre d'abri pour les *etarras*⁸.

Par ailleurs, les réflexions menées au sein du groupe de travail binational seront ensuite en grande partie reprises au niveau européen et donneront lieu à de réelles avancées concernant la coopération en matière pénale dans l'Union européenne. C'est le cas par exemple du mandat d'arrêt européen et des équipes communes d'enquête, instruments adoptés tous deux sous présidence espagnole de l'Union européenne, le 13 juin 2002⁹.

Bien qu'ils aient été institués au même moment, ces deux outils ne bénéficient pas du même rayonnement. En effet, si le mandat d'arrêt européen est connu de la plupart du public, plus ou moins

¹ Lettre disponible en espagnol sur le site Internet du journal : https://www.eldiario.es/norte/DOCUMENTO-carta-ETA-anuncia-disolucion_0_767123640.html

² « L'ETA annonce un "cessez-le-feu définitif" », *RFI*, 21 octobre 2011

³ « ETA rend les armes et s'approche de l'auto-dissolution », *Libération*, 17 mars 2017

⁴ Pour plus de détails sur l'histoire d'ETA, voir Jacqueline MESTARI-DOTOR, *La collaboration franco-espagnole dans la lutte contre le terrorisme : l'exemple d'ETA*, mémoire de 4^{ème} année d'IEP sous la direction de Jean-Christophe ROMER, Strasbourg, 2002

⁵ Entre 1968 et 2010, ETA aurait tué 845 personnes, principalement en Espagne mais aussi en France (Université du Pays Basque, *Los contextos históricos del terrorismo en el País Vasco y la consideración social de sus víctimas*, 2014, tableau p. 165)

⁶ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, coll. « Questions judiciaires », Presses Universitaires de France, 2012, p. 62

⁷ Jesús SANTOS, ancien *Teniente Fiscal* (semblable au Procureur adjoint dans le système français) au sein de l'*Audiencia Nacional* et membre du groupe de travail binational, parle de « *un antes y un después de los acuerdos de Perpiñan* » (entretien téléphonique réalisé le 10 juillet 2018, pour tout commentaire de M. SANTOS).

⁸ L'Etat français a refusé jusqu'aux années 80' d'extrader vers l'Espagne les membres présumés d'ETA, ne considérant pas l'organisation comme terroriste mais comme menant une lutte contre le régime dictatorial du Général Franco. Sur la lutte contre ETA avant le sommet de Perpignan, voir notamment Emmanuel-Pierre GUITTET, *Antiterrorisme clandestin, antiterrorisme officiel : chroniques espagnoles de la coopération en Europe*, Athéna Editions, 2010

⁹ Respectivement décisions-cadres 2002/584/JAI et 2002/465/JAI. Jesús SANTOS estime que le rôle de la France et de l'Espagne au sein du Conseil dans l'adoption de ces instruments a été « déterminant ».

rigoureusement certes, et a donné lieu à une jurisprudence fournie¹⁰, les équipes communes d'enquête jouissent d'une renommée bien moindre. Ainsi, dans les conclusions de sa réunion de 2011, le Réseau d'experts ECE (ou Réseau JITS) au sein d'Eurojust¹¹ soulignait que le manque d'informations sur les équipes communes d'enquête parmi les professionnels restait un obstacle à leur développement¹². Pourtant, leur impact sur la répression de la criminalité ne doit pas être négligé.

En outre, les différents rapports annuels d'Eurojust montrent que les équipes communes d'enquête sont de plus en plus utilisées chaque année. Ainsi, en 2017, Eurojust soutenait 200 équipes, contre 122 en 2014^{13,14}. Selon le rapport de 2017, la France était le troisième pays dans la participation aux équipes communes d'enquête, après le Royaume-Uni et la Roumanie¹⁵.

Le recours par la France aux équipes communes d'enquête est particulièrement développé, et ce fut elle qui mit sur pieds la première équipe au sein de l'Union européenne. Celle-ci fut constituée avec l'Espagne en septembre 2004, afin d'enquêter sur les attentats perpétrés à l'été 2003 par ETA dans des stations balnéaires espagnoles¹⁶. Les deux pays conclurent ensuite de nombreuses autres équipes ensemble, faisant de cet instrument un outil prioritaire de leur coopération pénale. Ainsi, des vingt équipes communes d'enquête constituées par la France entre 2004 et 2008, douze l'avaient été avec l'Espagne¹⁷.

Rendue nécessaire au début par la lutte contre ETA, la coopération des autorités françaises et espagnoles s'est poursuivie et étendue à d'autres domaines d'infractions, telles que le trafic de stupéfiants ou la fraude fiscale. C'est ainsi que malgré le démantèlement d'ETA, la France et l'Espagne restent des partenaires privilégiés. En effet, en 2017, les équipes constituées avec des autorités françaises représentaient un tiers des équipes conclues par les autorités espagnoles¹⁸. De même, l'Espagne est le deuxième pays, après la Belgique, avec lequel la France a conclu le plus d'équipes communes d'enquête depuis 2004, selon les chiffres du Bureau d'entraide pénale internationale du Ministère de la Justice¹⁹.

Les autorités françaises et espagnoles ont donc une expérience conjointe approfondie des équipes communes d'enquête, laquelle fera l'objet de ce travail de recherche. Néanmoins, avant d'entrer dans les détails de la pratique franco-espagnole, quelques indications préliminaires sur l'instrument semblent requises.

¹⁰ Notamment, en matière de droits fondamentaux ; voir par exemple CJUE, grande chambre, *Melloni*, 2013, C-399/11 ou CJUE, grande chambre, *Piotrowski*, janv. 2018, C-367/16

¹¹ Le Réseau JITS, composé d'au moins un expert par Etat membre, a été créé en 2005 afin d'améliorer la pratique des équipes communes d'enquête.

¹² Ce document, ainsi que les conclusions des réunions des années précédentes et suivantes, peut être trouvé sur le site d'Eurojust : <<http://www.eurojust.europa.eu/Practitioners/JITs/jitsnetwork/Pages/JITs-meetings.aspx>>.

¹³ Nombres extraits de graphiques, à la page 21 de chaque rapport. Ceux-ci peuvent être lus à partir du site web d'Eurojust : <<http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/corporate/Pages/annual-reports.aspx>>.

¹⁴ Toutes les ECE existantes ne sont pas soutenues par Eurojust, donc il est également possible de justifier l'augmentation par un soutien plus accru de l'organe européen ou par une meilleure information par les Etats membres des équipes mises en place. Il s'agit de facteurs combinés.

¹⁵ Rapport de 2017, second graphique de la page 21

¹⁶ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, op. cit., p. 67

¹⁷ Nadja LONG, Direction générale des politiques internes du Parlement européen, « Mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des équipes communes d'enquête au niveau national et au niveau européen », 2009, p. 37

¹⁸ *Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust*, Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO, tableau p. 148-149

¹⁹ Information fournie par Johanna SCHAPIRO, membre du BEPI (entretien téléphonique réalisé le 18 juillet 2018, pour tout commentaire de Mme SCHAPIRO)

L'adoption de l'instrument des équipes communes d'enquête

De façon succincte, les équipes communes d'enquête peuvent être définies comme des « équipe[s] d'enquête créée[s] d'un commun accord par les autorités compétentes de deux Etats membres au moins avec un objectif précis et pour une durée limitée pour effectuer des enquêtes pénales »²⁰. Cette définition reste incomplète, puisque le terme « autorités compétentes » peut regrouper de nombreux organes ou personnes distincts et indéterminés et qu'il n'est pas indiqué si l'enquête pénale ne concerne que l'enquête préliminaire ou aussi l'instruction.

Néanmoins, elle permet d'avoir une première idée de la notion d'équipes communes d'enquête et de se rendre compte, dès à présent et avant d'en détailler les différents éléments, du caractère innovant de l'instrument²¹. En effet, il s'agit de réunir au sein d'une même équipe les autorités d'au moins deux Etats afin d'enquêter sur une même affaire, ce qui s'oppose au principe de souveraineté des Etats en matière pénale.

Le dépassement des frontières dans le cadre de l'enquête pénale était toutefois devenu une nécessité face à l'essor de la criminalité transfrontière. En effet, la libre circulation des biens et des personnes dans l'Union européenne a entraîné de fait une libre circulation du crime. Il existait donc une inadéquation entre la grande mobilité offerte aux délinquants et la circonscription de l'enquête au territoire national, inadéquation que l'adoption de l'équipe commune d'enquête a contribué à réduire, en ce qu'elle permet aux enquêteurs de se déplacer d'un Etat à l'autre, et donc de suivre l'organisation criminelle²².

L'idée d'équipes communes d'enquête avait été inscrite dès le Traité d'Amsterdam, à l'article K.2, sous le terme toutefois d'« équipes conjointes ». Ensuite, le Conseil européen, lors du sommet de Tampere consacré à la création d'un Espace de liberté, sécurité et justice, en octobre 1999, a demandé que ces équipes soient « mises sur pied sans délai »²³.

Elles ont finalement été incluses dans la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale dans l'Union européenne du 29 mai 2000, à l'article 13. Cependant, face à la faible réactivité des Etats pour ratifier cette convention²⁴, il a été nécessaire de passer par un second instrument spécifique aux équipes communes d'enquête pour les voir entrer en application le plus rapidement possible.

En effet, suite aux attentats du 11 septembre 2001, la Belgique, la France, l'Espagne et le Royaume-Uni ont pris l'initiative de demander au Conseil d'adopter une décision-cadre relative aux équipes communes d'enquête afin de pouvoir mettre en œuvre ces dernières indépendamment de l'état de ratification de la Convention de 2000. Cette décision-cadre a été adoptée le 13 juin 2002 et il est prévu qu'elle reste en vigueur tant que la Convention de 2000 ne sera pas applicable à tous les Etats membres de l'Union au moment de son adoption²⁵. Aujourd'hui, seule la Grèce n'a pas encore ratifié la Convention.

Selon son article 4, la décision-cadre devait être transposée dans les ordres internes avant le 1^{er} janvier 2003. Seuls trois Etats – le Danemark, la Lettonie et la Finlande – sont parvenus à respecter le délai imparti, la France et l'Espagne prenant un peu plus de temps. Les équipes communes d'enquête ont ainsi

²⁰ Nadja LONG, « Mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des équipes communes ... », *op. cit.*, p. 30

²¹ David TOUVET parle d'un « véritable saut qualitatif en matière d'entraide pénale », (in Olivier BEAUVALLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales*, Berger Levrault, 2014, p. 63).

²² André KLIP, *European Criminal Law: an integrative approach*, Intersentia, 2012, p. 447

²³ Conclusions de la réunion du Conseil européen disponibles à partir de ce lien : <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm>

²⁴ Adoptée en 2000, elle n'est entrée en vigueur qu'en 2005 après que dix-huit Etats membres l'ont signée et ratifiée, selon le régime applicable aux conventions « troisième pilier » (art. K.6 d) du Traité d'Amsterdam).

²⁵ Article 5 de la décision-cadre

été incorporées au droit espagnol par une loi du 21 mai 2003²⁶ et au droit français par une loi du 9 mars 2004²⁷.

Il convient de souligner que la technique employée pour effectuer la transposition a été totalement différente entre les deux Etats. En France, ont été créés deux nouveaux articles dans le Code de procédure pénale, les articles 695-2 et 695-3, alors qu'en Espagne, la base juridique reste la loi de 2003, ses dispositions n'ayant pas été insérées dans la *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, équivalent du Code de procédure pénale.

De plus, l'étendue de la réglementation est très inégale d'un pays à l'autre. En effet, alors que les articles 695-2 et -3 sont peu détaillés et se contentent d'indiquer les cas où une équipe commune d'enquête peut être constituée et d'encadrer les pouvoirs des agents étrangers sur le sol français et des agents français sur le sol étranger, la LECI se compose de douze articles, complétés par des dispositions additionnelles, et tend à régir toutes les étapes de vie de l'équipe commune d'enquête, de sa constitution à son déroulement. Par ailleurs, le droit français ne donne aucune définition d'une équipe commune d'enquête, contrairement à la loi espagnole, qui en fixe une dans son article 2²⁸.

Ces quelques précisions historiques et textuelles ayant été faites, il convient de revenir au cœur même du sujet, à savoir l'expérience franco-espagnole en matière d'équipes communes d'enquête, et notamment d'établir l'intérêt de cette étude.

Précisions sur le travail de recherche

Le choix de mon sujet d'étude s'est tout d'abord porté sur les équipes communes d'enquête, en ce qu'elles me semblaient être un instrument de coopération judiciaire particulièrement audacieux²⁹. Toutefois, des travaux de recherche ayant déjà été menés sur les équipes communes d'enquête, il était nécessaire, pour que ce mémoire ne se contente pas de répéter des informations déjà connues, d'aborder l'étude du mécanisme sous un angle nouveau. C'est pourquoi il a été décidé d'envisager la question à partir de la pratique de deux pays, à savoir la France et l'Espagne.

Le choix de ces deux Etats n'est pas anodin et s'explique par plusieurs raisons, à la fois objectives et personnelles. En effet, il est indéniable que l'Espagne et la France partagent une longue expérience des équipes communes d'enquête, et de la coopération pénale de manière générale. Les quelques chiffres énoncés précédemment suffisent à en témoigner et de nombreux exemples dans les pages suivantes viendront confirmer ce constat.

Par ailleurs, au-delà d'une expérience riche d'un point de vue quantitatif, la France et l'Espagne ont mis en place une coopération très intéressante sous un angle qualitatif³⁰. La lutte contre ETA en est l'exemple le plus frappant et reste une référence en matière d'antiterrorisme³¹. Les multiples exemples concrets

²⁶ *Ley 11/2003 reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea*, dite « LECI »

²⁷ Loi n° 2004-204 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite « Loi Perben II »

²⁸ Il est possible de trouver la LECI sur le site du *Boletín Oficial del Estado* (Journal officiel espagnol) : <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-10288-consolidado.pdf>>.

²⁹ Il a été choisi à dessein de ne pas qualifier ici les équipes communes d'enquête de mécanisme de coopération policière, mais bien judiciaire, car, que ce soit en France ou en Espagne, une autorité judiciaire, qui peut être le Procureur de la République ou son pendant espagnol, le *Fiscal*, est toujours participante.

³⁰ Jesús SANTOS a ainsi souligné que la coopération franco-espagnole a été à partir des années 2000' une « référence », un « modèle » de ce que doit être la coopération bilatérale.

³¹ Edwin BAKKER et Joseph POWDERLY, « Dealing with Transnational Terrorism, the Concept and Practice of Joint Investigation Teams », *Security and Human Rights*, 2011, p. 19 : "One particular recent success story in this respect has been the series of highly successful bilateral JITs instituted by the French and Spanish governments with the aim of quelling Basque separatist violence".

d'équipes communes d'enquête franco-espagnoles et leurs résultats probants justifient donc déjà d'avoir choisi comme terrain d'étude la France et l'Espagne.

A ces considérations désintéressées, s'ajoutent en outre des motivations personnelles quant à ce choix. Il s'agit en premier lieu d'un affect particulier envers l'Espagne, qui ne s'explique pas réellement, et aussi de la possibilité de pouvoir lire sans problèmes de compréhension des ouvrages, textes de loi et articles de doctrine en espagnol, ce qui a constitué une part importante de mon travail.

Bien que des équipes communes d'enquête puissent désormais être créées avec des Etats tiers à l'Union européenne, l'étude de celles-ci n'a pas été incluse dans le cadre de ce mémoire. En effet, l'extension à des pays tiers pose des questions juridiques et pratiques particulières et pourrait faire l'objet d'un travail de recherche à part entière. De même, ne seront pas non plus traitées les équipes constituées entre l'Espagne, la France et un ou plusieurs autres Etats membres, ou juste mentionnées à titre d'exemples, puisqu'il faudrait alors se pencher sur les règles spécifiques découlant du droit interne de ce ou ces Etats.

Enfin, des équipes communes d'enquête pouvant être conclues par les autorités espagnoles et françaises, respectivement, depuis 2003 et 2004, un laps de temps suffisamment long s'est écoulé pour permettre d'avoir une vision plutôt complète de la mise en œuvre de l'instrument et d'établir ainsi un bilan précis de l'expérience franco-espagnole des équipes communes d'enquête, en en soulignant les points forts et les faiblesses.

Ce mémoire est fondé essentiellement sur de la recherche bibliographique, tant sur les équipes communes d'enquête en général que sur leur mise en œuvre entre la France et l'Espagne, ainsi que sur l'étude de certains cas concrets, à travers des articles de presse, quelques arrêts de tribunaux espagnols³² et les exemples fournis par les acteurs judiciaires joints.

Après un premier titre consacré aux acquis des équipes communes d'enquête franco-espagnoles, un second titre mettra en lumière les défis que doivent encore relever les deux Etats dans ce domaine.

³² Il n'a pas été possible de trouver dans la jurisprudence française des mentions explicites à des dossiers montés grâce à une équipe commune d'enquête.

Titre 1 : Les acquis

L'étude rétrospective des différentes équipes communes d'enquête constituées entre la France et l'Espagne permet de se rendre compte que les difficultés rencontrées avec cet instrument sont peu nombreuses et concernent notamment la phase de jugement à l'issue de l'enquête³³.

En dehors de ces quelques interrogations restantes, l'intérêt des équipes communes d'enquête est aujourd'hui unanimement reconnu³⁴. Les nombreuses années de coopération ont permis d'affiner la pratique et certains éléments vus comme des obstacles lors des premières équipes ne posent à l'heure actuelle plus aucun problème.

Ces acquis en matière d'équipes communes d'enquête entre la France et l'Espagne concernent deux phases, qui se déroulent aujourd'hui de façon fluide. Il s'agit, d'une part, de l'étape de la constitution de l'équipe (Chapitre 1), et, d'autre part, de sa mise en œuvre opérationnelle (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : La constitution d'une équipe commune d'enquête

Aujourd'hui, la création d'une équipe commune d'enquête entre la France et l'Espagne ne pose plus de grandes difficultés, puisque les quelques zones de flou existantes ont été peu à peu éclaircies, au fil des équipes constituées.

La question du champ d'application de l'équipe est ainsi totalement résolue (Section 1). De même, sa mise en place répond à une procédure maintes fois éprouvée et n'est donc pas une source de complications pour les autorités judiciaires à l'origine de l'équipe (Section 2). En outre, la France et l'Espagne ont maintenant développé des habitudes quant à la désignation des membres de l'équipe et aux pouvoirs qui peuvent leur être reconnus (Section 3).

³³ Cette question fera l'objet du Titre 2.

³⁴ Carmen BAENA, *Fiscal à la Fiscalía Antidroga* et experte espagnole du Réseau JITS, a ainsi dit que « il ne fait aucun doute que les équipes communes d'enquête sont une manière d'enquêter très utile, très efficace » (entretien téléphonique réalisé le 18 juillet 2018, pour tout commentaire de Mme BAENA).

Section 1 : Le champ d'application des équipes communes d'enquête

La première question que doit se poser une autorité judiciaire qui envisage de constituer une équipe commune d'enquête est celle de savoir si son projet entre bien dans le cadre juridique défini par son droit national et le droit de l'Etat d'où est issue l'autorité avec laquelle elle compte s'accorder. Identifier le champ d'application des équipes communes d'enquête est donc primordial.

Premièrement, concernant le champ d'application temporel, des équipes communes d'enquête peuvent être constituées entre la France et l'Espagne depuis que ces deux pays ont introduit dans leur ordre juridique cet instrument, à savoir donc depuis le 8 octobre 2004, date d'entrée en vigueur de la loi Perben II³⁵. S'agissant de la durée de l'équipe en elle-même, tant la décision-cadre que le texte espagnol de transposition exigent qu'elle soit « limitée »³⁶.

Ensuite, d'un point de vue spatial, l'Espagne et la France ayant toutes deux transposé la décision-cadre de 2002 et ratifié la Convention de 2000, leur faculté à conclure ensemble des équipes communes d'enquête est incontestable. Il faut toutefois ajouter ici une précision. En effet, bien que cela soit généralement le cas en pratique, les textes n'exigent pas qu'il soit procédé à des actes d'investigation sur le territoire des deux Etats participants. L'enquête pourra donc être menée uniquement en France ou en Espagne.

Enfin, le champ d'application matériel suppose de prendre en compte deux éléments, sur lesquels il convient de s'arrêter un peu plus longuement. D'une part, l'étude des infractions pour lesquelles ont été constituées des équipes communes d'enquête franco-espagnoles permet de déterminer deux domaines de prédilection à la création de ces équipes (§1). D'autre part, il est toujours exigé que les autorités judiciaires démontrent la nécessité d'une enquête commune (§2).

§1. Les faits investigués

L'examen des dispositions contraignantes de la décision-cadre et du texte espagnol montre que la seule condition posée quant aux faits investigués est qu'il doit s'agir d'une enquête pénale³⁷. Les autorités judiciaires françaises et espagnoles ont donc pu constituer des équipes communes d'enquête pour différents types d'infractions, allant de la fraude à la TVA aux actes terroristes, en passant par la traite d'êtres humains, les délits contre la propriété intellectuelle ou le trafic de stupéfiants et les infractions connexes telles que le blanchiment³⁸.

Toutefois, l'examen des équipes créées montre que sont principalement visés deux types de faits. En effet, des trente-cinq équipes conclues entre la France et l'Espagne depuis 2004, dix l'ont été s'agissant de faits de terrorisme (A), et vingt concernant le trafic de stupéfiants (B)³⁹.

³⁵ La loi régissant l'instrument en Espagne est entrée en vigueur précédemment.

³⁶ Article 1^{er} §1 de la décision-cadre et article 2 de la LECI. Les articles 695-2 et 695-3 du Code de procédure pénale français restent muets sur la question.

³⁷ Article 1^{er} §1 de la décision-cadre et article 2 de la LECI. Les dispositions françaises ne donnent pas de précision à ce sujet.

³⁸ Exemples tirés notamment de la *Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust, op. cit.*, tableau p. 149-152, et de l'entretien avec Johanna SCHAPIRO

³⁹ Chiffres donnés par Johanna SCHAPIRO

A. La lutte contre le terrorisme, domaine de prédilection des premières équipes

Au moment où l'instrument des équipes communes d'enquête a été adopté, la France et l'Espagne ne faisaient pas face aux mêmes défis en matière de criminalité. La société espagnole était en effet à cette époque durement frappée par les attentats d'ETA, tandis que la France n'était que peu affectée par le terrorisme basque. Il y avait donc un « intérêt vital »⁴⁰ pour l'Espagne à l'utilisation de ce nouvel outil pour pouvoir reprendre l'ascendant sur l'organisation terroriste⁴¹, et la France était dans cette lutte un partenaire privilégié.

En effet, si ETA commettait ses attentats sur le sol espagnol, de nombreuses infractions étaient également commises en France, notamment afin de se procurer du matériel (par exemple, véhicules et matériaux explosifs). Les faits à l'origine de la constitution de la deuxième équipe commune d'enquête franco-espagnole, le 18 novembre 2005, illustrent bien cette logique. Il s'agissait ainsi d'un attentat à la voiture piégée commis à Avila (Castille-et-León, Espagne), laquelle voiture avait été antérieurement volée sur le territoire français. Plutôt que d'enquêter d'une part sur le vol, et d'autre part sur l'attentat, les autorités avaient alors jugé plus opportun de mener l'enquête ensemble⁴².

En parallèle des attentats et infractions préliminaires, une autre activité d'ETA exigeait une lutte coordonnée entre la France et l'Espagne : les extorsions réalisées contre les entrepreneurs basques et navarrais. La collecte de « l'impôt révolutionnaire » impliquait en effet généralement des membres de l'organisation des deux côtés de la frontière ; certains rédigeaient les lettres de menace, d'autres se chargeaient de les faire parvenir aux victimes, d'autres encore servaient d'intermédiaires dans le cas d'éventuelles négociations ou avaient pour mission de récolter et transporter les fonds, et d'autres, enfin, s'occupaient de gérer les comptes et de délivrer les reçus⁴³. L'intérêt d'enquêter sur l'intégralité de la chaîne d'extorsion indépendamment du territoire sur lequel se déroulaient les actes apparaît ici évident.

La France et l'Espagne ayant compris la nécessité de mener de concert la lutte contre ETA, de nombreuses équipes communes d'enquête s'intéressant à l'organisation terroriste furent constituées entre 2004 et 2007. Ainsi, comme cela a été dit dans l'introduction, la première équipe franco-espagnole, par ailleurs première équipe dans l'Union européenne, conclue le 15 septembre 2004, avait pour objet les divers attentats provoqués par l'organisation basque à l'été 2003, les personnes recherchées étant supposées résider en France⁴⁴.

Bien que ses résultats aient été faibles, elle a été suivie dès 2005 par une deuxième équipe⁴⁵, puis par trois autres, concernant des faits d'extorsion de fonds, en 2006⁴⁶. Finalement, l'attentat à la voiture piégée commis à l'aéroport de Madrid Barajas le 30 décembre 2006, après que le véhicule avait été volé en

⁴⁰ Selon les termes employés par Jesús SANTOS

⁴¹ La volonté des autorités espagnoles de donner priorité à la constitution d'équipes communes d'enquête consacrées à la lutte contre ETA peut se voir dans l'exposé des motifs de la LECI, où il est indiqué expressément qu'une préférence doit être donnée aux enquêtes relatives à des faits de terrorisme. Cette idée est ensuite reprise à l'article 4 de la LECI.

⁴² Patrice OLLIVIER-MAUREL et Hélène DAVO, contribution lors du séminaire « Cooperation in criminal matters in the European Union : Judicial response to Terrorism » organisé par l'ENM et l'EIPA Luxembourg à Barcelone les 6 et 7 février 2013 : <<https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=c2ab7828-5549-4880-8070-0cb363bd1491>>

⁴³ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, op. cit., p. 67

⁴⁴ « España y Francia crean un equipo conjunto de investigación para luchar contra ETA », *El Mundo*, 10 septembre 2004

⁴⁵ Pour l'attentat à la voiture piégée d'Avila

⁴⁶ Jesús SANTOS parle de la première équipe comme d'un « embryon » pour les suivantes, opinion partagée par Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL (« ce premier contrat d'équipe commune d'enquête va ouvrir la voie à une coopération encore plus imaginative et dynamique » ; *La justice française contre ETA*, op. cit., p. 67).

France, mena à la constitution de ce qui semble être la dernière équipe commune d'enquête franco-espagnole visant ETA⁴⁷, le 24 mai 2007⁴⁸.

La fin des équipes concernant des actes d'ETA n'a pas signifié pour autant l'abandon de la coopération franco-espagnole en matière de lutte contre le terrorisme. Quelques équipes ont en effet été conclues afin d'enquêter sur des faits de terrorisme islamique, l'une d'entre elles ayant d'ailleurs été créée en 2006, c'est-à-dire concomitamment aux équipes visant ETA⁴⁹. L'une des équipes communes d'enquête ayant été constituées en 2017 concerne justement des faits de terrorisme islamique⁵⁰.

La lutte contre le terrorisme reste donc encore un domaine d'action des équipes franco-espagnoles. Toutefois, elle n'est plus l'axe majoritaire de la coopération entre la France et l'Espagne, les équipes communes d'enquête en matière de trafic de stupéfiants ayant surpassé en nombre celles visant des actes terroristes.

B. La lutte contre le trafic de stupéfiants, objet principal des équipes franco-espagnoles

Il convient de rappeler ici que plus de la moitié des équipes communes d'enquête constituées entre la France et l'Espagne depuis 2004 concernait le trafic de drogues⁵¹, parfois associé à des infractions connexes⁵². Le caractère prépondérant du trafic de stupéfiants est confirmé par les chiffres de ces dernières années, puisque en 2016, l'intégralité des équipes créées⁵³ visait de tels faits⁵⁴, de même que deux des trois équipes conclues en 2017⁵⁵.

L'intérêt d'associer les autorités françaises et espagnoles dans des cas de trafic de stupéfiants s'explique de façon assez simple par "le chemin de la drogue" en Europe. L'Espagne est en effet une importante porte d'accès au marché européen, tant pour le cannabis⁵⁶ que la cocaïne. Une fois sur le territoire espagnol, la drogue est ensuite acheminée en voiture vers la France, soit pour la consommation des français, soit comme simple point de transit dans son chemin vers les autres pays européens.

D'un côté, le Maroc étant le « principal acteur international »⁵⁷ en matière de production de résine de cannabis, alors, pour des raisons géographiques, il est logique pour les trafiquants d'introduire leur produit dans le territoire européen par le sud de l'Espagne, avant de remonter irriguer les autres pays. En 2015, plus de 350 tonnes de résine de cannabis ont été saisies en Espagne, soit le double de la quantité saisie dans le total des autres pays de l'Union européenne⁵⁸.

⁴⁷ Il n'a pas été possible de trouver d'informations sur d'autres ECE visant ETA constituées plus tard. Un doute est toutefois permis quant à une équipe créée en février 2009, citée par Patrice OLLIVIER-MAUREL et Hélène DAVO sans que des précisions soient données sur le type de terrorisme ciblé (contribution lors du séminaire « Cooperation in criminal matters... », *op. cit.*).

⁴⁸ « España solicita a Francia su colaboración para descubrir a los autores del atentado de la T-4 », *Diario Vasco*, 26 mai 2007

⁴⁹ Constituée le 26 octobre 2006, elle avait pour objet les cellules terroristes liées au GSPC - Groupe salafiste pour la prédication et le combat (Patrice OLLIVIER-MAUREL et Hélène DAVO, contribution lors du séminaire « Cooperation in criminal matters... », *op. cit.*).

⁵⁰ A savoir les attentats perpétrés à Barcelone et Camprils le 17 août 2017 : « Un equipo conjunto de policía española y francesa investiga los atentados de Cataluña », *El País*, 1^{er} décembre 2017

⁵¹ Vingt équipes sur trente-cinq (chiffres donnés par Johanna SCHAPIRO)

⁵² Par exemple, en 2015, a été créée une ECE, à laquelle a participé également la Belgique, concernant des faits de trafic de drogue et de blanchiment, de même qu'en 2017 (*Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust, op. cit.*, tableau p. 149-152).

⁵³ Soit cinq équipes communes d'enquête

⁵⁴ Chiffre donné par Johanna SCHAPIRO

⁵⁵ *Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust, op. cit.*, tableau p. 149-152

⁵⁶ Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Rapport européen sur les drogues : tendances et évolutions*, 2017, p. 22

⁵⁷ Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Etat du phénomène de la drogue en Europe*, rapport annuel 2009, p. 42. C'est toujours le cas en 2017 (rapport de l'OEDT, p. 21).

⁵⁸ Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Rapport européen sur les drogues, op. cit.*, graphique p. 22

D'un autre côté, la coca, plante dont est issue la cocaïne, est cultivée pour la grande majorité dans la région des Andes, notamment en Colombie, en Bolivie et au Pérou⁵⁹. La drogue est ensuite acheminée jusqu'en Europe par voie maritime ou aérienne. Les Etats d'entrée sur le marché européen sont plus diversifiés mais l'Espagne reste tout de même une cible majeure⁶⁰, notamment pour les trafics par bateaux⁶¹.

L'étude de cas d'équipes communes d'enquête constituées entre la France et l'Espagne pour trafic de stupéfiants montre bien l'existence de réseaux de trafiquants entre les deux pays et la nécessité d'une action coordonnée pour que la lutte soit efficace.

L'« Opération Niza », nom donné à une équipe créée en 2010, en est un bon exemple. Il s'agissait d'un trafic de cocaïne entre le Maroc, l'Espagne et la France. Le point de départ est la saisie de plusieurs kilogrammes de drogues sur une aire d'autoroute à Perpignan. L'enquête française consécutive met à jour l'existence d'un réseau coordonnant le transfert de la cocaïne du Maroc vers l'Espagne par le biais d'un hélicoptère, puis de l'Espagne vers la France en voiture. Afin d'appréhender l'organisation criminelle de la façon la plus large possible, les autorités françaises et espagnoles ont agi de concert. Ils ont ainsi au même moment saisi l'hélicoptère à Cadix et arrêté plusieurs personnes en France⁶².

Au-delà des raisons pratiques et factuelles expliquant la prépondérance des faits de terrorisme et de trafic de stupéfiants parmi les objets des équipes communes d'enquête franco-espagnoles, il convient de remarquer qu'un autre élément entre en jeu, à savoir le fait que ce sont des infractions complexes, ne pouvant être poursuivies de façon satisfaisante dans le cadre d'une enquête purement nationale.

§2. La nécessité d'une enquête commune

La décision-cadre de 2002 indique dans son article 1^{er}§1 deux cas dans lesquels une équipe commune d'enquête peut être notamment créée. L'emploi de l'adverbe « notamment » implique toutefois que ces hypothèses ne sont pas exclusives. Pour autant, lors de la transposition, le législateur français a supprimé ce terme et semble donc limiter la constitution d'une équipe commune d'enquête aux deux situations mentionnées dans la décision-cadre. Du côté espagnol, la LECI ne reprend pas les deux cas mais se contente de préciser qu'une telle équipe est conclue lorsqu'est nécessaire une « action coordonnée »⁶³.

La première hypothèse visée par l'article 695-2 du Code de procédure pénale français est celle où « il y a lieu d'effectuer, dans le cadre d'une procédure française, des enquêtes complexes impliquant la mobilisation d'importants moyens et qui concernent d'autres Etats membres ». Plusieurs éléments doivent ici être soulignés. Premièrement, est exigée une procédure préalable, sans qu'il soit toutefois précisé si cela implique l'ouverture d'une information judiciaire ou si la phase d'enquête préliminaire suffit.

Ensuite, il faut qu'il y ait lieu d'effectuer des enquêtes complexes. Le terme « complexes » est propre à la législation française, puisque la décision-cadre parle, elle, d'enquêtes « difficiles », mais il semble s'agir plutôt d'une habitude de langage que d'une réelle différence terminologique. Aucune indication sur le

⁵⁹ *Ibid.*, p. 26

⁶⁰ En 2015, y a été saisie à peu près la moitié des quelques soixante-dix tonnes de cocaïne saisies au total dans l'Europe (*Ibid.*, p. 27).

⁶¹ « L'Espagne est la nouvelle plaque tournante pour l'importation de cocaïne en Europe », *Express Business*, 14 juillet 2018

⁶² Résumé de l'opération disponible sur le site de la *Unidad Central de Drogas y Crimen Organizado*, organe de la Police judiciaire espagnole : <https://www.policia.es/org_central/judicial/udyco/udyco.html> ; « El helicóptero hallado en Alcalá cargaba cocaína en Marruecos », *Diario de Cádiz*, 23 octobre 2010 ; « Una red pagaba mil euros por cada kilo de cocaína transportada en helicóptero », *El Mundo*, 29 octobre 2010

⁶³ « *Actuación coordinada* » (article 2).

caractère complexe de l'enquête n'étant donnée par l'article 695-2, il convient alors de se référer à la circulaire émise par la Direction des affaires criminelles et des grâces le 23 mars 2009⁶⁴, qui précise que « cette complexité peut s'apprécier au regard des critères définis par la circulaire du 2 septembre 2004 CRIM 04/13-GI »⁶⁵.

Selon la circulaire de 2004, la procédure peut être considérée comme complexe lorsque l'organisation du groupe criminel présente un caractère occulte, lorsque ses activités revêtent une dimension transnationale ou lorsque le groupe effectue des activités illicites diversifiées, ce qui se manifeste par exemple par une division des tâches, une hiérarchisation des niveaux de compétence et un recours à différentes formes de violence⁶⁶. Bien que le texte soit relatif à la criminalité organisée, les critères fixés peuvent s'appliquer à d'autres phénomènes criminels⁶⁷.

Enfin, la première hypothèse définie par l'article 695-2 suppose que soient concernés d'autres Etats membres que la France. Lorsque deux Etats sont affectés par un même phénomène criminel, alors il est évident que ces deux Etats sont concernés, mais cela peut également être le cas lorsque les infractions sont seulement commises sur le sol de l'un d'eux, l'autre servant de territoire de repli.

La seconde situation dans laquelle une équipe commune d'enquête peut être constituée, selon le Code de procédure pénale, est « lorsque plusieurs Etats membres effectuent des enquêtes relatives à des infractions exigeant une action coordonnée et concertée entre les Etats membres concernés ». Se cumulent ici deux conditions : la coexistence d'enquêtes parallèles et le fait qu'elles exigent une action coordonnée et concertée, laquelle n'est pas définie par les textes.

Selon le *Guide pratique* sur les équipes communes d'enquête publié par le Conseil en 2017, il faut, pour que soit justifiée une action coordonnée et concertée, que les enquêtes menées dans les différents Etats membres concernés soient étroitement liées. Par ailleurs, il convient aussi de prendre en compte la complexité et le niveau de sophistication des activités criminelles ou du réseau criminel faisant l'objet de l'enquête et le nombre et la complexité des mesures d'enquête à prendre dans les États concernés⁶⁸.

Au-delà des hypothèses fixées par les textes, un autre élément semble devoir être souligné : la plus-value que doit apporter à l'investigation la constitution d'une équipe commune d'enquête vis-à-vis des procédures d'entraide traditionnelles⁶⁹. Il ne doit pas s'agir d'un moyen de détourner l'une de ces procédures, mais d'une « sincère envie de construire un travail en commun avec un partenaire étranger »⁷⁰.

Dans la pratique, au niveau européen, le second cas évoqué par l'article 695-2 du Code de procédure pénale est celui qui se retrouve le plus communément⁷¹. Dans le cadre de la coopération franco-

⁶⁴ Circulaire CRIM 09-3/G1 du 23 mars 2009 relative à la présentation des dispositions issues des articles 695-2 et 695-3 du code de procédure pénale relatives aux équipes communes d'enquête

⁶⁵ Point 1.1. de la circulaire de 2009

⁶⁶ Page 20 de la circulaire

⁶⁷ Les activités d'ETA constituent un bon exemple, puisque peuvent leur être appliqués les critères de diversification des activités et de dimension transnationale. Sur le premier point, il existe en effet une division des tâches au sein de l'organisation (par exemple, entre ceux chargés du vol de matériel et ceux rédigeant les lettres de menace aux entrepreneurs), de même qu'une structure hiérarchisée et le recours à différentes formes de violence (par exemple, meurtres et extorsions). Sur le second point, la dimension transnationale se manifeste à la fois par la commission d'infractions tant en France qu'en Espagne et par la préparation dans un pays d'infractions commises dans l'autre.

⁶⁸ *Guide pratique à l'intention des équipes communes d'enquête*, 2017

⁶⁹ Point 1.1. de la circulaire de 2009 ; Eveline DE WREE, « Law enforcement information exchange in the pre-operation phase of a JIT », in Conny RIJKEN et Gert VERMEULEN (éd.), *Joint Investigation Teams in the European Union: From theory to practice*, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 58

⁷⁰ Samuel VUELTA SIMON, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête : entre partage et souveraineté », *RSC*, 2007, p.267-278

⁷¹ Entre 2014 et 2015, cette situation était présente dans 88% des cas (Réseau JITS, *First JIT Evaluation Report*, 2016, p. 12).

espagnole, il n'a pas été possible d'identifier l'hypothèse la plus fréquente, des exemples de chacune existant.

D'une part, la première situation, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a à l'origine qu'une enquête dans un seul Etat, est celle qui se retrouve par exemple dans le cas de « l'Opération Niza ». Un autre exemple, issu d'une décision pénale espagnole⁷², peut être donné. En l'espèce, l'équipe avait en effet été constituée après que les autorités françaises, enquêtant sur un réseau de trafic de stupéfiants, avaient découvert par le biais d'écoutes téléphoniques sur des citoyens français leurs liens avec des citoyens espagnols dans le cadre de ce trafic.

D'autre part, s'agissant de la seconde situation, elle a pu être vue par exemple dans le cas d'une équipe constituée pour blanchiment, les biens acquis avec l'argent sale étant situés à la fois sur les sols français et espagnol⁷³, ou pour certaines équipes conclues contre ETA, telle que celle à la suite de l'attentat de l'aéroport Barajas⁷⁴.

Quelle que soit la situation en présence, l'examen des faits, afin de déterminer s'il existe un intérêt à constituer une équipe commune d'enquête, est donc une « phase incontournable » avant la création de celle-ci⁷⁵. Souvent réalisée par les autorités de l'un ou l'autre Etat membre, cette analyse peut également être effectuée par Europol ou Eurojust, selon les renseignements récupérés, qui partageront ensuite leur information aux Etats concernés⁷⁶. Une fois que les autorités se sont accordées sur l'intérêt de conclure une équipe, alors intervient la phase de mise en place de cette future unité.

Section 2 : La mise en place de l'équipe

Avant de pouvoir réellement constituer l'équipe et débiter les investigations coordonnées, un accord doit être conclu entre les autorités judiciaires des deux Etats (§2). Cela nécessite toutefois d'identifier tout d'abord quelles sont les autorités compétentes pour constituer une équipe commune d'enquête (§1).

§1. Les autorités compétentes

A son article 1^{er}§1, la décision-cadre de 2002 se contente d'énoncer que « les autorités compétentes de deux Etats membres au moins peuvent [créer] une équipe commune d'enquête ». Il convient alors de se tourner vers le droit de chaque Etat concerné pour voir à quelles autorités il a été donné compétence.

⁷² Décisions de la chambre pénale de l'*Audiencia Nacional*, du 22 décembre 2009 et 12 mai 2010 (respectivement, résolutions 80/2009 et 40/2010)

⁷³ Entretien avec Renaud VAN RUYMBEKE, juge d'instruction au pôle financier du Tribunal de Paris (entretien téléphonique réalisé le 25 juin 2018, pour tout commentaire de M. VAN RUYMBEKE)

⁷⁴ Patrice OLLIVIER-MAUREL et Hélène DAVO, contribution lors du séminaire « Cooperation in criminal matters... », *op. cit.*

⁷⁵ Vincent BLERIOT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », in Fabienne JAULT-SESEKE, Juliette LELIEUR et Christian PIGACHE (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009, p. 168

⁷⁶ Eveline DE WREE, « Law enforcement information exchange in the pre-operation phase of a JIT », *op. cit.*, p. 56. Pour plus d'informations sur les compétences d'Europol et d'Eurojust, voir Bart DE BUCK, « Joint Investigation Teams: The participation of Europol officials », *ERA Forum*, vol. 8, 2007, p. 253-264 ; Monika HELMBERG, « Eurojust and Joint Investigation Teams: How Eurojust can support JITs », *ERA Forum*, vol. 8, 2007, p. 245-251 ; José Luis LOPES DA MOTA, « Eurojust and its role in Joint Investigation Teams », doss. « Evidence Gathering and Joint Investigation Teams », *Rev. Eucrim*, 3/2009, 2009, p. 88-90.

Premièrement, en France, l'article 695-2 explicite qu'il doit s'agir d'une autorité « judiciaire » mais ne donne pas beaucoup d'autres informations. La circulaire de 2009 de la DACG remédie toutefois à cette lacune, puisqu'il y est écrit qu'une équipe commune d'enquête « peut être créée à l'initiative, soit du procureur de la République, dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance, soit du juge d'instruction après ouverture d'une information judiciaire »⁷⁷.

Dans la pratique française, des équipes sont constituées tant par l'une de ces autorités que par l'autre, même si les juges d'instruction ne se sont réellement emparés de l'instrument qu'à partir de 2006⁷⁸. La circulaire de 2009 encourage d'ailleurs les autorités à créer les équipes communes d'enquête lorsque la procédure n'en est qu'à une « phase précoce, avant que des mises en examen aient été prononcées »⁷⁹. Cela peut donc encourager les Parquets à constituer l'équipe, sans attendre qu'une information judiciaire soit ouverte.

S'agissant plus précisément des juridictions au sein desquelles sont créées le plus fréquemment des équipes, cela se déduit des faits pour lesquels est privilégié le recours à cet instrument, à savoir le terrorisme et le trafic de stupéfiants. En premier lieu, pour les actes terroristes, les articles 706-16 à 706-22 du Code de procédure pénale prévoient une centralisation des affaires, et donc une compétence des juridictions parisiennes concurrente de celle des juridictions locales. Dans la pratique, qu'il se soit agi d'enquêtes sur ETA ou sur du terrorisme islamique, les équipes ont été créées par la section antiterroriste du Parquet de Paris⁸⁰.

Par ailleurs, lorsqu'est visé le trafic de stupéfiants, alors l'équipe est généralement constituée par l'une des huit juridictions interrégionales spécialisées instituées par la loi Perben II en matière de délinquance économique et financière et de criminalité organisée^{81;82}. La préférence, à ne pas confondre avec l'exclusivité, accordée à ces juridictions est d'ailleurs spécifiée dans la circulaire de 2009⁸³. Dans la pratique franco-espagnole, pour des raisons géographiques, il s'agit principalement des juridictions de Marseille⁸⁴ et Bordeaux.

En Espagne, les choses sont légèrement plus difficiles. Les autorités compétentes sont énumérées à l'article 3 de la LECI. Parmi elles, se trouve le Ministère de l'Intérieur, dans le cas où ne participerait à l'équipe commune d'enquête aucun juge ou membre du Parquet – appelé la *Fiscalía* en Espagne. Il n'est donc pas obligatoire qu'une autorité judiciaire constitue l'équipe. Cette situation n'a néanmoins jamais été trouvée dans la pratique franco-espagnole, et ne semble d'ailleurs pas pouvoir se réaliser, la circulaire de 2009 exigeant que l'autorité étrangère soit « judiciaire »⁸⁵. Elle ne sera donc pas étudiée dans le cadre de ce travail.

Reste alors à distinguer deux hypothèses : soit les faits investigués relèvent de la compétence de l'*Audiencia Nacional*, et l'équipe sera alors créée par cette juridiction, soit elle n'est pas compétente et

⁷⁷ Point 1. de la circulaire

⁷⁸ Samuel VUELTA SIMON, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête... », *op. cit.*

⁷⁹ Point 1.1. de la circulaire

⁸⁰ Patrice OLLIVIER-MAUREL et Hélène DAVO, contribution lors du séminaire « Cooperation in criminal matters... », *op. cit.* ; Entretien avec Véronique DEGERMANN, Procureure adjointe au Parquet de Paris, en charge des faits de terrorisme (entretien téléphonique réalisé le 9 juillet 2018, pour tout commentaire de Mme DEGERMANN)

⁸¹ Sur les JIRS, voir Anne-Sophie CHAVENT-LECLERE, « Les juridictions interrégionales spécialisées : des compétences originales », *AJ Pénal* 2010, n°3, p. 106-110

⁸² Entretien avec Véronique DEGERMANN

⁸³ « Cet instrument n'est pas strictement réservé aux juridictions interrégionales spécialisées, même s'il paraît logique, au vu de la complexité des affaires et des moyens à mettre en œuvre, que ces juridictions en soient les principales utilisatrices » (point 1.1. de la circulaire).

⁸⁴ Par exemple, dans le cas de l'« Opération Niza » ou pour l'enquête ayant donné lieu aux décisions de l'*Audiencia Nacional* du 22 décembre 2009 et 12 mai 2010 mentionnées précédemment

⁸⁵ Point 1.

donc le Ministère de la Justice constituera une équipe commune d'enquête pour l'*Audiencia Provincial* le demandant.

Afin de comprendre un peu mieux comment fonctionne cette répartition compliquée de compétences⁸⁶, il convient premièrement de déterminer le champ de compétence de l'*Audiencia Nacional*. Tout d'abord, selon l'article 62 de la loi organique sur le Pouvoir judiciaire⁸⁷, sa compétence est nationale. Ensuite, selon l'article 65§1, elle connaît notamment en matière pénale du terrorisme, des infractions contre la Couronne, des infractions de fausse monnaie commises en bande organisée, des trafics de stupéfiants à grande échelle et des infractions commises à l'étranger par des ressortissants espagnols⁸⁸.

Par ailleurs, s'agissant des organes compétents pour constituer une équipe commune d'enquête au sein de l'*Audiencia Nacional*, dans la pratique, les équipes sont créées par les juges d'instruction et/ou les *Fiscales*, dont notamment les membres de la *Fiscalía Especial Antidroga* (compétente en matière de trafic de stupéfiants). La *Fiscalía General*, au sommet de la hiérarchie des *Fiscalías*, dans son mémoire annuel de 2012, a toutefois pointé du doigt le fait que la LECI ne les désignait pas expressément, ce qui pose question vis-à-vis du principe de légalité⁸⁹.

Ensuite, concernant les équipes créées dans le ressort d'une *Audiencia Provincial*, il convient de noter que, bien que l'article 3 de la LECI indique que la compétence revient au Ministère de la Justice, dans la pratique, ce sont les autorités judiciaires de l'*Audiencia Provincial* qui négocient la conclusion de l'équipe commune d'enquête avec les autorités étrangères, le Ministère ne donnant ensuite que son autorisation à la constitution. Tout comme au sein de l'*Audiencia Nacional*, les organes compétents au sein de l'*Audiencia Provincial* sont le juge d'instruction et le *Fiscal*.

La LECI ne vise pas expressément les *Audiencias Provinciales* mais toute juridiction compétente pour les infractions dont ne connaît pas l'*Audiencia Nacional*. Toutefois, parmi l'ensemble des juridictions pénales espagnoles hors *Audiencia Nacional*, seules les *Audiencias Provinciales* sont compétentes pour connaître d'infractions pour lesquelles la création d'une équipe commune d'enquête a un sens. En effet, les autres juridictions ne traitent que des infractions sanctionnées d'une peine privative de liberté inférieure à cinq ans⁹⁰. C'est pourquoi ne sont considérées ici comme autorités compétentes que l'*Audiencia Nacional* et les *Audiencias Provinciales*.

Alors que, pour des faits de terrorisme, les équipes franco-espagnoles sont toujours conclues entre la juridiction parisienne et l'*Audiencia Nacional*, en matière de trafic de stupéfiants, les *Audiencias Provinciales* sont les autorités espagnoles de plus en plus souvent concernées⁹¹. Ainsi, la *Fiscalía Especial Antidroga* de l'*Audiencia Nacional* ne participe actuellement à aucune équipe constituée avec la France⁹², alors que deux des trois équipes créées en 2017 entre les deux pays l'ont été par des *Audiencias Provinciales* pour du trafic de drogues⁹³.

⁸⁶ Des premières explications peuvent être trouvées dans Julio PÉREZ GIL, « Actuación policial concertada más allá de las fronteras: los Equipos Conjuntos de Investigación en la UE », *REE*, n°45, 2007, p. 73-74

⁸⁷ *Ley Orgánica sobre el Poder Judicial*, appelée LOPJ, disponible sur le site du *Boletín Oficial del Estado* : <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>>

⁸⁸ Voir aussi les explications données sur le site du Pouvoir judiciaire : <<http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Informacion-institucional/Como-funciona-la-AN/>>

⁸⁹ *Fiscalía General, Memoria anual 2012*, p. 1278 : <https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado/!ut/p/a0/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfGjzOI9HT0cDT2DDbwsgozNDBwtjNycnDx8jAwszPQLsh0VAQiuD0w!/?selAnio=2012>

⁹⁰ Article 14 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (appelée LECrim), disponible sur le site du *Boletín Oficial del Estado* : <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>

⁹¹ *Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust*, op. cit., tableau p. 149-152

⁹² Entretien avec Carmen BAENA

⁹³ Les *Audiencias* de Cadix et Gérone (*Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust*, op. cit., tableau p. 148-149)

Avant de voir la phase de rédaction de l'accord, un dernier élément doit être souligné : il n'est pas nécessaire que l'autorité constituant l'équipe commune d'enquête dans un Etat le fasse avec son homologue dans l'autre Etat. La circulaire de 2009 indique ainsi que l'autorité étrangère « peut être un magistrat du parquet ou du siège sans qu'un parallélisme des formes ne soit imposé »⁹⁴. Dans la pratique, certaines équipes ont effectivement été créées entre un Procureur français et un juge d'instruction espagnol⁹⁵ (ou inversement).

§2. L'accord initial de constitution

Négocié par les autorités des deux Etats participants, l'accord de constitution de l'équipe commune d'enquête n'est pas réglementé par la décision-cadre de 2002, qui se contente d'en mentionner l'existence. Il convient pourtant pour les autorités signataires de s'entendre sur son contenu (A). Afin de faciliter les choses, un protocole d'accord-type franco-espagnol a été établi en 2003 (B). Le protocole d'accord doit ensuite généralement être approuvé par l'autorité centrale pour que l'équipe puisse être opérationnelle (C).

A. Le contenu général de l'accord de constitution

Les articles 695-2 et -3 du CPP français ne définissent pas plus que la décision-cadre les informations devant être présentes dans l'accord. Heureusement, il est possible de se référer à la recommandation du Conseil du 8 mai 2003 relative à un modèle d'accord pour la création d'une équipe commune d'enquête⁹⁶, modèle actualisé par une résolution du Conseil du 26 février 2010⁹⁷. Par ailleurs, dès lors que l'équipe est constituée avec l'Espagne, alors l'autorité française devra respecter les prescriptions fixées par la LECL.

Puisque la LECL est une norme contraignante, il convient d'étudier en priorité ses dispositions plutôt que le modèle d'accord proposé par le Conseil. Ceci est d'autant plus pertinent que, au final, le texte du Conseil ne contient pas de mention très distincte ou novatrice. L'article 5 de la LECL énumère les éléments devant obligatoirement être contenus dans l'accord. Cette liste n'est toutefois pas exhaustive.

En premier lieu, doit être explicitée la volonté des autorités compétentes de chacun des Etats membres constituant l'équipe. Ensuite, il faut une motivation suffisante de sa nécessité et l'indication de la durée pendant laquelle elle sera en vigueur afin d'atteindre les objectifs poursuivis, lesquels doivent donc également être définis. Bien que ceci ne soit pas explicitement écrit, la motivation de la nécessité de l'équipe suppose un résumé des faits⁹⁸.

De plus, l'accord doit comporter une proposition de composition de l'équipe, puis une indication des dispositions légales applicables à l'enquête et à l'utilisation des informations obtenues par les membres de l'équipe durant l'enquête. De façon logique, il est nécessaire à ce moment d'identifier le ou les Etats

⁹⁴ Point 1.

⁹⁵ Par exemple, l'équipe créée en 2007 après l'attentat commis à l'aéroport de Madrid Barajas (Patrice OLLIVIER-MAUREL et Hélène DAVO, contribution lors du séminaire « Cooperation in criminal matters... », *op. cit.*)

⁹⁶ Recommandation 2003/C121/03

⁹⁷ Résolution 2010/C70/01

⁹⁸ Entretien avec Johanna SCHAPIRO

sur le territoire desquels aura lieu l'enquête. Enfin, doivent également être précisées les compétences du responsable de l'équipe.

La LECI n'exige pas expressément d'exposer les compétences des membres de l'équipe autres que le ou les responsables. Toutefois, il est nécessaire de les indiquer, notamment lorsqu'ils agissent sur le sol de l'Etat membre dont ils ne sont pas ressortissants, au risque, en l'absence de ces précisions, de les voir empêchés de pouvoir effectuer certains actes d'enquête. Par exemple, un agent étranger ne peut en France réaliser une interpellation dans le cadre d'une équipe commune d'enquête que s'il a été inscrit dans l'accord initial qu'il en a la compétence. L'accord de constitution doit ainsi être assez détaillé pour que le cadre juridique posé soit suffisant et que l'enquête ne soit pas entravée ensuite⁹⁹.

Dans la proposition de composition de l'équipe, les personnes doivent être clairement identifiées. Il n'est donc pas suffisant d'indiquer leurs fonctions et juridiction de rattachement, mais elles doivent être désignées nommément. C'est pourquoi il est ensuite très important que l'accord de constitution ne soit pas rendu public, afin d'éviter que les délinquants poursuivis se retournent contre elles¹⁰⁰.

Cet accord initial étant la base juridique de toute équipe commune d'enquête, il est nécessaire qu'il soit rédigé avec soin, ce qui entre parfois en contradiction avec l'urgence qu'il peut exister à ce que l'équipe devienne opérationnelle¹⁰¹. Ceci explique que les autorités françaises et espagnoles aient conclu un protocole d'accord-type, afin d'accélérer le processus.

B. *Le protocole d'accord-type pour les équipes franco-espagnoles*¹⁰²

Au moment où les autorités françaises et espagnoles ont envisagé de constituer leur première équipe commune d'enquête, de nombreuses questions se sont posées quant à sa mise en œuvre. Par exemple, il a fallu se demander s'il était nécessaire d'établir comment composer l'équipe, quels véhicules seraient utilisés d'un côté ou de l'autre de la frontière, ou encore jusqu'à quel point autoriser l'intervention des agents français sur le sol espagnol et vice-versa (notamment quant au droit d'être en possession de leur arme de service)¹⁰³.

Ces interrogations n'étant pas propres à une équipe commune d'enquête déterminée, les décisions prises à leur propos tendaient à s'appliquer à toute équipe franco-espagnole. C'est pourquoi il y avait un intérêt à les fixer dans un protocole d'accord spécifique à cette coopération bilatérale. Un protocole-cadre d'accord a donc été négocié au sein du groupe de travail binational et adopté en 2003, lors du sommet franco-espagnol de Carcassonne¹⁰⁴. Disponible en France sur l'intranet de la Direction des affaires criminelles et des grâces, non accessible au public, ce document constitue également l'une des annexes à la circulaire de 2009.

Il existe deux avantages principaux à l'existence d'un tel protocole d'accord-type¹⁰⁵. Premièrement, le document existe dans les deux langues, ce qui facilite grandement la compréhension et permet de gagner

⁹⁹ *Idem*

¹⁰⁰ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal: en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión europea*, Colex, 2006, p. 85

¹⁰¹ Enrique VALLINES GARCÍA énonce ainsi que « chaque jour de retard dans la création de l'équipe est un jour gagné par les auteurs des infractions que l'on cherche à poursuivre pour effacer les traces de leurs activités illicites » (*Ibid.*, p. 99).

¹⁰² Ce document a été reproduit en annexe.

¹⁰³ Entretien avec Jesús SANTOS

¹⁰⁴ La France a par ailleurs conclu des protocoles-types avec d'autres Etats, tels que l'Allemagne, la Belgique ou la Slovaquie.

¹⁰⁵ Olivier BEAUVALLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales*, op. cit.

un temps précieux¹⁰⁶. Ensuite, le cadre juridique posé est déjà adapté aux particularités de chaque Etat. Ainsi, les dispositions légales françaises et espagnoles régissant la constitution et le fonctionnement de l'équipe, ainsi que l'enquête, sont déjà spécifiées, de même que les règles applicables au port d'armes, aux véhicules utilisés, ou encore afin de savoir qui supporte quels frais¹⁰⁷.

Toutefois, il faut bien noter qu'il ne s'agit que d'un modèle, et non d'un document contraignant. Les autorités espagnoles ne disposent d'ailleurs pas de ce texte dans leur intranet et ne l'utilisent que lorsque les autorités françaises le proposent et qu'elles sont d'accord sur l'ensemble des précisions inscrites dans le document¹⁰⁸.

L'expérience a conduit les autorités françaises et espagnoles à ajouter de nouvelles clauses aux accords les plus récents. C'est notamment le cas s'agissant de l'information aux médias. En effet, il est assez fréquent en Espagne de parler de l'enquête en cours dans la presse, ce qui est contraire à la pratique française. Un paragraphe est donc maintenant inclus dans l'accord de constitution de toute équipe commune d'enquête franco-espagnole, qui exige le consentement de toutes les parties pour qu'une information soit communiquée¹⁰⁹.

Bien que facilitant l'adoption de l'accord initial par les autorités créant l'équipe, le protocole d'accord-type ne permet pas d'éviter une dernière étape avant que puisse entrer en vigueur l'équipe. En effet, l'autorité centrale française, et parfois son homologue espagnol, doit approuver le projet de constitution.

C. L'approbation du projet par l'autorité centrale

Sur cette question, les règles sont différentes en France et en Espagne. En effet, la circulaire de 2009 indique qu'« aucune équipe commune d'enquête ne peut être valablement constituée sans l'autorisation préalable du ministère de la justice »^{110;111}, alors que selon la LECI, cette obligation ne concerne que les équipes conclues par une *Audiencia Provincial*, en opposition à celles créées par l'*Audiencia Nacional*¹¹².

Même si leur champ d'application est distinct, car plus ou moins étendu, ces obligations d'approbation partagent les mêmes inconvénients. D'une part, est mise en avant l'inconvenance de l'immixtion de l'exécutif dans une procédure judiciaire vis-à-vis du principe de l'indépendance du juge¹¹³. D'autre part, ce passage par l'autorité centrale est vu comme anachronique au sein d'une Union européenne où la coopération se fait maintenant directement de juge à juge¹¹⁴.

¹⁰⁶ Le fait de ne pas partager la même langue est considéré par nombre de praticiens comme une difficulté importante dans la coopération franco-espagnole, en comparaison par exemple avec la coopération avec la Belgique (entretiens avec Véronique DEGERMANN, Renaud VAN RUYMBEKE et Carmen BAENA).

¹⁰⁷ Respectivement, points 7.1., 8.2. et 8.1. du protocole d'accord-type

¹⁰⁸ Entretien avec Carmen BAENA

¹⁰⁹ Entretien avec Véronique DEGERMANN

¹¹⁰ Point 1.4. de la circulaire

¹¹¹ Selon l'article D 15-1-4 du Code de procédure pénale, le Directeur central de la Police judiciaire doit aussi rendre un avis sur la création d'une équipe.

¹¹² Accorder cette autorisation est, en France, une tâche du Bureau d'entraide pénale internationale, unité de la DACG, et en Espagne, de la compétence de la *Subdirección General de Cooperación jurídica internacional* (Sous-direction générale de la Coopération judiciaire internationale).

¹¹³ En Espagne, la *Fiscalía General* pointe souvent du doigt ce problème (*Memoria anual 2012*, op. cit., p. 1278 ; *Consejo fiscal, Informe en relación con la problemática relativa a los equipos conjuntos de investigación*, 2014, p. 6). Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO partage ce point de vue (*Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust*, op. cit., p. 154). En France, Renaud VAN RUYMBEKE estime que ce passage obligé est dû à « une méfiance très française vis-à-vis du juge ».

¹¹⁴ Entretien avec Renaud VAN RUYMBEKE ; *Consejo fiscal, Informe en relación con la problemática...*, op. cit., p. 7. Ce point semble toutefois moins problématique que le précédent.

Face à ces critiques, divers arguments peuvent être avancés afin de justifier l'intérêt d'une telle autorisation¹¹⁵. En premier lieu, l'équipe commune d'enquête représente un niveau d'entraide distinct de celui des autres mécanismes de coopération existant dans l'Union européenne (par exemple, la décision d'enquête européenne), puisque les autorités étrangères se déplacent sur le territoire national.

Ensuite, puisque cette autorisation préalable évite de devoir demander ultérieurement d'autres autorisations (pour les actes d'enquête exécutés par les autorités de l'autre Etat sur le territoire national), il s'agit finalement d'un moyen d'alléger la procédure. Enfin, cela permet à l'autorité centrale française d'avoir une visibilité globale sur le nombre d'équipes communes d'enquête constituées et avec qui¹¹⁶.

S'agissant du principe d'indépendance des juges, il semble que le contrôle exercé par les autorités françaises ne soit pas un contrôle de l'opportunité de constituer une équipe commune d'enquête mais plutôt une simple vérification du cadre juridique, notamment du respect des conditions posées par les articles 695-2 et -3 du Code de procédure pénale. Il arrive que des modifications soient demandées par le Bureau d'entraide pénale internationale, mais uniquement parce que les dispositions inscrites par les autorités étrangères sont contraires au droit français ou aux intérêts essentiels de la nation¹¹⁷.

Selon Johanna SCHAPIRO, aucun refus n'a jamais été opposé par l'exécutif français à un projet de création d'équipe commune d'enquête¹¹⁸. L'autorité centrale espagnole ne limite en revanche pas sa compétence à un examen des règles juridiques mais, depuis 2014, prend position sur la composition de l'équipe et refuse parfois d'autoriser celle-ci lorsqu'est prévue une codirection sur le territoire espagnol entre un *Fiscal* et un juge d'instruction¹¹⁹.

Cette extension de son droit de regard par le Ministère espagnol a fait l'objet d'un recours en inconstitutionnalité en 2015¹²⁰. En l'espèce, il s'agissait d'une équipe hispano-danoise pour trafic de stupéfiants conclue à l'origine uniquement par le *Fiscal*. Au cours de l'enquête, une information judiciaire a été ouverte et un avenant fait à l'accord initial pour désigner le juge d'instruction comme co-directeur. L'autorité centrale a toutefois refusé cette codirection et a exigé que soit créée une nouvelle équipe, avec pour seul responsable le juge d'instruction.

La constitutionnalité des pouvoirs lui ayant été accordés a alors été contestée, au regard notamment de l'indépendance des juges et de l'autonomie fonctionnelle de la *Fiscalía*. Le Tribunal constitutionnel a cependant rejeté le recours, au motif que l'intervention de l'autorité centrale se justifiait par le fait que l'autorité judiciaire qui décide de constituer une équipe commune d'enquête déclare par là-même la volonté de l'Etat de participer à cet instrument de coopération, et donc engage l'Etat¹²¹.

Au-delà de ces critiques valables tant en France qu'en Espagne, le régime applicable à la constitution des équipes communes d'enquête par une autorité espagnole soulève une question supplémentaire, du fait de la distinction faite entre les équipes créées par l'*Audiencia Nacional* et les autres. En effet, cette différence de traitement apparaît difficilement explicable, rien ne justifiant que l'*Audiencia Nacional* jouisse d'une pleine compétence tandis que les *Audiencias Provinciales* se retrouvent soumises au « bon vouloir

¹¹⁵ Entretien avec Johanna SCHAPIRO

¹¹⁶ Alors que les premiers arguments étaient également valables pour l'Espagne, ce n'est pas le cas de celui-ci, puisque l'autorité centrale espagnole ne connaît que des équipes créées par d'autres juridictions que l'*Audiencia Nacional*, donc ne peut avoir une visibilité globale.

¹¹⁷ Entretien avec Johanna SCHAPIRO

¹¹⁸ Cela est confirmé par Véronique DEGERMANN, qui indique que dès lors qu'il existe une volonté commune aux deux parties, alors la Chancellerie ne s'oppose pas à la constitution de l'équipe.

¹¹⁹ *Consejo fiscal, Informe en relación con la problemática...*, op. cit., p. 7

¹²⁰ *Audiencia Provincial de Málaga*, 18 novembre 2015, décision n°940/2015

¹²¹ *Tribunal constitucional*, 7 juin 2016, décision n°122/2016

du Ministère de la Justice »¹²². Le fait que de plus en plus d'équipes soient créées par des *Audiencias Provinciales* accentue cette incohérence.

Face aux différents problèmes que pose l'obligation d'autorisation par l'autorité centrale en Espagne, des propositions de modification de la LECI ont été faites. La *Fiscalía General* a ainsi suggéré, que l'équipe soit constituée par l'*Audiencia Nacional* ou non, de donner compétence au *Consejo General del Poder Judicial*¹²³ et/ou au *Fiscal General*, selon qu'un juge d'instruction et/ou un *Fiscal* la dirige¹²⁴. Quant à Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO, il a avancé l'idée d'instituer plutôt une obligation pour toute équipe commune d'enquête de demander l'autorisation au Membre national auprès d'Eurojust¹²⁵.

Un dernier élément reste à voir concernant la constitution d'une équipe commune d'enquête. En effet, il a été indiqué que l'accord de création devait contenir un détail de la composition de l'équipe, sans donner plus d'informations sur ce point. Il convient donc dès lors de s'intéresser plus spécifiquement aux différentes personnes composant l'équipe.

Section 3 : La composition d'une équipe commune d'enquête

Le protocole d'accord-type franco-espagnol, de la même façon que le modèle proposé par le Conseil en 2010, distingue deux catégories de personnes au sein de l'équipe créée : d'un côté, les responsables (§1), et de l'autre côté, les simples membres (§2). Après avoir examiné leurs compétences respectives, il conviendra ensuite de voir le régime de responsabilité qui leur est applicable (§3).

§1. Les responsables de l'équipe

La décision-cadre définit le responsable de l'équipe comme étant « un représentant de l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel l'équipe intervient »¹²⁶. Un élément doit dès à présent être souligné : le fait que le responsable dépend de l'Etat membre d'intervention de l'équipe. Par conséquent, puisque l'équipe peut agir sur le territoire des deux autorités l'ayant constituée, peuvent coexister plusieurs responsables, un pour chaque Etat membre¹²⁷.

Avant de voir les prescriptions françaises et espagnoles quant à la détermination de la personne la mieux placée pour être responsable de l'équipe, il convient de procéder à quelques précisions sémantiques. En effet, si la décision-cadre mentionne le « responsable » d'équipe, le droit français distingue le « directeur » d'enquête et le « chef » d'enquête, tandis que le droit espagnol parle de « direction » de l'équipe. Les termes « directeur » de l'équipe et « responsable » de l'équipe seront donc employés de façon indifférenciée dans le cadre de ce mémoire¹²⁸.

¹²² *Fiscalía General, Memoria anual 2012, op. cit., p. 1278*

¹²³ Il s'agit de l'organe exécutif du Pouvoir judiciaire, chargé de garantir l'indépendance des juges (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/>)

¹²⁴ *Fiscalía General, Memoria anual 2012, op. cit., p. 1278 ; Consejo fiscal, Informe en relación con la problemática..., op. cit., p. 7*

¹²⁵ *Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust, op. cit., p. 154*

¹²⁶ Article 1^{er} §3 a)

¹²⁷ Nadja LONG, « Mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des équipes communes ... », *op. cit.*, p. 33

¹²⁸ Le chef de l'enquête, visé en droit français, est encore une autre personne, à savoir « le chef de service ou l'enquêteur désigné » afin de superviser l'enquête sur le terrain (point 2.1.).

La circulaire de 2009 fixe une règle quant à la désignation du responsable en France. Il s'agira ainsi de « l'autorité judiciaire signataire de l'accord de création de l'équipe commune d'enquête »¹²⁹, donc d'un juge d'instruction ou d'un Procureur. Se pose alors la question suivante : comment faire si l'équipe a été constituée lors d'une enquête préliminaire, donc par un Procureur, mais que les investigations conduisent à ouvrir une information judiciaire ? Faut-il dans ce cas dissoudre la première équipe et en conclure une autre ?

A la lecture de la circulaire de 2009, il semble que ce soit la solution retenue. Est effectivement énoncé que « lorsqu'une équipe commune d'enquête a été créée par le parquet et que l'enquête aboutit à l'ouverture d'une information judiciaire, le magistrat instructeur doit, s'il entend poursuivre la collaboration, solliciter [...] un nouvel accord »¹³⁰. La pratique, heureusement, est plus flexible et si une telle situation se produit, alors il n'y a pas forcément de nouvel accord : un avenant à l'accord initial signé par le juge d'instruction prenant la direction de l'équipe suffit¹³¹.

S'agissant du responsable en Espagne, la LECI ne donne pas d'indications sur la personne à désigner. Toutefois, dans la pratique, il s'agit aussi du juge d'instruction ou du *Fiscal*. Comme ce sont eux qui seront ensuite en charge de l'action pénale, leur nomination apparaît logique¹³². La pratique espagnole présente par ailleurs une spécificité, puisqu'il est très fréquent que soit établie une codirection, avec à la fois un juge d'instruction et un *Fiscal*¹³³.

Bien que propre à l'Espagne, cette situation est bien acceptée par les autres Etats membres avec lesquels sont constituées des équipes communes d'enquête¹³⁴. Elle se justifie par le principe d'autonomie fonctionnelle de la *Fiscalía*, qui implique que « le *Fiscal* ne peut pas participer à un mécanisme d'obtention de preuves dans une position de subordination au responsable de l'équipe »¹³⁵. Pour autant, dans la pratique, même s'il existe une codirection, c'est le juge d'instruction qui dirige *de facto*¹³⁶.

Une fois la question de sa désignation résolue, il convient de voir quelles sont les compétences du responsable de l'équipe. La décision-cadre indique à ce propos qu'il « agit dans les limites des compétences qui sont les siennes au regard du droit national »¹³⁷. Le directeur de l'équipe n'a donc pas de compétences matérielles spécifiques, mais il doit prendre en charge l'enquête sur son territoire comme il le ferait dans le cadre d'une enquête nationale. Par exemple, si le responsable français est un juge d'instruction, alors il pourra ordonner une perquisition mais ne pourra pas décider de placer en garde à vue l'une des personnes faisant l'objet de l'enquête.

Il ne faut pas oublier que le responsable d'équipe varie selon le territoire sur lequel opère l'équipe. Ainsi, un directeur d'équipe en France perd son statut lorsque l'enquête est menée en Espagne où il devient un simple membre détaché, et vice-versa. De ce mécanisme dépend la flexibilité de l'équipe commune d'enquête¹³⁸.

¹²⁹ Point 2.1.

¹³⁰ Point 1.4.

¹³¹ Entretien avec Véronique DEGERMANN

¹³² Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, op. cit., p. 77

¹³³ Ce fut le cas par exemple s'agissant des trois équipes communes d'enquête créées entre la France et l'Espagne en 2017 (*Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust*, op. cit., p. 154).

¹³⁴ Entretien avec Carmen BAENA

¹³⁵ *Consejo fiscal, Informe en relación con la problemática...*, op. cit., p. 14

¹³⁶ Entretien avec Carmen BAENA

¹³⁷ Article 1^{er} §3 a)

¹³⁸ Conny RIJKEN, « Joint Investigation Teams: principles, practice, and problems. Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT », *Utrecht Law Review*, vol. 2, 2006, p. 103

§2. Les membres de l'équipe

Le terme « membres de l'équipe » n'englobe pas ici la totalité des personnes composant l'équipe commune d'enquête mais est à opposer au terme de « responsable de l'équipe ». Autrement dit, une équipe comprend un responsable (ou plusieurs si l'équipe est envisagée de façon théorique et non pas en se plaçant sur un territoire en particulier) et un certain nombre de membres, placés sous sa direction.

Parmi ces membres, il faut distinguer, d'une part, les membres nationaux, et d'autre part, les membres détachés. Les premiers ne sont définis dans aucun texte, contrairement aux seconds. Ainsi, la décision-cadre de 2002 dispose que « les membres de l'équipe commune d'enquête provenant d'Etats membres autres que celui sur le territoire duquel l'équipe intervient sont désignés comme membres détachés auprès de l'équipe »¹³⁹. Il est alors possible de déduire que les membres nationaux sont les membres provenant de l'Etat membre sur le territoire duquel l'équipe intervient.

Les membres nationaux ne soulèvent pas beaucoup d'interrogations. Leur action n'est réglementée ni par la décision-cadre de 2002, ni par les textes français et espagnol de transposition. Puisqu'ils agissent sur le territoire de leur Etat, alors leur sont applicables les règles habituelles de compétence relatives à leur fonction. Autrement dit, un officier de police judiciaire français jouit des mêmes compétences sur le territoire français, que l'enquête soit purement nationale ou menée dans le cadre d'une équipe commune d'enquête.

En revanche, les choses sont plus compliquées vis-à-vis des membres détachés, car les Etats n'ont pas pour habitude de permettre à des agents étrangers d'opérer sur leur territoire¹⁴⁰. Leurs compétences sont donc limitées vis-à-vis de celles des membres nationaux¹⁴¹. La décision-cadre de 2002 impose aux Etats d'autoriser les membres détachés à être présents lors de l'exécution des mesures d'enquête¹⁴². Leur droit à effectuer certaines de ces mesures n'est cependant pas régi par la décision-cadre, mais dépend de ce que prévoit à ce propos le droit de l'Etat membre sur le territoire duquel ils sont détachés. Il faudra par ailleurs dans ce cas le consentement des autorités compétentes des deux Etats¹⁴³.

Il convient donc de voir les pouvoirs accordés aux membres détachés par les droits français et espagnol. Une fois n'est pas coutume, la LECI est beaucoup moins détaillée que le Code de procédure pénale sur cette question. Ainsi, elle se contente d'énoncer, à son article 7§1, que « le directeur de l'équipe pourra charger les membres détachés de la participation ou l'exécution par eux-mêmes de certaines mesures d'enquête ».

A contrario, l'article 695-2 du CPP dresse une liste des actes que sont autorisés à effectuer les membres détachés sur le sol français. Ils peuvent donc constater tout crime, délit ou contravention et en dresser procès-verbal, recevoir par procès-verbal les déclarations qui leur sont faites par toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause, seconder les officiers de police judiciaire français dans l'exercice de leurs fonctions et procéder à des surveillances, voire des infiltrations.

¹³⁹ Cette définition est reprise telle quelle dans la LECI, à l'article 2 b).

¹⁴⁰ Le fait d'autoriser les membres détachés à être présents lors des mesures d'enquête, voire à y participer, est caractérisé par Ludo BLOCK comme l'une des principales innovations des équipes communes d'enquête (Ludo BLOCK, « EU joint investigation teams: Political ambitions and police practices », in Saskia HUFNAGEL, Clive HARFIELD et Simon BRONITT (éd.), *Cross-Border Law Enforcement. Regional Law Enforcement Cooperation – European, Australian and Asia-Pacific Perspectives*, Routledge, 2012, p. 89)

¹⁴¹ Ce qui conduit Enrique VALLINES GARCÍA à parler de « position dominante » des membres nationaux (*Los equipos conjuntos de investigación penal...*, op. cit., p. 117).

¹⁴² Article 5

¹⁴³ Article 6 de la décision-cadre. En outre, la circulaire de 2009 dispose que « les enquêteurs français détachés doivent rendre compte à l'autorité judiciaire compétente des actes qu'ils sont amenés à réaliser à l'étranger » (point 2.1.).

Cette liste est exhaustive, donc le responsable de l'équipe ne pourra pas étendre les compétences des agents étrangers à d'autres actes que ceux énoncés¹⁴⁴. Il convient toutefois de reconnaître que la France a fait le choix d'accorder des pouvoirs plutôt étendus aux membres détachés, puisqu'il s'agit des mêmes que ceux reconnus aux agents de police judiciaire français¹⁴⁵.

La possibilité concrète pour les agents étrangers de procéder à de telles mesures et de jouir de l'ensemble des compétences que leur offre l'article 695-2 du CPP dépend néanmoins de la volonté du chef d'enquête, qui agit sous la direction du responsable d'équipe. Ainsi, le chef d'enquête doit désigner précisément quel membre détaché pourra exécuter telle ou telle opération et il peut décider de leur permettre uniquement d'être présents. Il peut même, « pour des raisons particulières », ne pas leur reconnaître cette faculté¹⁴⁶.

Une règle est en outre posée par la circulaire de 2009 concernant le port d'armes de service sur le territoire français par les membres détachés. Cette disposition se retrouve dans le protocole d'accord-type franco-espagnol. Les agents étrangers pourront être autorisés de façon nominative par le Ministère de l'Intérieur de l'Etat d'intervention à porter leur arme de service pour les nécessités de leur activité professionnelle¹⁴⁷. Puisque la LECI ne prévoit rien à ce propos, l'intérêt de l'avoir inscrit dans le protocole d'accord-cadre est évident.

En plus des limites fixées par le droit de l'Etat sur le territoire duquel agit l'équipe commune d'enquête, les pouvoirs des membres détachés sont également circonscrits par les compétences dont ils disposent selon leur droit national. La circulaire de 2009 l'indique expressément, d'une part s'agissant des membres détachés sur le territoire français, et d'autre part à l'égard des agents français détachés à l'étranger^{148;149}.

En résumé, le rôle de chaque membre au sein de l'équipe commune d'enquête est soumis à plusieurs limites : celles fixées par le droit interne – tant de l'Etat de sa nationalité que de l'autre Etat participant – en matière d'équipe commune d'enquête, celles fixées par sa fonction et celles fixées par l'accord de constitution de l'équipe¹⁵⁰.

De par leur spécificité, c'est-à-dire le fait qu'ils agissent sur un territoire autre que leur territoire national, les membres détachés supposent de nombreuses dépenses additionnelles en comparaison avec les membres nationaux (par exemple frais de voyage, frais de logement, ou encore fourniture d'un ordinateur ou d'une voiture)¹⁵¹. Pourrait se poser alors la question de procéder à un détachement ou non, puisqu'il ne s'agit pas d'une obligation pour les Etats participants¹⁵².

Toutefois, constituer une équipe commune d'enquête sans prévoir la présence de membres détachés revient à réduire au minimum les perspectives offertes par l'instrument pour la progression de l'enquête. Par ailleurs, même si leur droit d'effectuer des actes d'enquête sur le territoire de l'autre Etat pose la question de leur responsabilité en cas d'incident, il ne s'agit pas réellement d'un problème susceptible de justifier la décision de ne pas détacher d'agents.

¹⁴⁴ A son point 3.1.2., la circulaire de 2009 énonce même ce que ne peuvent pas faire les membres détachés, à savoir se voir délégués des pouvoirs propres aux officiers de police judiciaire.

¹⁴⁵ Samuel VUELTA SIMON, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête... », *op. cit.*,

¹⁴⁶ Article 5 de la décision-cadre. Ces raisons particulières ne peuvent être constituées par leur seule nationalité étrangère de l'agent (Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, *op. cit.*).

¹⁴⁷ Point 3.1.4. de la circulaire de 2009 et point 7.1. du protocole-cadre d'accord.

¹⁴⁸ Respectivement, points 3.1. et 3.2.

¹⁴⁹ L'article 695-3 du Code de procédure pénale régit également l'intervention des membres détachés par la France.

¹⁵⁰ Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, thèse sous la direction de Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Université Complutense de Madrid, 2015, p. 127

¹⁵¹ Markus MAYER, « Sociological aspects regarding the set up and management of a JIT », in Conny RIJKEN et Gert VERMEULEN (éd.), *Joint Investigation Teams in the European Union: From theory to practice*, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 210

¹⁵² Nadja LONG, « Mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des équipes communes ... », *op. cit.*, p. 32

§3. La responsabilité des participants à l'équipe

Avant de voir les différents principes régissant l'engagement de la responsabilité des membres et directeurs de l'équipe, il convient d'indiquer dès à présent que les membres détachés ne jouissent d'aucune immunité due au fait qu'ils agissent sur un sol étranger. Il n'y a donc aucune assimilation avec le statut des agents diplomatiques.

Par ailleurs, il faut aussi noter qu'aucun texte ne fait reposer tout le poids de la responsabilité sur les directeurs d'équipe, ce qui aurait pu être un autre moyen de retirer toute responsabilité aux membres détachés. Le principe est alors celui d'une responsabilité attachée à chaque personne constituant l'équipe, indépendamment de sa nationalité, de sa fonction et de l'Etat sur le territoire duquel intervient l'équipe.

Premièrement, à son article 3, la décision-cadre vise la responsabilité civile des membres détachés. Sont fixés quatre principes : la responsabilité de leur Etat s'ils causent un dommage sur le sol étranger, la réparation du dommage par l'Etat sur le territoire duquel il a été causé, le remboursement par leur Etat des sommes versées par l'Etat du dommage, et leur assimilation aux membres nationaux quant au droit applicable.

Autrement dit, la responsabilité des membres détachés sera engagée dans l'Etat où a été causé le dommage, selon le droit de cet Etat, lequel pourra ensuite se retourner contre l'Etat ayant détaché le membre ayant causé le dommage. Si son droit le prévoit, cet Etat pourra ensuite se retourner contre son agent afin d'être remboursé¹⁵³. S'agissant des membres nationaux, la logique est la même, mais l'Etat où a été causé le dommage et leur Etat de provenance se confondant, il n'y a pas de difficulté.

Les textes espagnol et français n'ont pas pris de liberté en la matière vis-à-vis des dispositions de la décision-cadre et reprennent les principes fixés¹⁵⁴. Il n'y a donc pas d'intérêt à les étudier ici, puisqu'aucun apport n'a été fait au moment de la transposition. Doit seulement être mentionné le fait que ces règles ont aussi été inscrites dans le protocole d'accord-type rédigé entre les deux pays¹⁵⁵.

Ensuite, s'agissant de la responsabilité pénale, la décision-cadre de 2002 énonce un principe d'assimilation des membres détachés aux membres nationaux, qu'ils soient victimes ou auteurs de l'infraction¹⁵⁶. Contrairement à la matière civile, la circulaire de 2009 reste ici muette. Ce n'est pas le cas du droit espagnol, dont la loi organique 3/2003 établit le régime de responsabilité pénale des membres détachés et reprend le principe énoncé dans le texte européen¹⁵⁷.

Une dernière interrogation subsiste, quant à la responsabilité disciplinaire, laquelle n'est évoquée par aucune disposition française, espagnole ou européenne. S'il s'agit d'un membre national, alors la législation de son Etat de provenance, donc la législation de l'Etat d'intervention, peut s'appliquer. En revanche, dans le cas d'un membre détaché, se pose la question de savoir s'il convient d'appliquer la *lex loci*, comme en matière de responsabilité pénale et civile. En effet, les agents détachés sont des magistrats ou des autorités policières, donc la relation avec leur Etat est très forte, puisque c'est en quelque sorte cet Etat qui est leur employeur. Il pourrait alors paraître opportun d'appliquer ici leur

¹⁵³ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, *op. cit.*

¹⁵⁴ Article 11 de la LECI et point 2.5. de la circulaire de 2009

¹⁵⁵ Point 8 du protocole-cadre d'accord

¹⁵⁶ Article 2

¹⁵⁷ *Ley Orgánica 3/2003 complementaria de la Ley reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España*, adoptée le 21 mai 2003

législation nationale, et non pas celle de l'Etat sur le territoire duquel a été causé le dommage. Cette idée, développée entre autres par Enrique VALLINES GARCÍA¹⁵⁸, est issue de l'article 32 du Traité de Prüm¹⁵⁹.

Une fois l'équipe constituée, les deux Etats participants s'étant accordés sur les différentes règles régissant son fonctionnement, l'enquête commune va pouvoir être mise en place.

¹⁵⁸ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, *op. cit.*, p. 131

¹⁵⁹ « Les fonctionnaires agissant, sur la base du présent Traité, sur le territoire d'une autre Partie contractante restent soumis aux dispositions en vigueur dans leur État en matière de leur relation de service, en particulier en matière disciplinaire ».

CHAPITRE 2 : La phase opérationnelle de l'équipe

L'innovation des équipes communes d'enquête n'est pas seulement de mutualiser les moyens humains des Etats concernés, mais aussi d'affaiblir la logique territoriale, afin d'améliorer l'efficacité et l'effectivité de l'enquête pénale¹⁶⁰. Tandis que dans le cadre de l'entraide répressive traditionnelle, les frontières subsistent, elles s'estompent grandement lorsqu'une équipe commune d'enquête est constituée¹⁶¹.

C'est ainsi que l'enquête, pourtant généralement transnationale, va pouvoir se dérouler dans des conditions proches de celles existant dans le cas d'une enquête purement nationale (Section 1). L'issue de l'enquête sera alors l'occasion de se rendre compte des nombreux apports d'un tel instrument vis-à-vis à la fois des mécanismes de coopération traditionnels et des procédures strictement nationales (Section 2).

Section 1 : Le déroulement de l'enquête

Lors de l'enquête, les membres détachés jouent un grand rôle. En effet, depuis l'étranger, il leur est permis de demander à leur autorité nationale de prendre des mesures d'enquête, sans que s'appliquent les règles relatives aux demandes d'entraide internationale (§2). Par ailleurs, le principe étant celui d'une sorte de « pot commun »¹⁶² à l'intérieur de l'équipe, l'échange d'informations est grandement facilité (§3). Toutefois, pour que cela fonctionne de façon fluide, l'établissement d'une stratégie d'enquête entre les autorités des deux Etats semble nécessaire (§1).

§1. La stratégie d'enquête

Comme cela a été indiqué précédemment, il existe généralement deux responsables d'équipe, chacun dirigeant l'équipe sur le territoire de son Etat membre. Or, l'idée est d'apporter une réponse globale aux faits criminels, c'est-à-dire de les considérer dans leur totalité¹⁶³. Autrement dit, l'enquête développée dans le cadre de l'équipe doit prendre en compte les faits ayant eu lieu des deux côtés de la frontière et les liens existants entre les actes délictueux.

C'est ici tout l'intérêt des équipes communes d'enquête, à savoir offrir un cadre juridique permettant aux autorités d'Etats différents de mener ensemble une unique enquête. Or, pour cela, il est nécessaire que ces autorités se mettent d'accord. De cette logique, découle le besoin d'établir une stratégie d'enquête¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Olivier BEAUVALLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales*, op. cit., p. 108

¹⁶¹ Daniel FLORE indique ainsi que « si la mise en place des équipes communes d'enquête relève bien de l'entraide judiciaire en matière pénale, le fonctionnement de l'équipe d'enquête, une fois qu'elle est constituée, fait exploser tous les mécanismes de l'entraide et fait entrer la coopération entre les autorités des Etats membres dans une autre dimension » (Daniel FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. « Europe(s) », 2^{ème} éd., Larcier, 2014, p. 713).

¹⁶² Entretien avec Renaud VAN RUYMBEKE

¹⁶³ Vincent BLERIOT, « Les équipes communes d'enquête à l'épreuve de la pratique », op. cit., p. 170

¹⁶⁴ La pertinence de l'établissement d'une stratégie d'enquête a été soulignée par le Réseau JITS (*Second JIT Evaluation Report*, 2018, p. 4)

Ni la décision-cadre de 2002, ni les textes français et espagnol de transposition ne donnent d'indications pour établir cette stratégie, et n'en parlent d'ailleurs même pas. Pourtant, les praticiens s'accordent sur l'importance d'un tel acte¹⁶⁵. L'Union européenne en a petit à petit pris conscience et des réflexions ont été menées sur la question dans les derniers textes européens relatifs aux équipes communes d'enquête¹⁶⁶.

La stratégie étant définie comme « l'art de combiner des opérations pour atteindre un objectif »¹⁶⁷, il est impossible de l'établir si un ou plusieurs objectifs n'ont pas été déterminés au préalable. Dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, il faut ainsi qu'aient été identifiés des objectifs communs aux deux autorités participantes. Puisque l'accord de constitution de l'équipe exige que soient définis les buts poursuivis, cette phase préliminaire à l'élaboration de la stratégie ne pose généralement pas de problème.

Ensuite, il faut, d'une part, déterminer les moyens d'enquête qui seront employés, et d'autre part, décider de l'ordre dans lequel il conviendra de procéder. Le premier point n'est pas le plus complexe, et encore moins lorsque les deux droits procéduraux sont assez semblables, ce qui est le cas de l'Espagne et la France¹⁶⁸. Le Réseau des experts ECE souligne simplement à ce propos que les autorités doivent utiliser tout le potentiel offert par les équipes communes d'enquête afin de dessiner la stratégie la plus effective possible^{169;170}.

L'établissement d'une sorte de calendrier est en revanche source de plus de difficultés. En effet, les temporalités des procédures pénales varient souvent d'un Etat à l'autre, ce qui risque de diminuer l'effectivité de l'enquête commune¹⁷¹. Ce serait le cas si par exemple, il est procédé dans un Etat à une interpellation mais que la saisie n'a lieu dans l'autre Etat que quelques jours après, soit suffisamment longtemps après pour permettre aux complices de la personne interpellée de mettre à l'abri la plupart de leurs biens mal acquis.

C'est pourquoi il est nécessaire pour les autorités de se mettre d'accord sur le *tempo* des interpellations ou des écoutes, sur les cibles prioritaires, etc... Cela suppose alors de déterminer si l'équipe va procéder à des actes d'enquête simultanément dans les deux Etats ou successivement.

(Cette question implique en réalité de s'interroger sur plusieurs choses. D'une part, agir de façon simultanée implique des moyens humains supérieurs à ceux requis pour une action dans un seul Etat¹⁷². D'autre part, même si pour des raisons pratiques, il peut parfois être nécessaire d'agir dans les deux Etats au même moment, trop procéder de cette façon risque de conduire à une perte du bénéfice de l'équipe commune d'enquête en termes de proximité et à un retour à la situation antérieure à sa constitution, à savoir deux enquêtes parallèles¹⁷³.)

Un autre avantage de l'établissement d'une sorte de calendrier, au-delà d'une meilleure visibilité par les agents, est que cela permet une meilleure anticipation quant aux formalités procédurales à respecter pour que les actes d'enquête soient réalisés selon l'échéancier fixé¹⁷⁴ (par exemple, demander l'accord du

¹⁶⁵ Entretiens avec Véronique DEGERMANN et Carmen BAENA, laquelle caractérise d'ailleurs la stratégie d'enquête comme « indispensable ».

¹⁶⁶ Résolution du Conseil du 26 février 2010 relative à un modèle d'accord, *op. cit.* ; *Manuel sur les équipes communes d'enquête*, 2011 ; *Guide pratique à l'intention des équipes communes d'enquête*, *op. cit.*

¹⁶⁷ *Dictionnaire encyclopédique Hachette, op. cit.*, p. 1788

¹⁶⁸ Par exemple, les deux systèmes connaissent de la figure du juge d'instruction, prévoient la possibilité de procéder à des interrogatoires, à des saisies, etc...

¹⁶⁹ Réseau JITS, *First JIT Evaluation Report, op. cit.*, p. 5

¹⁷⁰ Il peut s'agir par exemple de ne pas limiter la participation des membres détachés à une simple présence, mais de leur accorder de réels pouvoirs afin de seconder les membres nationaux.

¹⁷¹ Réseau JITS, *First JIT Evaluation Report, op. cit.*, p. 5

¹⁷² Samuel VUELTA SIMON, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête... », *op. cit.*

¹⁷³ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, *op. cit.*, p. 113-114

¹⁷⁴ Olivier BEAUVALLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales, op. cit.*, p. 77

juge des libertés et de la détention pour une sonorisation, selon l'article 706-96 al. 1^{er} du Code de procédure pénale français).

Par ailleurs, cette planification de l'enquête aide à se rendre compte des moyens qui seront nécessaires, tant au niveau humain que technique, et donc des coûts. Or, avoir une idée a priori du budget permet de s'interroger sur la pertinence de demander un soutien financier à Eurojust et de postuler aux offres de financement si opportun¹⁷⁵.

Prenant conscience de l'importance, à plusieurs égards, d'établir une stratégie d'enquête, le Conseil de l'Union européenne a inclus dans son modèle d'accord actualisé de 2010 un nouvel appendice, relatif au Plan d'action opérationnel (PAO)¹⁷⁶. Celui-ci peut être joint à l'accord initial de constitution, ou la liste fournie dans cette annexe peut aussi seulement servir de fil directeur.

De manière générale, il semble que les autorités préfèrent ne pas formaliser trop leur stratégie mais plutôt la développer au cours de réunions entre elles¹⁷⁷. Dans tous les cas, quand bien même un plan d'action serait établi avant la mise en place de l'équipe, celui-ci ne pourra rester inchangé, puisque la stratégie d'enquête dépend nécessairement des éléments obtenus et des informations révélées lors des investigations¹⁷⁸.

Cela explique qu'il est indispensable que les membres de l'équipe, et encore plus les différents responsables, se réunissent de façon périodique pour regarder l'avancée de l'enquête et décider de la voie à suivre. Par ailleurs, le fait pour les enquêteurs d'établir ensemble un échéancier les pousse ensuite à faire les efforts nécessaires à une réelle progression de l'enquête, du fait des engagements pris envers leurs homologues étrangers¹⁷⁹.

Ainsi, du fait d'une stratégie élaborée en commun, l'enquête n'est plus l'objet des autorités d'un seul Etat et les intérêts des deux pays doivent être pris en compte. Par exemple, dans le cadre de l'enquête sur du trafic de stupéfiants ayant donné lieu aux décisions de la chambre pénale de l'*Audiencia Nacional* de 2009 et 2010¹⁸⁰, la *Guardia Civil*¹⁸¹ a choisi de ne pas arrêter directement l'un des individus suspectés, puisque cela risquait de porter préjudice à d'autres actes d'investigation prévus avec la France dans cette enquête.

L'intérêt de l'équipe n'a cependant pas toujours primé face aux intérêts étatiques dans le cadre de la coopération franco-espagnole, comme l'illustre le cas de « l'Opération Faisan ». Constituée fin 2005 pour enquêter sur « l'impôt révolutionnaire » exigé par les *etarras* aux entrepreneurs basques et navarrais, cette équipe a ainsi vu son enquête entravée du fait d'un manque de collaboration de certaines autorités espagnoles¹⁸².

En effet, à cette époque, ETA avait signé une trêve avec l'Etat espagnol et des négociations étaient en cours. Craignant que l'opération d'appréhension d'un certain nombre de membres de l'organisation terroriste ne ruine les efforts de rapprochement entre l'Etat et l'organisation terroriste, certains policiers

¹⁷⁵ *Guide pratique à l'intention des équipes communes d'enquête*, op. cit., p. 10. Pour avoir plus de précisions sur le soutien financier par Eurojust, il est possible de consulter l'infographie (en anglais) disponible dans le *Rapport annuel 2016* d'Eurojust, à la page 20.

¹⁷⁶ Annexe II à la résolution du 26 février 2010 du Conseil, appendice IV

¹⁷⁷ Dans son *Guide pratique à l'intention des équipes communes d'enquête*, le Conseil indique en effet que « une liste de contrôle a été établie pour que les dispositions prises puissent être incluses dans un document spécifique au besoin. Toutefois, en pratique, on a constaté une nette préférence pour des solutions plus informelles » (p. 10).

¹⁷⁸ Olivier BEAUVALLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales*, op. cit., p. 65

¹⁷⁹ *Memoria 2017 del Miembro nacional de España en Eurojust*, op. cit., p. 141

¹⁸⁰ Résolutions 80/2009 et 40/2010, op. cit. (note de bas de page n°75)

¹⁸¹ Force de police à caractère militaire, la *Guardia Civil* espagnole a toutefois plus de pouvoirs que la Gendarmerie française, puisqu'elle peut procéder par exemple à des arrestations de suspects.

¹⁸² Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, op. cit., p. 95

espagnols, plutôt que d'en discuter lors d'une réunion avec le reste de l'équipe, ont préféré prévenir les etarras. Les interpellations ont quand même pu avoir lieu le mois suivant mais un scandale a néanmoins éclaté, mettant à mal les bonnes relations entre la France et l'Espagne¹⁸³. Heureusement, il ne s'agit maintenant plus que d'un mauvais souvenir.

Une fois élaborée la stratégie d'enquête, vient le moment de la mettre en œuvre. Pour ce faire, de nombreux actes d'enquête vont être réalisés, généralement sur le territoire des deux Etats participants. Cette possibilité de prendre des mesures d'enquête d'un côté comme de l'autre de la frontière est grandement facilitée dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, puisqu'il n'y a plus aucun besoin de passer par une demande d'entraide traditionnelle.

§2. L'adoption de mesures d'enquête à l'étranger sans procédure particulière

Au-delà de leur droit à être présents lors des actes d'enquête sur le territoire de l'autre Etat membre et à parfois y procéder eux-mêmes, les membres détachés disposent d'un autre pouvoir très utile à l'enquête. Ainsi, l'article 7 de la décision-cadre de 2002 énonce que « lorsque l'équipe commune d'enquête a besoin que des mesures d'enquête soient prises dans un des Etats membres qui l'ont créée, les membres détachés auprès de l'équipe par ledit Etat membre peuvent demander à leur autorité compétente de prendre ces mesures ».

Cette compétence est reprise dans la LECI à l'identique¹⁸⁴. Quant à la circulaire de 2009, elle l'accorde expressément aux agents français dans l'Etat cocontractant, et de façon plus implicite aux membres détachés sur le territoire français¹⁸⁵.

Après avoir énoncé cette prérogative, la décision-cadre donne une précision et indique que les mesures demandées seront considérées dans l'Etat concerné « selon les conditions qui s'appliqueraient si elles étaient demandées dans le cadre d'une enquête nationale ». C'est dans cette absence de procédure particulière de demande que réside l'innovation. L'Etat membre sur le territoire duquel intervient l'équipe n'a pas à présenter une demande d'entraide traditionnelle à l'Etat membre cocontractant. L'équipe commune d'enquête permet donc de gommer le caractère formaliste et lent de l'entraide judiciaire internationale en établissant un canal direct entre les enquêteurs¹⁸⁶.

En effet, demander la réalisation d'un acte d'enquête dans un autre Etat est généralement un exercice fastidieux. Le magistrat doit souvent émettre une commission rogatoire internationale¹⁸⁷, à travers une procédure longue et peu flexible. Par cet acte, il délègue ses pouvoirs à un autre magistrat ou à un officier de police judiciaire à l'étranger pour qu'il exécute à sa place un acte d'instruction¹⁸⁸.

Hors Union européenne, la demande du premier magistrat sera tout d'abord envoyée au Ministère de la Justice de son Etat, puis transmise au Ministère de la Justice de l'autre Etat – Etat requis –, avant de parvenir au magistrat qui va effectivement exécuter l'acte d'instruction. Dans l'Union européenne, la

¹⁸³ Deux policiers ont finalement été condamnés pour révélation d'informations portant atteinte à la cause publique, le chef de collaboration avec une organisation terroriste n'ayant pas été retenu (chambre pénale de l'*Audiencia Nacional*, 16 octobre 2013, recours n°11/2011).

¹⁸⁴ Article 7§2

¹⁸⁵ La dernière phrase du point 3.3 de la circulaire, relatif à ce pouvoir, indique ainsi que « il en serait de même si les agents détachés de l'Etat cocontractant, agissant sur le territoire français, sollicitaient le magistrat de leur Etat ».

¹⁸⁶ Entretien avec Jesús SANTOS

¹⁸⁷ En Espagne, la commission rogatoire internationale est appelée seulement "*comisión rogatoria*", puisque le terme n'est employé qu'en matière d'entraide répressive internationale.

¹⁸⁸ Définition donnée par le *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2017, p. 232

procédure a été simplifiée et la commission rogatoire est désormais transmise directement du juge requérant à l'autorité destinataire¹⁸⁹. Ont même été développés des instruments de demande d'entraide spécifiques, tels que le mandat d'arrêt européen ou la décision d'enquête européenne¹⁹⁰, mais « même utilisés avec le plus d'efficacité possible, [ces] instruments peuvent encore s'avérer trop lourds dans l'urgence de l'action immédiate »¹⁹¹.

La possibilité offerte dans le cadre des équipes communes d'enquête de demander directement à un magistrat étranger, par l'intermédiaire d'un membre détaché par son Etat, la réalisation d'un acte d'enquête sur son territoire national, sans que soit pris en compte le caractère transnational de la demande, est donc une réelle plus-value. La réactivité face aux imprévus de l'enquête est ainsi accrue, et avec elle, l'effectivité de l'enquête¹⁹².

Johanna SCHAPIRO évoquait comme avantage principal des équipes communes d'enquête le fait qu'il n'y avait pas besoin de demandes d'entraide traditionnelles, puisque l'équipe commune d'enquête permettait d'englober tous les actes d'investigation. Il convient toutefois de nuancer quelque peu cette affirmation enthousiaste.

En effet, si le recours à une équipe dispense en principe ses membres de l'utilisation d'une demande d'entraide traditionnelle, celle-ci n'est pas pour autant exclue, et peut être envisagée principalement dans deux situations¹⁹³. La première hypothèse concerne le cas où l'Etat sur lequel doit être fait l'acte d'enquête n'est pas l'un des Etats participant à l'équipe. Il conviendra alors d'adresser une demande d'entraide « conformément aux instruments ou arrangements pertinents »¹⁹⁴, selon que l'Etat en question est membre ou non de l'Union.

Si cette demande est faite pour servir aux deux Etats participant à l'équipe, elle ne sera formellement établie que par l'un d'entre eux. Afin d'être certain que les éléments recueillis sur l'Etat tiers à l'équipe puissent être utilisés tant par l'un que par l'autre des Etats participants, il apparaît alors opportun d'inclure dans la demande d'entraide une précision à ce propos, pour que l'Etat requis puisse donner son accord à ce que les résultats de son acte servent à l'ensemble de l'équipe¹⁹⁵.

La seconde hypothèse est le cas où l'instrument auquel recourt l'autorité a un autre objet ou une portée différente de l'équipe commune d'enquête constituée. C'est le cas notamment du mandat d'arrêt européen, puisque la garde à vue commencée dans un pays dans le cadre de l'équipe ne peut se poursuivre sur le territoire de l'autre Etat¹⁹⁶. La remise de la personne devra alors s'organiser par le biais d'un instrument de coopération judiciaire autre (mandat d'arrêt ou remise temporaire de personnes détenues).

Sinon, l'impossibilité de déplacer la garde à vue peut être assez facilement contournée. Par exemple, si les autorités de l'un des Etats participants souhaitent procéder à une audition de la personne placée en garde à vue dans l'autre Etat, alors les enquêteurs pourront se déplacer sur le territoire de ce second Etat et l'auditionner là-bas. Cette solution suppose que l'Etat de garde à vue permette aux membres détachés

¹⁸⁹ Voir Christian GUERY, « Commission rogatoire », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, p. 254-313

¹⁹⁰ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014. Pour une comparaison des équipes communes d'enquête et de la décision d'enquête européenne, voir Rositsa ZAHARIEVA, « The European Investigation Order and the Joint Investigation Team - which road to take. A practitioner's perspective », *ERA Forum*, 2017, p. 397-408

¹⁹¹ Olivier BEAUVALLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales*, op. cit., p. 63

¹⁹² *Ibid*, p. 65

¹⁹³ *Guide pratique à l'intention des équipes communes d'enquête*, op. cit., p. 19

¹⁹⁴ Article 8 de la décision-cadre de 2002. La disposition est reprise à l'article 7§3 de la LECI, mais ni la circulaire de 2009, ni le Code de procédure pénale français n'en parlent.

¹⁹⁵ *Guide pratique à l'intention des équipes communes d'enquête*, op. cit., p. 18

¹⁹⁶ Cette question est visée spécifiquement au point 5.1. de la circulaire de 2009.

d'agir sur son sol, et pas seulement d'être présents, mais l'Espagne et la France ayant toutes deux prévu cette faculté dans leur droit, il n'y a pas de problème dans le cadre franco-espagnol.

Une autre option, dans le cas où les membres ne pourraient pas se déplacer, est d'organiser une vidéoconférence entre les agents souhaitant l'interroger et la personne gardée à vue. Cette solution, plus économique que la précédente, a d'ailleurs été mise en œuvre dans le cadre d'une équipe franco-espagnole en 2015. En l'espèce, une équipe avait été constituée afin d'enquêter sur une fraude à la TVA et du blanchiment d'argent. Après plusieurs mois d'enquête, un certain nombre de suspects ont été arrêtés, certains en France et d'autres en Espagne. Les autorités françaises ont alors organisé une vidéoconférence entre deux personnes détenues en France et des enquêteurs espagnols¹⁹⁷.

De manière générale, la possibilité pour les membres détachés de demander à l'autorité compétente de leur Etat l'exécution d'un acte d'enquête sur le territoire de cet Etat sans passer par une procédure spéciale est donc un apport important des équipes communes d'enquête. C'est pourquoi Ludo BLOCK la définit comme l'une des trois innovations de l'instrument, avec la faculté des membres détachés d'exécuter eux-mêmes certaines mesures d'enquête et le partage au sein de l'équipe des informations recueillies indépendamment de l'Etat d'obtention¹⁹⁸.

§3. Le partage de l'information au sein de l'équipe

Afin de faire progresser l'enquête, il est nécessaire de pouvoir s'appuyer sur le maximum d'informations pertinentes. Par conséquent, les renseignements recueillis lors des enquêtes menées par l'équipe doivent être accessibles à tous les participants, indépendamment de l'Etat sur le territoire duquel ils ont été obtenus (B). De plus, il existe parfois déjà dans les fichiers des autorités de l'information utile à l'avancée de l'enquête. Il apparaît donc pertinent que celle-ci puisse être échangée entre les différents Etats contractants (A).

A. *L'échange d'informations obtenues hors du cadre de l'équipe*

La libre circulation de l'information entre les membres de l'équipe est énoncée par l'article 9 de la décision-cadre de 2002, qui indique qu'« un membre détaché auprès de l'équipe commune d'enquête peut [...] fournir à l'équipe des informations qui sont disponibles dans l'Etat membre qui l'a détaché aux fins des enquêtes pénales menées par l'équipe ».

C'est le cas pour les informations obtenues par des investigations antérieures à la constitution de l'équipe et conservées dans les fichiers de l'Etat. Il peut aussi s'agir de renseignements recueillis par une enquête concomitante, mais n'entrant pas dans le cadre de l'équipe commune d'enquête, par exemple lorsqu'une équipe a été constituée pour enquêter sur du trafic de stupéfiants et que, lors d'une autre enquête, portant sur un homicide, la participation d'un trafiquant suspecté venait à être découverte.

De façon surprenante, la LECI ne reprend pas la disposition de la décision-cadre. Or, les décisions-cadres n'étant pas contraignantes sans transposition¹⁹⁹, il semble alors que l'échange de l'information extérieure

¹⁹⁷ Eurojust, *Rapport annuel 2015*, p. 20

¹⁹⁸ Ludo BLOCK, « EU joint investigation teams: Political ambitions and police practices », *op. cit.*, p. 89

¹⁹⁹ Article K.6 b) du Traité d'Amsterdam

à l'enquête développée dans le cadre de l'équipe ne puisse pas s'appliquer dans le cas où l'équipe aurait été constituée par l'Espagne. Cette situation est pourtant étrange, puisqu'il est également de l'intérêt des autorités espagnoles, quand bien même elles souhaiteraient ne pas voir partagée leur information, de pouvoir obtenir celle disponible dans l'Etat cocontractant.

A l'inverse, la circulaire de 2009 est plutôt complète sur cette question, puisqu'après avoir repris la disposition susmentionnée, elle donne quelques indications supplémentaires. Premièrement, elle précise que les informations visées « ne sont pas définies par le texte et ainsi non limitées ». Le droit français permet donc aux agents français d'échanger à peu près toute information qui pourrait être utile dans une enquête réalisée par une équipe commune d'enquête.

Il est ensuite expressément indiqué que les informations contenues dans les fichiers gérés par les services de la police ou de la gendarmerie nationale pourront aussi être transmises par ce biais²⁰⁰. Cette précision est importante car les services de police ont plutôt pour habitude de maintenir la confidentialité de leurs opérations, et non pas de partager les renseignements obtenus²⁰¹.

Une limite est néanmoins fixée par la circulaire de 2009 quant à l'information qui peut être échangée. Celle-ci doit en effet avoir été licitement obtenue²⁰². Se pose alors la question de comment caractériser le caractère licite ou non des méthodes d'obtention de cette information, problématique qui se retrouvera au moment de l'appréciation des différentes preuves apportées lors du procès²⁰³.

Puisque la décision-cadre et la circulaire de 2009 ne concèdent ici qu'une faculté d'échanger l'information, alors il est également possible aux autorités signataires de l'accord de refuser cette compétence aux membres détachés. Il est donc conseillé d'indiquer expressément dans l'accord de constitution de l'équipe si les membres détachés pourront ou pas partager l'information obtenue dans leur Etat avant ou hors du cadre de l'équipe²⁰⁴. Cette précision dans l'accord permet par ailleurs de pallier l'absence de réglementation sur la question dans la LECI.

A côté du partage des informations recueillies hors du cadre de l'équipe commune d'enquête, les renseignements collectés lors des enquêtes menées par cette équipe doivent aussi pouvoir être échangés entre les différentes parties. Plus encore que dans le cas précédent, c'est un partage spontané et en temps réel qui doit être mis en place entre les membres, indépendamment de l'Etat qu'ils représentent.

B. L'accès direct à l'information obtenue dans le cadre de l'équipe

La circulaire de 2009 est très claire à ce propos, puisqu'elle indique que « le but de l'équipe commune d'enquête étant la mise en commun des moyens et des informations afin d'améliorer l'efficacité de l'enquête menée, les agents étrangers détachés doivent avoir accès à l'ensemble de la documentation recueillie par ladite équipe »²⁰⁵. L'emploi du verbe « devoir » montre bien la nécessité de cet accès sans limite à l'information obtenue dans le cadre de l'équipe ; il ne s'agit plus d'une simple faculté comme celle d'échanger les renseignements conservés dans l'un des Etats participants s'ils intéressent l'enquête.

²⁰⁰ Point 4.1.3. de la circulaire de 2009

²⁰¹ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL parlent même d'un « projet "contre-nature" pour ces services » (*La justice française contre ETA*, *op. cit.*, p. 68).

²⁰² Point 4.1.2.

²⁰³ Cette question sera développée dans le Titre 2, Chapitre 2.

²⁰⁴ Réseau JITS, *Second Evaluation Report*, *op. cit.*, p. 4

²⁰⁵ Point 4.1.1.

L'image de « pot commun » évoquée par Renaud VAN RUYMBEKE semble plutôt parlante afin de comprendre la logique régissant l'échange de l'information au sein de l'équipe. Autrement dit, tous les renseignements collectés lors d'enquêtes menées par l'équipe, que ce soit sur le territoire de l'Espagne ou de la France, peuvent être utilisés indistinctement par les membres espagnols et français dans le cadre de l'équipe²⁰⁶. Cette règle impose une grande transparence au sein de l'équipe constituée²⁰⁷. Le partage de l'information, d'une part, n'est plus soumis au bon vouloir d'une autorité – comme c'est le cas dans le mécanisme de l'échange spontané de l'information prévu par l'article 7 de la Convention de 2000 – et, d'autre part, est immédiat.

La plus-value apportée par ce partage instantané est unanimement reconnue, tant par la doctrine que par les praticiens²⁰⁸. Toutefois, il ne coule pas toujours de source et peut être parfois difficile à mettre effectivement en œuvre. L'emploi d'une langue différente pose en effet problème, puisque l'ensemble de l'information et des procès-verbaux devront être traduits. Par ailleurs, Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL pointent du doigt deux autres difficultés.

La première est que les participants à l'équipe commune d'enquête « doivent réinventer l'ensemble de leurs méthodes de travail afin de toujours donner la priorité à un échange d'informations en temps réel »²⁰⁹. La seconde est qu'un tel partage de l'information, du fait des renseignements dont il est question, nécessite une grande confiance entre les Etats²¹⁰. En effet, il paraît logique qu'un Etat qui a des doutes sur l'utilisation que pourraient faire ensuite les autorités étrangères de l'information échangée – notamment, prévenir les délinquants des actions qui pourraient être effectuées contre eux – ne partage pas celle-ci.

Heureusement, l'équipe commune d'enquête crée un cadre plus propice à la confiance. D'une part, si les autorités d'un Etat considèrent que celles d'un autre Etat ne sont pas fiables, alors elles ne décideront pas de la constitution d'une équipe commune d'enquête avec elles, mais préféreront se concentrer sur leur procédure nationale, et émettre éventuellement quelques demandes d'entraide traditionnelle.

D'autre part, contrairement aux autres mécanismes de coopération où l'Etat requis fait en quelque sorte une faveur à l'Etat requérant, les participants à une équipe commune d'enquête ont généralement tous deux un intérêt à ce qu'avance l'enquête. Puisque l'équipe bénéficie aux deux Etats, ils n'ont pas d'intérêt à ne pas collaborer pleinement²¹¹.

Toutefois, la confiance mutuelle ne doit pas concerner que l'engagement des autorités étrangères dans l'équipe et dans la progression de l'enquête ; il faut également que l'autorité puisse être certaine que ses homologues dans l'Etat étranger n'utiliseront pas non plus l'information obtenue à des fins auxquelles elle n'aurait pas consenti.

La décision-cadre de 2002 a justement anticipé cette difficulté et a circonscrit les possibilités d'utilisation de l'information partagée. Ainsi, son article 10 dresse une liste des fins pour lesquelles l'information recueillie dans le cadre de l'équipe peut être employée, liste reprise dans la circulaire de 2009 et la LECJ²¹².

²⁰⁶ Daniel FLORE considère que l'équipe commune d'enquête jouit d'une dimension spécifiquement européenne en ce que, justement, les participants échangent entre eux des informations « comme s'ils faisaient partie d'un espace de justice commun » (*Droit pénal européen, op. cit.*, p. 718).

²⁰⁷ Olivier BEAUVALLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales, op. cit.*, p. 65

²⁰⁸ Jesús SANTOS et Carmen BAENA l'identifient comme l'avantage principal des équipes communes d'enquête.

²⁰⁹ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA, op. cit.*, p. 68

²¹⁰ La confiance mutuelle est « tout l'enjeu des équipes communes d'enquête » (*Ibid.*, p. 70).

²¹¹ Julio PÉREZ GIL, « Actuación policial concertada más allá de las fronteras... », *op. cit.*, p. 66

²¹² Respectivement, au point 4.1.4. et à l'article 8

L'information pourra donc servir « aux fins pour lesquelles l'équipe a été créée », définies dans l'accord de constitution, « pour détecter, enquêter sur et poursuivre d'autres infractions pénales sous réserve du consentement préalable de l'Etat membre où l'information a été obtenue »²¹³, « pour prévenir un danger immédiat et sérieux pour la sécurité publique » et enfin, « à d'autres fins, pour autant que cela ait été convenu par les Etats membres qui ont créé l'équipe ». Sur ce dernier point, la circulaire de 2009 donne une précision quant à l'autorité compétente pour émettre cette autorisation ; il ne pourra s'agir que du magistrat directeur de l'enquête²¹⁴.

Une dernière interrogation relative à l'utilisation de l'information se pose, vis-à-vis des exigences en matière de protection des données. Lorsqu'Annelies BALCAEN a soulevé cette question en 2006, elle avait conclu que, en l'absence de dispositions spécifiques dans la décision-cadre de 2002, il fallait se référer aux droits nationaux²¹⁵. Aujourd'hui, l'Union européenne a adopté des textes relatifs à la protection des données, dont la Directive 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données. Il convient donc de se référer à cet instrument, et plus particulièrement à sa transposition dans les droits français et espagnol²¹⁶.

Au cours de l'enquête, les participants peuvent donc avoir accès à l'information recueillie tant dans un Etat que dans l'autre, afin d'identifier quels actes doivent être réalisés pour faire avancer l'enquête. Cette possibilité, de même que les autres pouvoirs accordés spécifiquement aux agents intervenant dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, offre de nombreuses perspectives à l'équipe et peut être à l'origine de résultats très intéressants.

Section 2 : L'issue de l'enquête

La problématique de l'issue de l'enquête soulève diverses interrogations. D'une part, se pose la question de savoir s'il existe une concordance entre la fin de l'enquête et la dissolution de l'équipe commune d'enquête dans le cadre duquel elle s'insère (§1). D'autre part, il convient de voir ce qui a pu être obtenu grâce à cette enquête (§2).

§1. La dissolution de l'équipe

Il convient en premier lieu d'identifier le moment où il va être mis fin aux activités de l'équipe commune d'enquête (A). Ensuite, se pose la question de l'évaluation de l'équipe une fois dissoute (B).

²¹³ Dans ce cas, il faut obtenir le consentement de l'Etat sur le territoire duquel l'information a été obtenue, lequel ne peut être refusé « que dans les cas où une telle utilisation représenterait un danger pour les enquêtes pénales menées » dans cet Etat ou pour les raisons pour lesquelles il peut refuser l'entraide.

²¹⁴ Point 4.1.4.

²¹⁵ Annelies BALCAEN, « Law enforcement information exchange in the operational phase of a JIT », in Conny RIJKEN et Gert VERMEULEN (éd.), *Joint Investigation Teams in the European Union: From theory to practice*, T.M.C. Asser Press, 2006, p. 112

²¹⁶ La transposition devait être achevée au 6 mai 2018 (art. 63§1 de la directive 2016/680). En France, la directive a été partiellement transposée par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, qui a modifié la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. En Espagne, elle a été transposée par la loi organique de protection des données à caractère personnel (*Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*), entrée en vigueur le 25 mai 2018.

A. Le moment de la dissolution de l'équipe

La définition-même de l'équipe commune d'enquête l'indique expressément ; celle-ci n'est constituée que pour « une durée limitée »²¹⁷. Dans la pratique, celle-ci est souvent fixée à six mois ou un an²¹⁸. La logique voudrait donc que l'équipe cesse ses activités lorsque le délai fixé arrive à son terme. Or, une telle rigidité ne sert pas les intérêts de la répression et serait même en opposition avec la flexibilité qui caractérise l'instrument.

Il est donc prévu que cette durée puisse être prolongée, avec l'accord de toutes les parties. La circulaire de 2009 exige de plus que cette prorogation soit expresse²¹⁹. Un nouvel accord de constitution d'équipe n'est toutefois pas nécessaire, un avenant à l'accord initial étant considéré suffisant par les autorités françaises et espagnoles²²⁰.

Cette prorogation peut avoir plusieurs motifs. D'une part, il peut s'agir de l'hypothèse où l'échéancier n'a pu être respecté, les investigations s'étant finalement révélées plus lentes ou fastidieuses. Dans ce cas, si elles estiment que les actes prévus vont pouvoir être effectués un peu plus tard et qu'il y a un intérêt à ce que cela soit fait dans le cadre d'une équipe commune d'enquête et non dans un cadre purement national, alors les autorités ayant constitué l'équipe pourront décider de la maintenir au-delà du délai initial.

D'autre part, il peut y avoir un intérêt à prolonger l'équipe lorsqu'au cours de l'enquête, des faits nouveaux sont apparus ou si les mesures d'enquête ont conduit vers de nouveaux suspects. La stratégie d'enquête sera alors modifiée et le calendrier actualisé, parfois en dépassant le cadre temporel fixé initialement.

Quelle que soit la situation en présence, le Conseil encourage les parties à discuter de l'avenant de prorogation le plus tôt possible pour ne pas se retrouver pris au piège au dernier moment²²¹. En effet, si l'avenant n'est pas signé avant la date d'arrêt de l'équipe, alors il ne s'agira plus d'une prorogation mais il sera nécessaire d'en constituer une nouvelle.

Se pose également la question du nombre de fois où la durée de l'équipe peut être prolongée. En effet, aucune limite n'est fixée par la décision-cadre, ni par les textes espagnol ou français de transposition, que ce soit quant au nombre de prorogations ou à la durée maximale d'une équipe commune d'enquête. La seule limite serait alors que l'équipe ne devienne pas permanente.

Un débat existe dans la doctrine espagnole justement à propos de savoir s'il ne pourrait pas être justifié, dans certaines circonstances particulières, de constituer une équipe permanente, c'est-à-dire sans fin prévue. En effet, alors qu'Enrique VALLINES GARCÍA a défendu l'idée qu'une équipe commune d'enquête doit porter sur des faits ayant eu lieu dans un champ spatio-temporel déterminé²²², plus récemment, Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO a considéré dans sa thèse de doctorat que constituer une équipe permanente pourrait parfois être opportun²²³.

Cela permettrait de ne passer qu'une fois par la procédure de création de l'équipe, qui peut parfois être complexe, et offrirait plus de stabilité à l'équipe, les membres se connaissant et ayant déjà pu développer

²¹⁷ Article 1^{er}§1 de la décision-cadre

²¹⁸ Constat fait à partir des différents cas énoncés par Patrice OLLIVIER-MAUREL et Hélène DAVO dans leur contribution lors du séminaire « Cooperation in criminal matters... », *op. cit.*

²¹⁹ Point 2.3.

²²⁰ Point 2.3. de la circulaire de 2009 et article 9 de la LECI. De même, le protocole d'accord-type énonce que dans le cas où la date d'expiration de l'accord serait repoussée, il devra être actualisé.

²²¹ *Guide pratique à l'intention des équipes communes d'enquête*, *op. cit.*, p. 11

²²² Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, *op. cit.*, p. 53

²²³ Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza...*, *op. cit.*, p. 126

des habitudes de travail en commun. Pour illustrer son propos, elle donne deux exemples, dont une équipe permanente entre la France et l'Espagne qui aurait pu être constituée dans le cadre de la lutte contre ETA.

Cette proposition est toutefois contestable, non seulement parce que les textes exigent une durée limitée pour l'équipe, mais aussi parce que créer une unique équipe en charge de l'intégralité de la lutte contre ETA ne semble pas forcément adapté en termes d'efficacité de l'enquête. En effet, il paraît compliqué d'envisager que la même équipe puisse enquêter à la fois sur le financement de l'organisation par le biais de « l'impôt révolutionnaire » et sur un attentat à la voiture piégée.

Après la question de la prolongation de l'équipe, il convient de s'intéresser aussi au cas où l'équipe serait dissoute avant la fin du délai fixé. La décision-cadre, de même que la LECI, n'envisage pas du tout cette hypothèse. Ce n'est pas le cas de la circulaire de 2009, qui détaille plusieurs situations. En premier lieu, les Etats participants peuvent, d'un commun accord, mettre fin à l'équipe lorsque les objectifs définis dans l'accord initial ont été atteints. Dans la pratique franco-espagnole, cette situation s'est plusieurs fois répétée²²⁴.

Ensuite, toujours d'un commun accord, l'équipe peut cesser ses activités lorsque les autorités estiment que le but ne pourra pas être atteint de cette façon. Dans la pratique franco-espagnole, il est possible que cela soit arrivé, même si les seules informations disponibles indiquent que l'équipe n'a pas été renouvelée, et non pas qu'elle ait été dissoute avant terme²²⁵.

Tant que l'arrêt de l'équipe est décidé d'un commun accord entre les autorités l'ayant constituée, aucun problème ne se pose réellement. Les choses sont cependant plus délicates lorsqu'il est mis fin à l'équipe de manière unilatérale. Cette faculté est reconnue tant par la circulaire de 2009 que par le *Guide* du Conseil de 2017. Néanmoins, tous deux s'accordent sur le fait qu'une telle dissolution est à éviter²²⁶. En effet, d'une part, l'autorité ayant pris un engagement de type contractuel avec son homologue étranger, elle ne peut revenir sur celui-ci que de façon exceptionnelle, et d'autre part, une telle décision ne prend pas en compte les intérêts de l'autre Etat participant.

Le Conseil souligne ce dernier point dans son *Guide* et indique qu'une attention particulière doit être portée aux cas dans lesquels, les délais étant différents d'un Etat à l'autre, les autorités de l'un doivent conclure leur enquête alors que les autorités de l'autre ont encore besoin d'une coopération²²⁷. Dans cette situation, il n'est pas possible de maintenir l'équipe sur pieds, puisque l'un des Etats n'a plus d'enquête à mener. Il revient aux autorités d'envisager cette question le plus tôt possible et de voir quels autres mécanismes de coopération pourraient être employés, pour ne pas non plus "laisser tomber" l'autre Etat. Ainsi, le caractère unilatéral de la décision d'arrêter l'équipe est amoindri et les engagements pris mieux respectés.

Par ailleurs, la circulaire de 2009 énonce que la durée de l'équipe fixée dans l'accord « ne dispense pas de l'application de l'article 75-1 du Code de procédure pénale, relatif à la fixation par le parquet, du délai de l'enquête, si elle est fondée pour la partie française, sur une enquête préliminaire ». De même, l'article 324 de la LECrim espagnole fixe un délai général de six mois pour l'instruction, qui devient dix-huit mois si l'instruction est considérée complexe. Si elle est complexe, elle peut ensuite être prolongée jusqu'à dix-huit autres mois. En pratique, une instruction pratiquée dans le cadre d'une équipe commune d'enquête

²²⁴ Par exemple, équipe constituée pour enquêter sur le financement d'ETA fin 2005 (« Opération Faisan ») ou équipe conclue en 2010 pour enquêter sur du trafic de stupéfiants par voie aérienne (« Opération Niza »)

²²⁵ Par exemple, équipe créée en 2005 pour enquêter sur l'attentat à la voiture piégée d'Avila

²²⁶ *Guide pratique à l'intention des équipes communes d'enquête*, op. cit., p. 11

²²⁷ *Idem*.

est considérée comme complexe, quel que soit son objet, car elle implique la réalisation d'actes à l'étranger²²⁸.

Pour éviter la situation énoncée précédemment, à savoir que l'enquête doive se conclure dans l'un des Etats participants et pas dans l'autre, les autorités doivent donc prendre en compte les différents délais énoncés ci-dessus.

Enfin, Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO soulève une autre question intéressante quant à l'arrêt de l'équipe. Elle s'interroge en effet sur la nécessité de conclure un accord de dissolution de l'équipe. Serait ainsi clairement établie la date à partir de laquelle les autorités ne peuvent plus partager librement l'information. L'intérêt est ici double, puisque, d'une part, du côté des autorités, cela éviterait ensuite que la validité d'une preuve soit contestée en se fondant sur le fait qu'elle aurait dû être transmise par le biais d'une demande d'entraide traditionnelle, et d'autre part, du côté de la défense, l'action des autorités serait plus encadrée²²⁹.

B. L'évaluation finale de l'équipe

La décision-cadre de 2002 n'envisage pas une évaluation de l'équipe après sa dissolution. Il en est de même de la LECI et de la circulaire de 2009. Cette idée est plus récente, puisqu'elle a été développée en 2012 par le Réseau d'experts ECE lors de sa huitième réunion. L'intérêt d'un tel travail avait toutefois déjà été souligné dès 2009 par Nadja LONG dans son rapport au Parlement européen sur la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des équipes communes d'enquête²³⁰.

Dans ses conclusions, le Réseau JITS donne plusieurs arguments pour expliquer l'utilité de procéder à une évaluation finale. Cette évaluation permettrait notamment d'identifier les obstacles juridiques et pratiques ayant entravé ou retardé la constitution ou le fonctionnement de l'équipe. Une fois identifiés, il sera plus facile de les éviter ultérieurement. L'évaluation aiderait donc à améliorer l'efficacité des équipes communes d'enquête²³¹.

En pratique, se posent toutefois plusieurs questions. Premièrement, il s'agit de déterminer le moment le plus opportun pour réaliser l'évaluation. Les experts ECE s'accordent sur le fait qu'elle doit être faite a posteriori, et non pendant que l'équipe agit encore, afin de pouvoir avoir un retour plus complet sur sa réussite ou les obstacles ayant conduit à un bilan plus mitigé.

Si Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO soutient cette idée, elle va même plus loin et considère que l'évaluation ne devrait être réalisée qu'après la phase de jugement car le succès de l'équipe ne dépend pas des interpellations ou saisies faites, mais de si les preuves recueillies sont ensuite recevables devant le juge et peuvent permettre une condamnation²³². A notre avis, il peut être pertinent de faire une première évaluation finale dès la dissolution de l'équipe, sur les phases constitutive et opérationnelle, puis de compléter cette évaluation, si nécessaire, une fois le jugement acté.

²²⁸ L'article 324 liste en effet différents critères qui font de l'instruction une instruction complexe, dont le fait de devoir réaliser des actes à l'étranger (situation e)). C'est également le cas si sont instruits des faits de terrorisme (situation g)) ou commis par un groupe ou une organisation criminelle (situation a)).

²²⁹ Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza...*, op. cit., p. 141

²³⁰ « Les Etats membres gagneraient certainement à se mettre d'accord sur des critères d'évaluation standard à appliquer à chaque ECE réalisée » (Nadja LONG, « Mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des équipes communes ... », op. cit., p. 40).

²³¹ Réseau JITS, conclusions de la 8^{ème} réunion annuelle, 2012, p. 4

²³² Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza...*, op. cit., p. 142

Les experts se sont ensuite interrogés sur la méthode d'évaluation. S'agissant des personnes en charge d'y procéder, ce peut être soit l'ensemble des autorités ayant constitué l'équipe, assistées des responsables d'équipe si ce ne sont pas les mêmes personnes, soit chaque Etat de façon séparée. Une préférence est donnée à la deuxième option, car il semblerait qu'elle permette plus de sincérité de la part de l'autorité²³³. Dans la pratique, les deux situations se retrouvent²³⁴.

Enfin, concernant le format, les experts nationaux ont considéré que l'évaluation serait facilitée si Eurojust préparait un formulaire standard. Ils ont ensuite établi quelques éléments devant être contenus dans ce questionnaire, de façon non-exhaustive. Doivent donc y être inclus la plus-value de l'équipe *ad-hoc* pour l'enquête, les obstacles juridiques et pratiques rencontrés, le soutien qu'ont pu apporter Europol ou Eurojust et les suites juridictionnelles de l'équipe²³⁵. Ce formulaire a été élaboré par Eurojust et est disponible depuis 2014²³⁶.

Néanmoins, malgré les efforts fournis par le Réseau d'experts ECE, dans la pratique, peu d'évaluations sont effectivement réalisées par les participants aux équipes communes d'enquête. Ainsi, pour établir leur premier rapport d'évaluation, les experts n'ont pu compter que sur quarante-deux évaluations remplies, ce qui est peu au regard du nombre total d'équipes ayant été constituées entre 2006 et 2014, période prise en compte. La France et l'Espagne n'ont rendu respectivement que quatre et cinq questionnaires²³⁷.

Malgré le faible nombre de retours dont disposent les autorités centrales ou européennes sur les équipes communes d'enquête créées, il est quand même possible de voir que les équipes franco-espagnoles ont donné des résultats plutôt satisfaisants.

§2. Les résultats probants des équipes franco-espagnoles

L'étude des différentes équipes franco-espagnoles conclues a révélé que les objectifs ont été atteints à de nombreuses reprises (A). Au-delà de la plus-value de la constitution d'équipes communes d'enquête, ces succès s'expliquent également par les bonnes relations existant entre la France et l'Espagne (B).

A. De nombreuses interpellations et saisies

Comme cela a été dit précédemment, il est impossible d'avoir une vision complète des équipes communes d'enquête constituées entre la France et l'Espagne et de leurs résultats. Pour autant, un certain nombre de communications ont été faites quant à la coopération franco-espagnole et il est également possible de se référer à la presse. Il convient dès à présent de nuancer quelque peu ces sources, puisqu'évidemment, les praticiens ont plus tendance à souligner les équipes auxquelles ils ont participé qui ont donné des résultats que celles n'ayant pas conduit à atteindre les objectifs prévus.

²³³ *Idem*.

²³⁴ Sur l'ensemble des évaluations reçues par le Réseau JITS pour établir son premier rapport d'évaluation, les 2/3 avaient été remplies unilatéralement et 1/3 par les parties à l'accord ensemble (Réseau JITS, *First Evaluation Report*, *op. cit.*, p. 9).

²³⁵ Réseau JITS, conclusions de la 8^{ème} réunion annuelle, 2012, p. 5

²³⁶ Réseau JITS, *First Evaluation Report*, *op. cit.*, p. 7

²³⁷ *Ibid.*, p. 9. Ce manque de propension des autorités françaises à procéder à une évaluation a posteriori des équipes qu'elles ont constituées a par ailleurs été confirmé par Johanna SCHAPIRO.

Une fois cette précision faite, il serait tout de même de mauvaise foi de considérer que les équipes franco-espagnoles n'ont pas fonctionné, de nombreux éléments objectifs attestant de leur réussite. Se pose la question de comment évaluer la réussite d'une équipe commune d'enquête. Ainsi, est-il possible de considérer que l'équipe a été un succès dès lors que les participants ont fait preuve du maximum de coopération, même si, malgré un fonctionnement fluide et un engagement des parties, il n'a pas été possible de recueillir suffisamment de preuves pour clore l'enquête par un renvoi devant la juridiction compétente, ou faut-il, au contraire que des interpellations ou des saisies, objectifs principaux des équipes créées, aient été réalisées ?

Dans le cadre de cette étude, les équipes communes d'enquête ont été considérées réussies lorsque les objectifs définis initialement ont été atteints et que des éléments de preuve ont pu être ensuite amenés devant le juge grâce à elles. Il semble que ce soit l'angle également retenu par les praticiens. En effet, le but de l'instrument est d'améliorer la répression, donc devoir abandonner l'investigation de certains faits par manque de résultats peut difficilement être considéré comme un succès, même si, au regard de la coopération bilatérale, cela peut avoir permis aux autorités françaises et espagnoles d'améliorer leurs habitudes de travail en commun.

La Direction des affaires criminelles et des grâces a, dans l'exposé des motifs de la circulaire de 2009, indiqué que des succès réels ont été remportés grâce aux équipes communes d'enquête, « notamment en matière de trafic de stupéfiants et de terrorisme ». Puisque ce sont les deux domaines de criminalité dans lesquels est le plus mis en œuvre cet instrument, cette précision n'est pas surprenante. Il est toutefois intéressant de voir comment se sont caractérisées les réussites dans chacune de ces matières.

En matière de lutte contre ETA, les équipes communes d'enquête ont permis d'arrêter un certain nombre de membres suspectés et de mettre la main sur du matériel destiné à commettre des attentats ou des extorsions. Ainsi, entre janvier 2004 et décembre 2007, 354 membres ou collaborateurs de l'organisation ont été interpellés, dont 40% sur le territoire français²³⁸.

A titre d'illustration, le 1^{er} septembre 2007, plus de 350 kilogrammes d'explosifs ont été saisis dans une maison à Cahors²³⁹. Lors de la même opération, quatre personnes ont été arrêtées, dont Luis Ignacio Iruretagoyena Lanz, considéré à l'époque comme l'artificier le plus expérimenté de l'organisation²⁴⁰. D'autres personnalités importantes d'ETA ont été arrêtées, que ce soit dans le cadre de « l'Opération Faisan » en juillet 2006, ou en 2007, lorsque Martín Sarasola Yarsabal et Igor Portu Juarena, auteurs de l'attentat du terminal T4 de l'aéroport Barajas, ont été interpellés en Espagne, puis condamnés en 2010 par l'*Audiencia Nacional* à 1 040 années de prison^{241;242}.

Ensuite, en matière de trafic de stupéfiants, s'il est difficile d'arrêter un réseau entier, les autorités espagnoles et françaises ont réussi de nombreuses fois à coordonner leurs interventions, de façon à agir au même moment sur les deux territoires. Ainsi, dans le cadre de « l'Opération Niza », alors qu'en France, étaient arrêtées quatre personnes et saisis plusieurs kilogrammes de cocaïne, en Espagne, était saisi l'hélicoptère servant au transfert de la drogue depuis le Maroc. Ces premières opérations ont ensuite

²³⁸ Jacques MASSEY, *Histoire secrète d'une guerre de cent ans*, Flammarion, 2010

²³⁹ Ludo BLOCK, « EU joint investigation teams: Political ambitions and police practices », *op. cit.*, p. 99

²⁴⁰ Jacques MASSEY, *Histoire secrète d'une guerre de cent ans*, *op. cit.*

²⁴¹ En Espagne, les peines peuvent se cumuler, même si dans la pratique, la réclusion criminelle ne peut dépasser trente ans.

²⁴² Les deux *etarras* sont de nouveau dans l'actualité, depuis que la Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'Espagne le 13 février 2018 pour violation de l'article 3 de la Convention lors de leur interpellation et détention provisoire (Cour EDH, *Portu Juanenea et Sarasola Yarzabal c/ Espagne*, 13 février 2018)

permis de nouvelles interpellations, puisqu'au total, la JIRS de Marseille a condamné vingt-trois personnes dans cette affaire, le 30 avril 2013²⁴³.

Un dernier exemple peut être donné, afin de montrer que les succès ne sont pas exclusifs au terrorisme d'ETA et au trafic de drogue. En effet, en janvier 2015, dans une affaire de fraude à la TVA, les autorités policières françaises et espagnoles ont arrêté vingt-neuf suspects en Espagne et deux en France, et les perquisitions ont révélé plusieurs millions d'euros blanchis²⁴⁴.

Si, d'un point de vue opérationnel, ces différents cas sont des réussites, au regard de la notion de succès développée par Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, il convient toutefois de nuancer un peu. En effet, dans la plupart des exemples mentionnés, les personnes n'ont pas toujours été condamnées par la suite. C'est le cas par exemple des personnes jugées à la suite de leur arrestation par « l'Opération Faisan » pour appartenance à une organisation terroriste ou collaboration avec une organisation terroriste. Des quatre personnes présentées devant elle, la chambre pénale de l'*Audiencia Nacional* n'en a condamné que deux, les deux autres étant relaxées pour manque de preuve²⁴⁵.

En outre, Luis Ignacio Iruretagoyena Lanz n'a pas non plus pu être condamné pour appartenance à une organisation terroriste car, bien que le délit ait été caractérisé, il avait déjà été condamné pour la même infraction par une juridiction française²⁴⁶. Les suites des équipes communes d'enquête, plus particulièrement la phase de jugement, posent donc quelques problèmes. Il s'agit en réalité d'une difficulté que rencontrent les équipes communes d'enquête dans toute l'Union européenne et qui est donc difficilement imputable à la coopération franco-espagnole, qui, de manière générale, « marche très bien »²⁴⁷.

B. Une coopération franco-espagnole au beau fixe

Lorsqu'il évoque la coopération franco-espagnole, Jesús SANTOS va jusqu'à employer la métaphore d'« un mariage heureux entre la France et l'Espagne ». Ces bonnes relations sont le ciment d'une équipe commune d'enquête réussie, car, comme cela a été dit précédemment, le bon déroulement d'une équipe suppose une confiance mutuelle. Confiance entre les Etats, pour accepter que les informations contenues dans leurs fichiers soient partagées avec un autre Etat, mais aussi confiance entre les différentes personnes constituant l'équipe.

A ce propos, le passage de la coopération judiciaire dans l'Union européenne d'une coopération entre autorités centrales à une coopération de juge à juge a joué un rôle important²⁴⁸. Les autorités judiciaires ont ainsi pu commencer à s'identifier réellement en tant que personnes, ce qui est bien différent d'une demande de coopération provenant d'un Etat faisant suite à la requête d'un juge étranger inconnu. En matière d'équipes communes d'enquête, le fait que ce sont souvent les mêmes équipes qui sont constituées²⁴⁹ facilite les choses²⁵⁰.

²⁴³ « Francis Castola condamné à 6 ans de prison pour trafic de drogue par hélicoptère », *L'Express*, 30 avril 2013

²⁴⁴ Eurojust, *Rapport annuel 2015*, op. cit., p. 20

²⁴⁵ Chambre pénale de l'*Audiencia Nacional*, 13 avril 2015, résolution n°22/21015

²⁴⁶ « Absuelven a los cuatro etarras acusados de intentar matar a Aznar con lanzamisiles », *El Confidencial*, 3 février 2016

²⁴⁷ Entretien avec Renaud VAN RUYMBEKE

²⁴⁸ Entretien avec Jesús SANTOS

²⁴⁹ Notamment en matière de terrorisme, du fait de la compétence privilégiée de l'*Audiencia Nacional* et de la juridiction parisienne

²⁵⁰ Entretien avec Véronique DEGERMANN

En effet, les juges et enquêteurs de police qui ont l'habitude de travailler ensemble peuvent plus facilement se faire confiance. Les différentes équipes créées pour enquêter sur le financement d'ETA en sont un bon exemple. Elles ont été constituées pour la plupart entre Laurence Le Vert, juge d'instruction à la section antiterroriste à Paris, et Fernando Grande Marlaska, juge d'instruction à l'*Audiencia Nacional*. Non seulement, les deux magistrats partageaient un intérêt pour les extorsions réalisées au Pays basque et en Navarre, mais ils avaient aussi développé au cours des investigations une grande confiance l'un en l'autre, qui permettait des relations fluides et moins de crainte à créer une équipe commune d'enquête²⁵¹.

Un autre facteur reconnu par les praticiens comme ayant joué un rôle important dans l'élaboration et le maintien d'une bonne coopération entre la France et l'Espagne est la présence d'un magistrat de liaison entre les deux Etats²⁵². Institués au niveau de l'Union par une position commune du 22 avril 1996, à la suite d'une ouverture de poste par la France en Italie, les magistrats de liaison sont aujourd'hui très nombreux. Un magistrat de liaison français en Espagne existe depuis 1997²⁵³.

Afin d'améliorer la coopération mise en place dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, le magistrat de liaison fournit un appui opérationnel aux actions des juges, procureurs et services d'enquête de son pays sur le territoire de l'autre Etat²⁵⁴. Premièrement, dans la phase de constitution, lorsqu'une autorité de l'Etat qu'il représente ou de l'Etat sur lequel il se trouve cherche à identifier une autorité de l'autre Etat intéressée pour coopérer avec elle, il peut déterminer la personne la mieux placée et mettre en contact ces deux autorités. Par ailleurs, il peut fournir des informations sur les spécificités procédurales existant dans l'un ou l'autre pays²⁵⁵.

Enfin, il exerce aussi un rôle de traducteur, tout au long de l'enquête. En effet, bien que, dans la mesure du possible, les responsables d'équipe français cherchent à inclure parmi les membres un enquêteur parlant espagnol, comme à l'inverse les responsables espagnols le font avec un enquêteur parlant français²⁵⁶, ceci n'est pas suffisant puisque tous les procès-verbaux doivent être traduits dans les deux langues²⁵⁷.

Un dernier élément explique la facilité de la coopération entre la France et l'Espagne, à savoir la similitude entre leurs systèmes juridiques. En effet, il existe dans les deux pays un juge d'instruction chargé d'instruire à charge et à décharge²⁵⁸, ainsi qu'un Ministère public²⁵⁹. Les logiques entourant les poursuites pénales sont donc plutôt similaires et les enquêteurs de police ne sont pas perdus parmi les différents acteurs²⁶⁰.

Les deux chapitres précédents ont permis de montrer que les équipes communes d'enquête sont un outil que la France et l'Espagne maîtrisent et dont ni la constitution, ni le déroulement ensuite, ne présentent de réelles difficultés. Pour autant, il faut bien reconnaître que « si les équipes peuvent être un instrument très pratique et efficace, elles ne fournissent pas nécessairement un remède à tous les

²⁵¹ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, op. cit., p. 69

²⁵² Entretiens avec Renaud VAN RUYMBEKE et Carmen BAENA

²⁵³ L'information n'a pas pu être trouvée s'agissant du magistrat de liaison espagnol en France.

²⁵⁴ Samuel VUELTA SIMON, « Le rôle du magistrat de liaison dans un pays membre de l'Union européenne : l'Espagne », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n°3, 2008, p. 498

²⁵⁵ Olivier BEAUVALLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales*, op. cit., p. 204-212

²⁵⁶ Entretien avec Véronique DEGERMANN

²⁵⁷ Cette exigence est expressément indiquée par la circulaire de 2009, au point 3.1.1..

²⁵⁸ En Espagne, l'instruction est régie par les articles 299 et suivants de la LECrim.

²⁵⁹ L'article 105 de la LECrim donne compétence au *Ministerio Fiscal* (ou *Fiscalía*) pour exercer l'action pénale.

²⁶⁰ A l'inverse, dans un Etat où la procédure est purement accusatoire, la figure du juge d'instruction peut sembler complètement incongrue, voire entraîner de la défiance.

obstacles que rencontre la coopération policière transfrontière en matière pénale »²⁶¹. Pour devenir véritablement « l'instrument du futur » comme le considère Johanna SCHAPIRO, certaines barrières doivent encore être dépassées.

²⁶¹ Ludo BLOCK, « EU joint investigation teams: Political ambitions and police practices », *op. cit.*, p. 102

Titre 2 : Les défis

Les principales difficultés en matière d'équipes communes d'enquête ne se posent pas réellement lors de l'existence de celles-ci, mais à leur terme, lorsqu'il s'agit de donner suite aux enquêtes menées. En effet, comme dans le cadre d'une enquête nationale, le but d'une équipe est de recueillir les preuves suffisantes pour établir la vérité sur les faits délictueux poursuivis et en identifier les auteurs. Or, l'incidence du caractère binational de l'enquête conduite dans le cadre de l'équipe, si elle avait pu être minimisée lors du déroulement de l'enquête, ressurgit au moment du renvoi des accusés²⁶² devant les juridictions répressives.

Il convient d'abord d'identifier quelle doit être la juridiction compétente pour poursuivre et juger les faits. En effet, multiplier le nombre d'Etats ayant un lien avec l'enquête revient à multiplier le nombre de juridictions pouvant éventuellement connaître des faits. Les conflits positifs de compétences juridictionnelles sont donc fréquents suite à une équipe commune d'enquête²⁶³. Or, la décision-cadre de 2002 n'aborde pas le sujet (Chapitre 1).

Par ailleurs, une fois la juridiction compétente déterminée, encore faut-il que le juge dispose de suffisamment d'éléments probants pour condamner l'accusé. Or, il lui est parfois difficile d'admettre la validité des preuves obtenues sur le territoire de l'autre Etat, souvent en application de la loi de cet Etat (Chapitre 2).

²⁶² Le terme « accusé » ne s'entend pas ici au sens strict du droit français comme la personne soupçonnée d'un crime et traduite devant la Cour d'assises mais de façon plus large comme la personne soupçonnée d'une infraction, quelle que soit sa gravité, et traduite devant un juge. En effet, cette définition plus extensive est celle retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, de même que par le droit espagnol, qui ne distingue pas selon qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit. De plus, puisque, dans le cadre de ce Titre, il pourra s'agir indistinctement d'un délit ou d'un crime, il semble plus simple d'employer le terme « accusé » de façon générique.

²⁶³ Quant aux conflits négatifs, c'est-à-dire lorsqu'aucune juridiction ne s'estime compétente, ils ne sont que théoriques en l'espèce, puisque cela signifierait que ni l'Espagne, ni la France ne verrait d'intérêt à juger des faits de terrorisme ou de trafic de stupéfiants.

CHAPITRE 1 : Les conflits de compétences juridictionnelles

Le conflit positif international de compétences juridictionnelles en matière pénale peut être défini comme celui existant « lorsque plusieurs Etats sont compétents d'après leur droit national pour poursuivre et juger l'auteur ou les auteurs d'une infraction pénale »²⁶⁴. Or, si l'équipe commune d'enquête permet de mener une unique enquête, chaque Etat conserve généralement une possibilité de poursuivre et juger les auteurs. Ce simple conflit de compétences soulève dans la pratique un véritable problème, dont les causes sont multiples (Section 1).

L'attribution de la compétence à telle ou telle juridiction doit être réalisée avec soin, puisque ce choix est loin d'être anodin. En effet, en découlent un certain nombre de conséquences pratiques (Section 2). Heureusement, dans le cadre de la coopération franco-espagnole, il est rare que ne soit trouvée aucune solution, même s'il reste difficile de trouver une issue entièrement satisfaisante (Section 3).

Section 1 : Les causes du problème

Contrairement à la matière civile, il n'existe pas d'instrument contraignant de droit européen permettant de désigner la juridiction compétente dans le cadre d'un litige international en matière pénale (§1). Il convient donc de fonder la compétence juridictionnelle sur les règles nationales, c'est-à-dire, dans le cadre de ce mémoire, sur les normes françaises et espagnoles. Or, en application de ces dispositions, plusieurs fors peuvent être considérés comme compétents (§2).

Toutefois, malgré cette compétence multiple, il est primordial de ne pas faire coexister deux jugements sur les mêmes faits. En effet, une telle situation revêt une dimension problématique, au regard des droits des personnes poursuivies ou jugées, plus précisément du principe *ne bis in idem* (§3).

§1. L'absence d'instrument européen contraignant de résolution du conflit

Face aux échanges de plus en plus mondialisés, les litiges internationaux sont devenus monnaie courante. Qu'il s'agisse d'un contrat signé entre deux entreprises situées dans deux pays différents, d'un divorce entre deux personnes de nationalités différentes, ou encore d'une infraction commise sur le territoire d'un Etat par une personne ressortissante d'un autre Etat, les domaines touchés et les éléments d'extranéité sont nombreux et diversifiés.

La matière pénale fait office d'exception, en opposition à la matière civile, en ce que l'Union européenne n'a pas adopté d'instrument fixant des règles contraignantes de résolution du conflit de compétences pouvant exister entre les différentes juridictions²⁶⁵.

²⁶⁴ Juliette LELIEUR, « L'Union européenne face aux conflits de compétences pénales », in Delphine BRACH-THIEL et François FOURMENT (coord.), *Questions de droit pénal international, européen et comparé. Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier*, PUN – Editions Universitaires de Nancy, 2013, p. 257

²⁶⁵ En matière civile et commerciale, il existe le « système de Bruxelles », composé de la Convention de Bruxelles (1968) et des règlements ayant communautarisé et développé les règles fixées par cette Convention.

En effet, le seul acte propre aux conflits de compétences juridictionnelles existant est une décision-cadre de 2009. Or, une décision-cadre ne bénéficie pas de l'effet direct reconnu aux directives lorsqu'elles ne sont pas transposées²⁶⁶. De plus, celle-ci ne fixe pas réellement de règles de résolution du conflit permettant de ne conclure à la compétence que d'une seule juridiction, mais a seulement pour but d'instaurer une discussion entre les autorités pour les aider à déterminer quelle serait la juridiction la mieux placée. Autrement dit, cet instrument est loin de permettre de résoudre effectivement le conflit s'il persiste après l'échange entre les autorités

D'autres textes traitent de la détermination de la juridiction compétente, mais aucun d'entre eux ne fixe non plus de règles rigides de résolution du conflit. Ainsi, la directive de 2017 sur le terrorisme²⁶⁷ et la décision-cadre de 2008 sur la criminalité organisée²⁶⁸, qui, du fait de leur objet, pourraient être applicables en matière d'équipe commune d'enquête, comportent toutes deux un article relatif à la compétence et aux poursuites²⁶⁹.

Toutefois, même si elles énoncent que l'objectif est de centraliser les poursuites dans un seul Etat membre, ces dispositions ne dressent ensuite qu'une liste des éléments qui pourraient être pris en compte. De plus, ces éléments ne sont pas hiérarchisés, donc chaque Etat pourrait se sentir concerné par l'un des critères fixés et considérer qu'il faut donner priorité à celui-ci.

Par ailleurs, Eurojust s'est intéressé spécifiquement à ce problème. A ainsi été adoptée avec le rapport de 2003 une annexe intitulée « Comment décider à quelle juridiction confier les poursuites ? »²⁷⁰, dont le contenu a été révisé en 2016²⁷¹. Si l'action d'Eurojust a permis une nette amélioration du problème, elle ne permet toutefois toujours pas une prévention et une résolution pleinement satisfaisantes des conflits de compétences juridictionnelles en matière pénale dans l'Union européenne.

En effet, d'une part, les instruments adoptés par Eurojust ne créent pas d'obligation pour les Etats, et d'autre part, sont seulement établies des « lignes directrices », lesquelles sont expressément caractérisées par l'agence comme n'étant pas contraignantes²⁷². La subjectivité des autorités dans la détermination de la juridiction compétente reste donc très importante.

Se pose tout de même la question des raisons d'une telle différence entre la matière civile, où des règles strictes de résolution des conflits de compétences existent depuis plus de cinquante ans, et la matière pénale, où n'ont pu être développés que des critères non-hiérarchisés et facultatifs.

Les obstacles à la fixation par l'Union européenne de règles rigides de compétence juridictionnelle en matière pénale sont principalement au nombre de deux. Il s'agit ainsi, d'un côté, du droit de punir de chaque Etat, élément de sa souveraineté, et, d'un autre côté, de la question de l'opportunité ou de la légalité des poursuites²⁷³.

Concernant le premier obstacle, il tombe sous le sens que « tout règlement d'un conflit de compétences entre deux Etats membres compétents pour connaître d'une affaire porte nécessairement atteinte au droit

²⁶⁶ La décision-cadre de 2009 a finalement été transposée dans les droits français et espagnol par des lois de 2015. Pour la France, voir Blandine THELLIER DE PONCHEVILLE, « La transposition manquée de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative aux conflits de compétences », *AJ Pénal*, 2015, p. 528-532.

²⁶⁷ Directive 2017/541 du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme

²⁶⁸ Décision-cadre 2008/841/JAI du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée

²⁶⁹ Respectivement, les articles 19 et 7. En matière de terrorisme, ces dispositions existaient déjà dans la décision-cadre 2002/475/JAI, applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la directive.

²⁷⁰ Eurojust, *Rapport annuel 2003*, annexe p. 60-66

²⁷¹ Eurojust, *Rapport annuel 2016*, p. 54-60

²⁷² *Ibid.* p. 56

²⁷³ Polyvios PANAYIDES, « Conflicts of jurisdiction in criminal proceedings : Analysis and possible improvements to the EU legal framework », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 77, n°1, 2006, p. 115

de poursuivre d'un Etat, et donc au-delà à son droit de punir »²⁷⁴. En effet, en désignant les juridictions d'un seul Etat comme compétentes, l'instrument oblige les juridictions de l'autre Etat à se dessaisir.

Or, une telle négation de compétence a plus d'incidence en matière pénale qu'en matière civile. Alors que les litiges civils ne concernent que des enjeux entre personnes privées, dans le procès pénal, est presque toujours mis en cause un organe de poursuite qui représente l'intérêt général²⁷⁵. Des réflexes souverainistes poussent donc les Etats à n'avoir confiance que dans leur propre système de justice et à vouloir exercer leur droit de punir plutôt que laisser un autre Etat exercer le sien²⁷⁶.

Par ailleurs, s'agissant de la violation du principe de légalité des poursuites par l'établissement de règles harmonisées de compétence pénale, ce point a une importance particulière ici, puisque l'Espagne, contrairement à la France, connaît de ce principe²⁷⁷. Or, attribuer compétence aux juridictions françaises plutôt qu'espagnoles risque de conduire les autorités espagnoles à devoir refuser de poursuivre un acte qu'elles savent contraire à la loi, donc à ne pas respecter le principe de légalité des poursuites. Toutefois, il est délicat d'attribuer automatiquement la compétence aux juridictions espagnoles en application de ce principe. Par ailleurs, une telle logique de résolution du conflit conduirait à des situations très compliquées lorsque les deux Etats concernés connaissent du principe de légalité des poursuites.

En l'absence d'un texte européen d'identification de la juridiction compétente, il convient de se référer aux textes nationaux. Or, l'application des règles de compétence nationales conduit généralement à donner compétence aux tribunaux de plusieurs Etats.

§2. La concurrence de plusieurs fors

Deux facteurs ont contribué à une multiplication des conflits positifs de compétences juridictionnelles. D'une part, les Etats ont développé des chefs de compétence de plus en plus étendus, et d'autre part, la criminalité transfrontière s'est accrue²⁷⁸.

La compétence pénale traditionnelle est celle attachée au lieu de commission de l'infraction. En France, cette compétence territoriale est large, puisqu'il suffit que l'un des faits constitutifs de l'infraction ait eu lieu sur le territoire français²⁷⁹. C'est pourquoi, par exemple, dans un cas d'extorsion, la juridiction française sera compétente si la lettre de menaces a été écrite en France, même si la remise des fonds a eu lieu ensuite sur le territoire espagnol.

La loi organique sur le Pouvoir judiciaire, qui détermine la compétence des juridictions répressives espagnoles, ne donne pas de précision sur ce que signifie un délit commis sur le territoire espagnol. Toutefois, il semble difficile d'imaginer que les juridictions espagnoles ne se reconnaissent compétentes que si l'intégralité des faits constitutifs a été commise sur leur territoire. Par conséquent, dans l'exemple susmentionné d'extorsion, il faut supposer que la juridiction pénale espagnole serait également compétente du fait de la remise sur son territoire.

²⁷⁴ Emmanuel BARBE, « Comment pallier l'absence de règles harmonisées de conflit de compétence en matière pénale ? », in Fabienne JAULT-SESEKE, Juliette LELIEUR et Christian PIGACHE (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009, p. 79

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 84

²⁷⁶ Marie DUFFOURC, « Conflits de compétences entre juridictions répressives des États membres », *Droit pénal*, n°9, Etude n°21, 2010, p. 21-24

²⁷⁷ Entretien avec Carmen BAENA

²⁷⁸ Emmanuel BARBE, « Comment pallier l'absence de règles harmonisées de conflit de compétence en matière pénale ? », *op. cit.*, p. 80

²⁷⁹ Article 113-2 du Code pénal

Rien qu'en se fondant sur la compétence territoriale, il a été possible de reconnaître la compétence à la fois des juridictions espagnoles et françaises, puisque le délit a été commis des deux côtés de la frontière. Avec la criminalité transfrontière, cette situation se retrouve tous les jours, puisque, par définition, les auteurs n'agissent pas sur un seul territoire. Les équipes communes d'enquête étant généralement constituées dans des cas où les infractions affectent deux Etats, la problématique de la concurrence des compétences territoriales se pose avec une acuité particulière.

En outre, les fors possibles se multiplient encore du fait des compétences internationales larges que se reconnaissent les Etats²⁸⁰. La France va, dans ce domaine, plus loin que l'Espagne. En effet, alors que les juridictions françaises sont compétentes dès lors que la victime est française « pour tout crime ou tout délit puni d'emprisonnement »²⁸¹, la compétence personnelle passive n'est reconnue en Espagne que pour certaines infractions, par exemple le terrorisme²⁸². De plus, en matière de compétence personnelle active, alors que la réciprocité n'est exigée en France que pour les délits, les juridictions espagnoles devront vérifier, quelle que soit l'infraction, qu'elle est bien punie par la loi de l'Etat de commission²⁸³.

Du fait de ces autres champs de compétence, un conflit peut apparaître alors même que l'infraction a été intégralement commise sur le territoire d'un seul Etat. Il faudra tout de même, que ce soit en France ou en Espagne, que le Ministère public fasse une requête pour que puisse jouer la compétence personnelle. Néanmoins, cette condition n'est pas très difficile à remplir, de même que celle de la réciprocité. La possibilité de concurrence des fors français et espagnol s'accroît donc encore.

Il faut également mentionner les compétences universelle et réelle accordées à leurs juridictions par les lois française et espagnole²⁸⁴, bien qu'elles semblent devoir moins s'appliquer en matière d'équipes communes d'enquête. L'hypothèse n'est toutefois pas à exclure, par exemple dans le cas d'un réseau de falsificateurs de monnaie espagnole ou française. Si le laboratoire de falsification se trouve sur le territoire de l'autre Etat, alors pourrait s'ajouter la compétence territoriale d'un Etat à la compétence réelle de l'autre. Et il n'a même pas été question de la nationalité des auteurs pour fonder ces compétences...

Par ailleurs, la circulaire de 2009 indique une autre hypothèse où la compétence des juridictions françaises peut être retenue, alors même que les faits n'ont été commis, ni en France, ni par un ressortissant français ou contre un ressortissant français. Il s'agit du cas où les faits commis à l'étranger par un étranger « apparaissent comme formant un tout indivisible avec les infractions également imputées en France à cet étranger et dont [la juridiction française] est légalement saisie »²⁸⁵. Basée sur la connexité des faits, cette solution est issue d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 23 avril 1981.

Ces différents exemples ont permis de montrer à quel point sont fréquentes les situations où les juridictions de plusieurs Etats sont compétentes, dès lors qu'existe un élément d'extranéité. Dans les cas où des équipes communes d'enquête sont constituées, un conflit de compétences a lieu quasi systématiquement, du fait du caractère transfrontière des faits investigués.

Or, la compétence concurrente de plusieurs juridictions, et le risque conséquent de la teneur de deux jugements parallèles, soulève de nombreuses interrogations. Premièrement, il est possible que les deux juridictions rendent des décisions contradictoires sur la même affaire, ce qui décrédibiliserait grandement

²⁸⁰ Juliette LELIEUR, « L'Union européenne face aux conflits de compétences pénales », *op. cit.*

²⁸¹ Article 113-7 du Code pénal

²⁸² Article 23§4 e) de la LOPJ

²⁸³ Respectivement, articles 113-6 du Code pénal et 23§2 de la LOPJ

²⁸⁴ Pour la France, il s'agit respectivement des articles 113-10 du Code pénal et 689-1 à -12 du Code de procédure pénale. Pour l'Espagne, ce sont les articles 23§3 et 23§4 p) de la LOPJ.

²⁸⁵ Point 6.1.1.1. de la circulaire

la justice et poserait question quant à l'exécution des décisions. Ensuite, l'existence de deux procès n'intéresse financièrement ni les Etats, d'un point de vue de l'économie procédurale, ni l'accusé, qui pourrait être contraint de payer deux avocats. Enfin, le risque de porter atteinte aux droits fondamentaux de l'accusé est grand, notamment vis-à-vis du principe *ne bis in idem*²⁸⁶.

§3. Le risque accru de violation du principe *ne bis in idem*

Le principe *ne bis in idem* peut être défini comme « l'interdiction de poursuivre la même personne plus d'une fois pour la même conduite »²⁸⁷. Plusieurs éléments doivent ici être soulignés. Premièrement, comme l'indique le terme « poursuivre », et ceci a été confirmé tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de justice de l'Union européenne, il n'est pas exigé que la personne ait été une première fois jugée, ni qu'un procès soit en cours dans la seconde procédure. Ainsi, s'il est mis fin à l'action pénale dans un Etat après une composition entre le Ministère public et les personnes poursuivies, alors ces dernières ne pourront pas être poursuivies de nouveau dans un autre Etat pour les mêmes faits²⁸⁸.

Par ailleurs, il convient de noter que le principe *ne bis in idem* s'applique à la fois à des procédures successives (ou parallèles, d'une part, pénale et, d'autre part, administrative) au sein d'un même Etat, ou entre deux Etats. Le champ d'application du principe dépend en réalité du texte sur lequel est fondée la protection de l'individu.

En premier lieu, l'article 4 du Protocole n°7 à la Convention EDH, première disposition européenne à consacrer le principe *ne bis in idem*²⁸⁹, ne concerne que les procédures menées dans un même Etat. Ce texte ne tend donc pas à s'appliquer aux suites d'une équipe commune d'enquête, où existe un conflit entre les juridictions de plusieurs Etats.

La dimension transnationale du principe apparaît avec la Convention d'application des Accords de Schengen, plus précisément à son article 54²⁹⁰. La Charte des droits fondamentaux²⁹¹ consacre ensuite de façon large le principe *ne bis in idem*, puisque son article 50 prévoit qu'il s'applique à deux procédures au sein d'un même Etat, entre deux Etats membres de l'Union ou de façon verticale, entre une procédure au niveau étatique et une procédure supranationale. Les justiciables peuvent donc se prévaloir de nombreuses dispositions pour opposer aux poursuites le droit de ne pas être puni deux fois pour les mêmes faits.

Le terme « *idem* » a longtemps fait débat, quant à savoir s'il fallait se baser sur les qualifications juridiques ou sur la matérialité des faits. La CJUE et la Cour EDH ont finalement décidé que ce qui importait était l'identité matérielle des faits²⁹². Cette solution semble la plus appropriée, puisqu'il n'est pas rare que des mêmes faits soient sanctionnés d'une manière distincte d'un Etat à l'autre. Par exemple, alors que la

²⁸⁶ John VERVAELE, « El principio de *non bis in idem* en Europa », *Publications du Portail ibéro-américain des Sciences pénales*, Institut de Droit pénal international et européen, Université de Castilla-la-Mancha, 2006, p. 2 : http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4vervaele_def.pdf

²⁸⁷ "The prohibition on prosecuting the same person more than once for the same conduct " ; Juliette LELIEUR, « 'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty », *Utrecht Law Review*, vol. 9, n°4, 2013, p. 198

²⁸⁸ CJCE, *Gözütok et Brügger*, 2003, C-187/01

²⁸⁹ Adopté en 1984, ce protocole est entré en vigueur en France en 1988 et en Espagne en 2009.

²⁹⁰ Adoptée en 1990, la CAAS a été intégrée au droit de l'Union européenne avec le Traité d'Amsterdam.

²⁹¹ La Charte a été adoptée en 2000 et est devenue contraignante depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

²⁹² CJUE, *Van Esbroeck*, 2006, C-436/04 ; Cour EDH, grande chambre, *Zolotoukhine c/ Russie*, 10 février 2009

bande organisée constitue en France une circonstance aggravante et n'est pas répréhensible de façon autonome²⁹³, en Espagne, « l'appartenance à une organisation criminelle » et « l'appartenance à un groupe criminel » sont des délits à part entière²⁹⁴. En choisissant l'autre conception du terme « *idem* », il est possible que le principe *ne bis in idem* n'ait alors pas trouvé à s'appliquer dans ce cas.

Par ailleurs, il convient de souligner que le principe *ne bis in idem* ne s'applique pas à des enquêtes parallèles, mais nécessite qu'une décision définitive ait été rendue concernant la participation de la personne aux faits en question. Cette condition est posée à la fois par la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁵. Il n'est néanmoins pas exigé que cette décision définitive soit une condamnation, puisqu'un acquittement par la juridiction répressive²⁹⁶, ou même une ordonnance de non-lieu²⁹⁷, sont considérés comme des décisions définitives pour l'application du principe *ne bis in idem*.

L'élément déterminant afin de pouvoir caractériser la décision comme définitive est l'autorité de la chose jugée dont elle est revêtue. La décision acquiert cette autorité « lorsque les voies de recours ne sont plus possibles, soit parce que leur délai d'exercice est expiré, soit parce qu'elles ont été exercées et jugées »²⁹⁸. La décision est alors « considérée comme l'expression de la vérité »²⁹⁹, ce qui explique qu'il n'est pas possible de revenir dessus sans mettre en cause la légitimité du système judiciaire, et donc celle de l'Etat³⁰⁰.

Or, le problème qui se pose dans le cas d'un conflit entre juridictions de deux Etats différents est que l'application du principe *ne bis in idem* suppose alors le respect de l'autorité de la chose jugée de la décision rendue dans un autre Etat. Autrement dit, cela implique une reconnaissance du jugement étranger³⁰¹.

Une telle reconnaissance nécessite toutefois une confiance dans la justice de l'autre Etat, confiance qui, bien que considérée comme un principe du droit pénal de l'Union européenne³⁰², fait régulièrement défaut. Si la défiance peut parfois être justifiée³⁰³, elle reste tout de même préjudiciable pour l'application du principe *ne bis in idem* et peut, par extension, porter atteinte aux droits des personnes poursuivies³⁰⁴. Heureusement, dans la pratique franco-espagnole, dans le cas où deux juridictions se seraient estimées

²⁹³ Article 132-71 du Code pénal

²⁹⁴ «*Pertenencia a organización criminal*» et «*pertenencia a grupo criminal*», respectivement prévus par les articles 570 bis et 570 ter du Code pénal

²⁹⁵ Pour une vue d'ensemble de la jurisprudence de la CJUE sur le principe *ne bis in idem*, voir Eurojust, *The Principle of Ne Bis in Idem in Criminal Matters in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, 2017. Pour celle de la Cour EDH, voir la Fiche thématique préparée par l'Unité de presse de la Cour, « Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois (le principe *non bis in idem*) », mise à jour en avril 2018, disponible sur <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Non_bis_in_idem_FRA.pdf>.

²⁹⁶ CJUE, *Van Straaten*, 2006, C-150/05

²⁹⁷ CJUE, *M.*, 2014, C-398/12

²⁹⁸ Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 1035

²⁹⁹ *Idem*.

³⁰⁰ John VERVAELE, « El principio de *non bis in idem* en Europa », *op. cit.*, p. 1

³⁰¹ Fabienne JAULT-SESEKE et Juliette LELIEUR, « Les différences d'approche de l'espace judiciaire européen sur les plans civil et pénal » in Fabienne JAULT-SESEKE, Juliette LELIEUR et Christian PIGACHE (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009, p. 6

³⁰² Fabienne GAZIN, Catherine HAGUENAU-MOIZARD et Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2015, p. 106. Pour des développements sur ce principe, voir p. 106-119.

³⁰³ Par exemple, lorsqu'un mandat d'arrêt est émis par un Etat dont l'état des prisons a été dénoncé par la Cour EDH, et donc qu'il existe un risque pour les individus visés d'être soumis à des conditions de détention violant leurs droits fondamentaux (CJUE, grande chambre, *Aranyosi et Căldăraru*, 2016, C-404/15 et C-659/15 PPU)

³⁰⁴ C'est pourquoi un certain nombre d'experts espagnols ont considéré que les exceptions à l'application du principe *ne bis in idem* devaient se limiter aux hypothèses où la première procédure a précisément été mise en place dans le but de favoriser l'impunité de la personne responsable (Rosa Ana MORAN MARTINEZ et Isabel GUAJARDO PEREZ (coord.), *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo*, Centro de Estudios Jurídicos, 2007, p. 55).

compétentes pour les mêmes faits, le jugement le plus rapide est reconnu par la juridiction étrangère et le principe *ne bis in idem* appliqué³⁰⁵.

Cette hypothèse pose cependant question, eu égard à la bonne administration de la justice. En effet, premièrement, la règle "premier arrivé, premier servi" ne prend pas en compte les intérêts de la victime. Par ailleurs, elle peut conduire à une situation où le premier Etat acquitte par manque de preuves quand l'autre Etat disposait de ces éléments³⁰⁶, cet inconvénient étant toutefois amoindri dans le cas où une équipe commune d'enquête a été constituée, du fait du partage de l'information entre tous les membres. Enfin, il faut également envisager l'hypothèse dans laquelle le premier Etat condamne la personne poursuivie alors que la prescription est acquise dans l'autre Etat compétent, ce qui est problématique d'un point de vue des droits du suspect.

Il y a donc un intérêt certain à régler le conflit de compétences a priori, avant qu'une décision ne soit rendue et que l'autre juridiction se retrouve obligée par le principe *ne bis in idem* à refuser sa compétence. La désignation du tribunal finalement chargé de juger les faits ne doit pas résulter d'un critère arbitraire, à savoir la rapidité des procédures, mais reposer sur une analyse des faits et la prise en compte de divers éléments. En effet, ce choix n'est pas sans conséquences.

Section 2 : Les implications de la détermination de la juridiction compétente

La décision de donner compétence aux juridictions d'un Etat plutôt qu'à celles d'un autre soulève des questions à la fois pratiques et juridiques. Certaines sont dues à la participation de deux Etats à l'enquête (§1), tandis que les autres découlent du principe de solidarité des compétences juridictionnelle et législative (§2). Ces difficultés existent quels que soient les Etats membres participants à l'équipe commune d'enquête mais seront ici illustrées à travers l'expérience franco-espagnole.

§1. Le transfert des procédures

Lorsqu'ont été désignées les juridictions compétentes pour juger les faits, les juridictions dont la compétence n'a pas été retenue doivent se dessaisir expressément au profit des juridictions étrangères (A). Puisque l'enquête a pu être menée indistinctement en France ou en Espagne, alors les interpellations et saisies conséquentes ont également pu avoir lieu des deux côtés de la frontière. Cela peut poser un problème au moment du jugement, car les éléments de preuve et les personnes accusées ne se trouvent pas nécessairement dans le bon Etat. Il y a donc parfois nécessité de procéder au transfert des personnes arrêtées (B), de même qu'à celui de certains éléments de preuve (C), ce qui suppose des frais et, parfois, des complications organisationnelles³⁰⁷.

³⁰⁵ Entretien avec Renaud VAN RUYMBEKE

³⁰⁶ *European Law Institute, Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union*, Projet de recherche universitaire sous la direction de la Professeure Katalin LIGETI, 2017, p. 14

³⁰⁷ Eurojust, Rapport sur le séminaire stratégique "Conflicts of jurisdiction, transfert of proceedings and *Ne bis in idem* : successes, shortcomings and solutions" organisé à La Haye le 4 juin 2015, p. 9

A. La dénonciation officielle

Afin de mettre en pratique la désignation de telle ou telle juridiction pour connaître des faits, il convient que les juridictions qui ne sont finalement pas saisies de l'affaire procèdent à une dénonciation officielle. Celle-ci, appelée en Espagne "cession de juridiction"³⁰⁸, « consiste, pour un Etat, à manifester la reconnaissance de la validité de la justice d'un autre en cédant sa compétence pour juger des crimes ou délits commis sur son territoire »³⁰⁹.

Elle est prévue notamment par la Convention du Conseil de l'Europe sur la transmission des procédures répressives, de 1972. Or, la France n'a ni ratifié, ni signé cette Convention, donc, malgré son entrée en vigueur en Espagne en 1988, elle n'est pas applicable dans le cadre des relations franco-espagnoles. Il existe toutefois un autre fondement à une dénonciation officielle par les autorités françaises ou espagnoles : l'article 6 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale dans l'Union européenne du 29 mai 2000, intitulé « transmission des demandes d'entraide »³¹⁰.

En vertu de cette disposition, les autorités centrales des Etats n'interviennent pas dans le transfert des poursuites, mais il s'agit d'une compétence des autorités judiciaires. En droit français, la dénonciation officielle relève de la compétence exclusive du Procureur de la République³¹¹. En droit espagnol, il semble logique que l'autorité compétente soit le *Fiscal*, puisque, comme c'est à lui qu'il revient de défendre l'intérêt public, il est le mieux placé pour estimer que les juridictions de son Etat peuvent ou non se dessaisir.

La France a pratiqué la dénonciation officielle au profit de l'Espagne pour la première fois en 2007, concernant deux supposés *etarras* faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen de la part de l'Espagne. Arrêtés à la frontière en possession d'une arme et de faux documents, Garikoitz Etxebarria Goicoechea et Asier Larrinaga Rodríguez étaient poursuivis par les autorités espagnoles pour actes de terrorisme, participation à une organisation criminelle, possession d'explosifs et falsification de plaques minéralogiques. Les délits pour lesquels ils allaient être jugés en Espagne étant plus graves et un risque de violation du principe *ne bis in idem* existant, une dénonciation officielle a été réalisée afin qu'ils soient jugés par l'*Audiencia Nacional* pour l'ensemble des faits commis sur les sols français et espagnol³¹².

L'Espagne avait montré le chemin en 2005 en réalisant une dénonciation officielle laissant aux juridictions françaises le soin de juger l'ensemble des actes commis par Peio Alcantarilla, notamment la construction d'une cache souterraine contenant tout un attirail d'armes et de matériel destiné à fabriquer des explosifs³¹³.

Une fois la dénonciation officielle faite, les juridictions qui se sont dessaisies ne peuvent pas reprendre les poursuites. En effet, si tel était le cas, le conflit de compétences ne serait pas réellement résolu, puisqu'il y aurait toujours le risque que les juridictions se saisissent de nouveau. Par ailleurs, cela soulèverait des questions en termes de confiance. De manière générale, la dénonciation officielle donne ensuite lieu à une remise des personnes poursuivies afin qu'elles puissent être jugées.

³⁰⁸ "Cesión de jurisdicción"

³⁰⁹ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, *op. cit.*, p. 110

³¹⁰ Point 6.1.1.1. de la circulaire de 2009

³¹¹ Olivier BEAUVALLLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales*, *op. cit.*, p. 90-93 ; Bulletin officiel du Ministère de la Justice n°100, 1^{er} octobre au 31 décembre 2005, p. 9

³¹² « Francia permite juzgar en España los delitos cometidos por los dos *etarras* en ambos Estados », *El País*, 12 janvier 2007 ; « Ingresan en prisión los dos presuntos *etarras* entregados por Francia », *ABC*, 16 mars 2007

³¹³ « Francia permite juzgar en España los delitos cometidos por los dos *etarras* en ambos Estados », *op. cit.* ; « Francia podría ceder a España la jurisdicción sobre Larrinaga y Etxebarria para agilizar su entrega », *Europa Press*, 11 janvier 2007

B. La remise des personnes accusées

La question de la remise d'une personne accusée se pose dans deux situations, d'une part lorsque cette personne a été placée en détention provisoire dans l'Etat qui n'est finalement pas compétent pour la juger, et d'autre part, lorsqu'elle est en train d'exécuter une peine privative de liberté dans cet Etat, soit pour une toute autre affaire, soit, plus fréquemment, pour des faits connexes à ceux qui vont être jugés dans le second Etat.

L'Etat sur le territoire duquel se trouve la personne accusée devra alors procéder à une remise de cette personne à l'autre Etat afin qu'elle puisse comparaître devant le juge chargé de statuer sur sa culpabilité et de déterminer sa peine. La présence de l'accusé au procès est en effet un principe des procédures pénales française et espagnole, les jugements *in absentia* devant rester exceptionnels.

Au-delà du caractère occasionnel que doivent revêtir les jugements *in absentia*, il semble que les conditions posées par les droits français et espagnol à leur occurrence ne soient pas respectées dans les situations susmentionnées. En effet, le Code de procédure pénale français considère qu'un jugement par défaut criminel ou correctionnel ne peut avoir lieu si l'accusé dispose d'une « excuse valable » pour justifier son absence³¹⁴. Or, dans les hypothèses énoncées, sa privation de liberté dans un autre Etat constitue une excuse valable.

La même règle est fixée à l'article 786 de la LECrim, qui exige de plus que la peine de privation de liberté encourue n'excède pas deux ans. Or, qu'il s'agisse de faits de terrorisme ou de trafic de stupéfiants, cas les plus fréquents, les peines encourues sont supérieures³¹⁵. Par conséquent, si à la suite d'une équipe commune d'enquête franco-espagnole, la remise de la personne accusée n'a pas lieu, alors elle ne pourra être jugée.

Se pose ensuite la question des modalités de la remise. Il faut ici distinguer selon qu'aura lieu un unique jugement ou un dans chacun des deux Etats membres. Si l'ensemble des faits est jugé dans une seule procédure, alors la remise peut être effectuée sans limite de temps et l'accusé emprisonné directement à la suite de sa condamnation.

En revanche, si la personne a déjà été condamnée dans l'Etat auquel la remise est demandée et est en train d'y purger sa peine, ou si un jugement est également prévu dans cet Etat, alors la remise ne sera que temporaire, limitée au seul temps du procès. Dans ce cas, la peine dans le second Etat ne sera exécutée qu'à l'issue de celle prononcée dans l'Etat ayant accepté la remise.

En pratique, dans le cadre de la lutte contre ETA, cette situation s'est souvent retrouvée s'agissant de personnes arrêtées en France et devant être jugées par un tribunal espagnol. Dans un premier temps, la France n'a autorisé la remise temporaire que si l'accusé avait déjà été jugé en France. Le premier etarra visé par cette procédure fut José Javier Arizkuren Ruiz³¹⁶. Condamné par le tribunal correctionnel de Paris en 2000 à dix ans d'emprisonnement, il fut remis temporairement à l'Espagne entre décembre 2001 et avril 2002 et condamné à trois peines par l'*Audiencia Nacional* pour un total de soixante-douze ans d'emprisonnement. Il a finalement été remis définitivement à l'Espagne en 2006 pour l'exécution de sa peine et d'autres procès restés pendants³¹⁷.

³¹⁴ Articles 379-2, 410 et 487

³¹⁵ Pour les faits de terrorisme, voir les articles 573 à 578 du Code pénal espagnol, et pour le trafic de stupéfiants, les articles 368 et 371

³¹⁶ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, op. cit., p. 64

³¹⁷ « 'Kantauri' es extraditado a España tras purgar condena en Francia », *La Vanguardia*, 7 novembre 2006

Il a ensuite fallu attendre 2009 pour que les autorités françaises, pour la première fois, acceptent de remettre temporairement des accusés à l'Espagne avant qu'ils ne soient jugés en France³¹⁸. D'ailleurs, même encore aujourd'hui, la remise n'est pas toujours accordée³¹⁹. Il faut alors patienter jusqu'à ce que les peines prononcées en France aient été exécutées. Cette situation est problématique puisque, d'une part, elle entraîne un risque de déperdition des preuves, et d'autre part, elle ne prend pas en compte les intérêts des victimes, pour lesquelles l'attente est souvent insupportable³²⁰.

Comme l'indique la circulaire de 2009, la remise des personnes afin qu'elles soient jugées se fait sur le fondement du mandat d'arrêt européen (ou de l'extradition)³²¹. S'y ajoute parfois un transfert des éléments de preuve lorsque ceux-ci n'ont pu être partagés dans le cadre de l'équipe commune d'enquête

C. La transmission des éléments de preuve

Lorsque la compétence pour juger certains faits est attribuée aux juridictions de l'un des deux Etats, alors il revient aux autorités de cet Etat de rassembler l'ensemble des éléments de preuve utiles pour le procès. Si ces éléments ont été recueillis lors de l'enquête menée par l'équipe, alors il n'y a aucune difficulté, puisque les actes peuvent alors être versés directement à la procédure de l'un ou l'autre pays³²². Il n'en est pas de même en revanche pour les éléments obtenus hors du cadre de l'équipe. Au moment de la phase du procès, puisque l'équipe a été dissolue, ils ne peuvent plus être échangés dans ce cadre et l'autorité devra alors en demander le transfert.

Se pose la question de l'instrument sur lequel fonder cette demande de transfert. Il semble que les juges peuvent procéder par le biais d'une demande d'entraide dans le cadre de l'article 5 de la Convention de 2000, relatif à l'envoi et à la remise des pièces de procédure. Le principe est dans ce cas celui d'une transmission de juge à juge. Toutefois, puisque la Convention n'est pas fondée sur la reconnaissance mutuelle, les motifs de refus ne sont pas limités, donc la coopération est moins bien garantie.

L'Union européenne a ensuite adopté un autre instrument, le mandat d'obtention de preuves³²³. Aussi basé sur un échange direct de juge à juge, cet outil a l'avantage de mettre en œuvre le principe de reconnaissance mutuelle, afin de simplifier et d'accélérer la transmission d'éléments de preuve déjà recueillis dans un autre Etat membre. Néanmoins, alors qu'elle devait être transposée avant le 19 janvier 2011, cette décision-cadre n'a jamais été intégrée au droit français³²⁴ et a été abrogée en 2016³²⁵.

Plus récemment, un nouvel outil permettant le transfert des pièces par application du principe de reconnaissance mutuelle a été adopté. Il s'agit de la décision d'enquête européenne, instaurée par une directive de 2014^{326;327}. Elle prévoit pour les autorités compétentes d'un Etat membre la faculté de

³¹⁸ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, op. cit., p. 210

³¹⁹ Chambre pénale de l'*Audiencia Nacional*, décision du 13 avril 2015, résolution n°22/2015, op. cit.

³²⁰ Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, op. cit., p. 210

³²¹ Point 6.1.1.2.

³²² Véronique DEGERMANN considère qu'il s'agit du grand intérêt de l'instrument des équipes communes d'enquête.

³²³ Décision-cadre 2008/978/JAI du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales

³²⁴ En revanche, elle a été transposée en droit espagnol en 2014 (*Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*).

³²⁵ Règlement (UE) 2016/95 du 20 janvier 2016 abrogeant certains actes dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale

³²⁶ Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale

³²⁷ Pour des explications rapides sur la DEE, voir le communiqué de presse de la Commission européenne « Dès aujourd'hui, la "décision d'enquête européenne" aidera les autorités à lutter contre la criminalité et le terrorisme », 22 mai 2017, disponible sur http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1388_fr.htm?locale=FR ; Thomas CASSUTO, « La directive concernant la décision d'enquête

demander aux autorités d'un autre Etat membre l'exécution d'une mesure d'enquête, incluant le transfert d'éléments de preuve déjà existants.

Puisqu'elle est applicable à tout moment de la procédure pénale, y compris le procès, cette décision d'enquête européenne semble représenter l'instrument adéquat pour que les autorités judiciaires françaises demandent la transmission de pièces à leurs homologues espagnols afin de les utiliser lors d'un jugement, ou inversement. Cette possibilité n'existe toutefois que depuis très récemment, puisque si la France a transposé la directive dans le délai imparti³²⁸, à savoir le 22 mai 2017, la décision d'enquête européenne n'est entrée en vigueur en Espagne que depuis le 12 juin 2018³²⁹.

Son incorporation à l'arsenal juridique espagnol est une bonne chose, puisque dans la pratique, la transmission des pièces de procédure n'est pas toujours satisfaisante. La chambre pénale de l'*Audiencia Nacional* a même été contrainte de diminuer la peine initialement prévue dans le procès de quatre etarras du fait de la longueur excessive de la procédure, due à des difficultés à voir transmis certains documents conservés en France et servant d'éléments de preuve³³⁰.

A côté de la nécessité de transférer un certain nombre de documents et personnes afin que la juridiction compétente puisse juger les faits de façon complète, la désignation d'une juridiction plutôt que d'une autre a également des conséquences sur la loi appliquée, du fait du principe de la solidarité des compétences juridictionnelle et législative.

§2. L'application de la loi de l'Etat de jugement

En vertu du principe de solidarité des compétences législative et juridictionnelle, dans le cas où les tribunaux répressifs d'un Etat sont saisis et compétents pour connaître d'une infraction, celle-ci est jugée selon les lois nationales de droit pénal et de procédure pénale³³¹. Du fait de l'application de ce principe en France et en Espagne, un conflit de compétences juridictionnelles entre ces deux Etats se double donc nécessairement d'un conflit de lois³³².

L'application de la loi d'un Etat plutôt que d'un autre entraîne deux conséquences principales. D'une part, les peines encourues peuvent être très différentes selon l'Etat qui est finalement désigné compétent (A), et d'autre part, les règles d'admissibilité de la preuve peuvent aussi varier, puisqu'elles sont également fixées par la *lex fori* (B).

A. Des condamnations distinctes pour les mêmes faits

En matière de sanctions pénales, les Codes pénaux espagnol et français répondent à des logiques différentes, puisque le premier envisage un minimum et un maximum alors que le second ne prévoit qu'une peine maximale. Par ailleurs, les sanctions fixées sont parfois très éloignées. Ainsi,

européenne en matière pénale », *AJ Pénal*, 2014, p. 338-343 ; François-Xavier ROUX-DEMARE, « La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale », *AJ Pénal*, 2017, p. 115-118

³²⁸ Ordonnance n°2016-1636 du 1er décembre 2016 relative à la décision d'enquête européenne en matière pénale

³²⁹ *Ley 3/2018, de 11 de junio, por la que se modifica la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, para regular la Orden Europea de Investigación*

³³⁰ Décision du 13 avril 2015, *op. cit.*

³³¹ Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 533

³³² Marie DUFFOURC, « Conflits de compétences entre juridictions répressives des États membres », *op. cit.*

s'agissant du meurtre, l'article 138 du Code espagnol prévoit une peine d'emprisonnement de dix à quinze ans quand l'article 221-1 du Code français dispose qu'il est puni de trente ans de réclusion criminelle.

Il en est de même s'agissant du trafic de stupéfiants. Par exemple, la production et la fabrication de stupéfiants sont punis de vingt ans de réclusion criminelle en France mais seulement d'une peine d'emprisonnement de trois à six ans en Espagne³³³. En outre, la détermination du montant de l'amende est réalisée différemment dans les deux systèmes, puisque le droit français fixe un maximum alors que le droit espagnol indique qu'il s'agira de la valeur de la drogue objet du délit multipliée jusqu'à trois fois.

Enfin, la peine finalement prononcée dans le cas d'un concours d'infractions n'est pas fixée de la même façon en Espagne et en France. L'article 132-3 du Code pénal français prévoit une règle de non-cumul des peines, donc la peine la plus légère sera absorbée par la peine la plus lourde. En revanche, l'article 73 du Code pénal espagnol dispose que seront imposées au responsable de plusieurs délits toutes les peines correspondantes à ces infractions. Toutefois, l'article 76 indique ensuite que la durée de la peine effectivement exécutée ne pourra dépasser le triple de la peine prononcée la plus sévère, sans jamais excéder trente ans.

La distinction espagnole entre la peine prononcée et la peine effectivement purgée a eu des incidences en matière de remise de peine et sortie anticipée de prison. En effet, alors que jusqu'en 2006, les tribunaux appliquaient les remises de peine au total pouvant être effectivement exécuté, le Tribunal suprême a ensuite modifié sa jurisprudence et considéré qu'il fallait dorénavant les appliquer à chaque peine prononcée, ce qui dans la pratique conduisait à ne pas réduire le temps passé en prison³³⁴. Finalement, en 2013, la Cour EDH a estimé que cette jurisprudence était contraire à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants³³⁵. Elle n'est donc plus appliquée.

Les divergences dans la fixation des peines posent de nombreux problèmes, notamment quant aux droits des personnes condamnées et poursuivies. Or, cela est encore plus critiquable lorsque la juridiction compétente a été désignée de façon arbitraire, par application du principe *ne bis in idem*. En premier lieu, le fait que des peines distinctes soient prononcées selon le droit appliqué présente le risque que le choix des juridictions compétentes se fasse en fonction des sanctions prévues, afin de privilégier l'Etat où la répression est la plus sévère. Eviter ce risque de « forum shopping inversé »³³⁶ est un argument en faveur de la fixation de règles rigides de détermination des juridictions compétentes³³⁷.

Ensuite, un autre problème se pose, quant au respect du principe de légalité des crimes et des délits, notamment vis-à-vis de son exigence de prévisibilité de la loi pénale. Consacré à l'article 7 de la Convention EDH, ce principe est également reconnu dans les droits internes, respectivement à l'article 111-3 du Code pénal français et l'article 25 de la Constitution espagnole. Il impose notamment que les justiciables puissent savoir au moment de la commission de leurs actes si ceux-ci sont prohibés ou non par la loi et quelles peines sont encourues³³⁸.

Or, puisque les juridictions compétentes ne sont pas définies sur la base de règles strictes préétablies, les délinquants ne peuvent pas savoir au moment de la commission de leurs actes si leur sera appliquée

³³³ Respectivement, articles 222-35 du Code pénal français et 368 du Code pénal espagnol

³³⁴ *Tribunal Supremo*, 28 février 2006. Ce changement de jurisprudence a été appelé la « doctrine Parot » du nom du condamné en l'espèce (l'etarra Henri Parot, condamné en 1990 pour plusieurs dizaines d'assassinats).

³³⁵ Cour EDH, grande chambre, *Del Rio Prada c/ Espagne*, 21 octobre 2013. Voir « L'Espagne condamnée à libérer une soixantaine de prisonniers de l'ETA », *Le Monde*, 21 octobre 2013

³³⁶ Juliette LELIEUR, « L'Union européenne face aux conflits de compétences pénales », *op. cit.*, p. 265

³³⁷ Les chercheurs du projet dirigé par Katalin LIGETI ont expressément indiqué que parmi les facteurs ne devant pas être pris en compte pour déterminer la juridiction la mieux placée, se trouvait le pouvoir de sanction de l'Etat (*European Law Institute, Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction ...*, *op. cit.*, p. 21)

³³⁸ Cour EDH, *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993

la loi espagnole ou la loi française. Ils sont donc dans l'incapacité de prévoir les conséquences de leurs actions. Par conséquent, il apparaît également nécessaire d'instituer un mécanisme de répartition des affaires pénales transnationales basé sur des critères fixes conduisant vers une unique juridiction eu égard au principe de légalité³³⁹.

Enfin, la divergence dans les peines prévues dans les différents droits nationaux pose question quant à l'existence d'un réel espace commun de justice au sein de l'Union européenne. L'Union est maintenant compétente pour adopter des textes de droit pénal matériel mais les quelques tentatives d'harmonisation des infractions et des sanctions qui y sont attachées ne prévoient à chaque fois que des peines minimales³⁴⁰, donc sont peu propices à un réel alignement des peines indépendamment de l'Etat membre de jugement. Il en est de même s'agissant des règles d'admissibilité de la preuve pénale, régies elles aussi par le droit interne.

B. *L'admissibilité de la preuve régie par la loi de l'Etat de jugement*³⁴¹

Les éléments obtenus lors de l'enquête commune ou lors d'autres enquêtes ne sont pas automatiquement reconnus comme recevables par la juridiction de jugement. Or, dans ce cas, ils ne pourront servir lors du procès, que ce soit en faveur de la culpabilité de l'accusé ou afin de l'innocenter. Il est donc important que les éléments pouvant être ensuite utilisés comme preuves soient recueillis dans le respect du droit de l'Etat de jugement.

Il faut bien distinguer la question de l'admissibilité de l'élément de preuve de celle de la valeur qui lui est accordée en tant que preuve. En déclarant admissible une preuve, le juge ne se prononce pas sur la pertinence de celle-ci pour emporter sa conviction, mais autorise juste sa présentation ultérieure lors de la phase de jugement en tant que telle.

L'application de la *lex fori* à la question de l'admissibilité des preuves peut s'expliquer premièrement par une exigence d'égalité entre les différentes personnes jugées. En effet, imaginons le cas où un juge n'a contre certains accusés que des éléments recueillis dans le cadre d'une enquête nationale et contre d'autres des éléments obtenus à la fois sur son sol et dans un autre Etat. S'il n'applique pas à tous les éléments les mêmes règles d'admissibilité, mais à chacun les règles applicables dans l'Etat sur le territoire duquel il a été obtenu, alors l'égalité de traitement serait clairement rompue entre les différents accusés.

L'exigence de conformité à la *lex fori* trouve par ailleurs d'autres explications. Ainsi, elle serait également nécessaire pour que soit respecté l'équilibre entre l'accusation et la défense. En effet, chaque droit procédural serait créé selon un système permettant un équilibre entre les nécessités de la poursuite des infractions et la protection des droits des individus³⁴². Appliquer la règle d'admissibilité de la preuve

³³⁹ Maria KAIAFA-GBANDI, « Harmonization of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles. The EU's Challenge for Rule-of-Law Transnational Crime Control », in Cyrille FIJNAUT et Jannemieke OUWERKERK (éd.), *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 376

³⁴⁰ Par exemple, directive 2017/1371 du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal ou décision-cadre 2004/757/JAI du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue. En matière de terrorisme, la directive de 2017 exige simplement des « sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives » (art. 15).

³⁴¹ La problématique de l'admissibilité des preuves est introduite ici mais elle fera l'objet de développements plus complets dans le chapitre suivant, consacré à cette question.

³⁴² Par exemple, lorsqu'un Etat prévoit une durée maximale de garde à vue plus longue que l'autre mais avec des garanties procédurales plus strictes

provenant d'un autre ordre juridique risquerait de compromettre cet équilibre, souvent aux dépens des intérêts des accusés³⁴³.

Ainsi, afin de s'assurer au mieux que les éléments récoltés seront admissibles au titre de preuves, il convient de suivre les prescriptions de la *lex fori* pour exécuter les différentes mesures prises dans le cadre de l'équipe commune d'enquête. Le problème est que la juridiction qui sera finalement chargée de juger les faits est généralement indéterminée lors de la constitution de l'équipe. Il est donc impossible de savoir quelle sera la loi appliquée à la question de l'admissibilité des preuves, ce qui représente un véritable défi quant à l'efficacité probatoire des enquêtes menées dans le cadre d'équipes.

En réalité, lors du procès, la loi de l'Etat de jugement ne régit pas uniquement l'admissibilité des preuves, mais l'ensemble de la procédure. Par exemple, le droit espagnol prévoit une phase orale avant l'audience, lors de laquelle les témoins doivent venir ratifier leur déclaration devant le juge³⁴⁴. Par conséquent, même si la déclaration a été faite en France dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, le témoin devra se rendre au tribunal espagnol et ratifier sa déclaration, puisque c'est cela qui est prévu dans une procédure pénale espagnole³⁴⁵.

Dans la pratique, cette règle a déjà posé quelques difficultés, lorsqu'un juge espagnol a voulu entendre des agents français qui avaient été infiltrés. Comme le droit français protège l'anonymat des agents ayant réalisé une infiltration³⁴⁶, leur transfert devant le tribunal espagnol a été refusé par les autorités françaises³⁴⁷.

La détermination de la juridiction compétente entraîne donc de nombreuses conséquences, qu'il s'agisse de transférer les procédures ou du droit pénal matériel et procédural applicable. C'est pourquoi il est nécessaire de chercher une solution la plus cohérente possible au conflit.

Section 3 : La résolution du conflit

Dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, la répartition de la compétence entre les juridictions des Etats participants se fait généralement par le biais d'un accord entre les différents membres de l'équipe (§1). Dans la pratique, en fonction de l'espèce, deux solutions peuvent être retenues (§2).

§1. Un accord au sein de l'équipe

A la fin de l'équipe, les membres de l'équipe devront procéder au « partage des cibles »³⁴⁸ afin de savoir quel Etat va juger quel suspect (A). Pour ce faire, ils vont examiner les faits de l'espèce, sur la base de différents éléments (B).

³⁴³ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, *op. cit.*, p. 147-148

³⁴⁴ Article 701 de la LECrim

³⁴⁵ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, *op. cit.*, p. 153

³⁴⁶ Article 706-84 du Code de procédure pénale

³⁴⁷ Entretien avec Véronique DEGERMANN. Elle ne se rappelle plus quelle solution a finalement été trouvée entre les autorités espagnoles et françaises.

³⁴⁸ *Idem*.

A. Des négociations entre les membres de l'équipe

Lorsque l'équipe commune d'enquête a été créée du fait de l'existence de deux procédures parallèles, la probabilité qu'existe un conflit de juridictions à l'issue de l'enquête commune est extrêmement élevée. La décision-cadre de 2009 relative aux conflits de juridictions prévoit alors un mécanisme de coopération directe entre les autorités compétentes.

Ce mécanisme n'est pas prévu expressément pour les conflits existant à l'issue d'une équipe commune d'enquête mais pour tous les cas où auraient lieu deux procédures parallèles. Dans le cas d'une équipe, il apparaît évident que les autorités compétentes pour procéder à la détermination de la juridiction compétente doivent être membres de l'équipe, puisque d'une part, ce sont les membres qui connaissent le mieux le cas, et d'autre part, ils ont déjà établi des contacts directs au sein de l'équipe, ce qui facilite les négociations. C'est pourquoi il est essentiel de maintenir la coopération après la clôture de l'équipe³⁴⁹.

Le mécanisme créé par la décision-cadre est composé de plusieurs phases. La première est l'échange d'informations sur l'existence de procédures parallèles³⁵⁰. Dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, cette étape a généralement été réalisée lors de la constitution de l'équipe, puisque l'existence de procédures parallèles est généralement l'élément ayant conduit à la création de l'équipe.

La deuxième étape est la mise en place de consultations directes entre les autorités³⁵¹. L'objectif de ces consultations est de dégager un consensus sur la manière de résoudre le conflit existant. Dans la pratique, les membres de l'équipe commune d'enquête procèdent à ces consultations à la fin de l'enquête, lorsqu'ils disposent de l'ensemble des éléments sur les infractions et les personnes poursuivies.

Le Réseau JITS encourage les membres de l'équipe à ne pas attendre la fin de l'enquête pour réfléchir ensemble aux juridictions compétentes, notamment du fait de l'impact que peut avoir cette question sur l'exécution des mesures d'enquête. Puisque c'est un instrument flexible, les décisions prises au départ pourront être modifiées en fonction des informations obtenues³⁵². Quant à Samuel VUELTA SIMON, il propose d'insérer dans l'accord initial des règles de résolution du conflit de juridictions³⁵³.

Toutefois, il est difficile de décider avant la fin de l'enquête quelles juridictions seront compétentes, puisqu'il s'agit réellement de cas par cas, donc selon les informations recueillies lors de l'enquête. Il n'est pas rare que de nouveaux éléments apparaissent pendant les investigations, pouvant faire pencher la balance du côté d'un Etat ou de l'autre.

Malgré la décision-cadre de 2009 et le mécanisme créé, les membres des équipes communes d'enquête ne se mettent pas toujours d'accord sur la répartition des faits afin de les juger. Ainsi, seules 22% des équipes constituées entre 2006 et 2014 avaient conclu un accord sur la compétence juridictionnelle³⁵⁴. C'est très peu, et il est possible de se demander comment se résolvent les autres cas. Pour les raisons évoquées antérieurement, il faut espérer que ce ne soit pas par application du principe *ne bis in idem*.

Cette situation a conduit les participants du séminaire d'Eurojust sur les conflits de juridiction de 2015 à avancer qu'il faudrait inclure dans l'accord initial de l'équipe commune d'enquête une clause prévoyant que les autorités chercheront ensuite un accord quant aux juridictions compétentes³⁵⁵. Dans la pratique

³⁴⁹ Réseau JITS, *Second JIT Evaluation Report*, op. cit., p. 5

³⁵⁰ Articles 6 à 9 de la décision-cadre

³⁵¹ Article 10 de la décision-cadre

³⁵² Réseau JITS, *Second JIT Evaluation Report*, op. cit., p. 5

³⁵³ Samuel VUELTA SIMON, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête... », op. cit.

³⁵⁴ Réseau JITS, *First JIT Evaluation Report*, op. cit., graphique 20 p. 16. Sur ces 22%, la moitié environ des accords avaient été conclus avant la phase opérationnelle de l'équipe.

³⁵⁵ Eurojust, Rapport sur le séminaire stratégique "Conflicts of jurisdiction, transfert of proceedings and *Ne bis in idem* ..." op. cit., p. 6

franco-espagnole, une telle clause ne semble heureusement pas nécessaire, les praticiens interrogés ayant énoncé procéder à des négociations à l'issue des équipes constituées³⁵⁶.

Si la consultation directe entre les autorités des deux Etats membres concernés par le conflit de compétences juridictionnelles ne permet pas d'obtenir un consensus, les autorités peuvent solliciter de l'aide auprès d'Eurojust³⁵⁷. Dans ce cas, le soutien apporté par Eurojust peut prendre plusieurs formes³⁵⁸.

D'une part, l'agence peut organiser des réunions de coordination entre les autorités, auxquelles participent également les membres nationaux auprès d'Eurojust. Cette première forme d'aide ne revêt toutefois pas grand intérêt dans le cas où une équipe commune d'enquête aurait été créée antérieurement, puisque les membres se connaissent déjà entre eux et ont l'habitude de se réunir.

D'autre part, Eurojust peut formuler des recommandations et des avis afin d'inviter les autorités d'un Etat à reconnaître que les juridictions de l'autre Etat sont mieux placées. L'agence peut agir ici par l'intermédiaire des membres nationaux – soit de l'un seul des Etats concernés, soit conjointement – ou en collège. Cette faculté est de plus en plus utilisée³⁵⁹.

La difficulté qui se pose ici est l'absence de caractère contraignant d'un tel avis ou d'une telle recommandation. Les autorités n'ont donc aucune obligation de suivre la recommandation ou l'avis émis et peuvent choisir de ne pas demander à leurs juridictions de se dessaisir. Par conséquent, le conflit de compétences juridictionnelles ne peut pas être définitivement résolu par Eurojust, mais cela dépend toujours de la bonne volonté des Etats. Afin de s'assurer que la recommandation ou l'avis sera respecté, des spécialistes ont proposé récemment de donner des pouvoirs contraignants à Eurojust dans le cadre de la détermination de la juridiction compétente³⁶⁰.

Afin d'arriver à la désignation des juridictions compétentes, les membres de l'équipe prennent en compte un certain nombre d'éléments. L'article 11 de la décision-cadre énonce ainsi que « lorsque les autorités compétentes des Etats membres engagent des consultations directes sur une affaire afin de dégager un consensus conformément à l'article 10, elles examinent les éléments de fait et de droit de l'affaire ainsi que tous les facteurs qu'elles jugent pertinents ».

B. Les éléments pris en compte

En annexe de son rapport de 2003, Eurojust a dressé la liste d'un certain nombre de critères pouvant être pris en considération afin de déterminer la juridiction la mieux placée pour juger l'affaire. Cette liste a ensuite été actualisée en 2016. Il convient donc désormais de se référer aux *Lignes directrices* d'Eurojust dans leur version de 2016, disponibles aux pages 57 et 58 de son rapport annuel.

Aucune hiérarchie stricte n'est établie entre les différents critères, lesquels sont nombreux et variés. Une priorité semble toutefois donnée à la territorialité, puisqu'il est énoncé que « avant toute chose, il doit être

³⁵⁶ Entretiens avec Véronique DEGERMANN, Carmen BAENA et Jesús SANTOS

³⁵⁷ Article 12 de la décision-cadre de 2009. Par ailleurs, l'article 85§1 c) du TFUE prévoit que résoudre les conflits de juridictions est l'une des principales tâches d'Eurojust.

³⁵⁸ Eurojust, *Rapport annuel 2016*, p. 58

³⁵⁹ Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of prevention and resolution of conflicts of jurisdiction*, 2018, p. 8 : <[http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Report%20on%20Eurojust%20casework%20in%20the%20field%20of%20prevention%20and%20resolution%20of%20conflicts%20of%20jurisdiction%20\(2018\)/2018_Eurojust-casework-on-conflicts-of-Jurisdiction_EN.pdf](http://www.eurojust.europa.eu/doclibrary/Eurojust-framework/Casework/Report%20on%20Eurojust%20casework%20in%20the%20field%20of%20prevention%20and%20resolution%20of%20conflicts%20of%20jurisdiction%20(2018)/2018_Eurojust-casework-on-conflicts-of-Jurisdiction_EN.pdf)>

³⁶⁰ Eurojust, Rapport sur le séminaire stratégique "Conflicts of jurisdiction, transfert of proceedings and *Ne bis in idem* ..." *op. cit.*, p. 6. Cette idée est également reprise par le groupe de recherche dirigé par la Professeure Katalin LIGATI, dans le modèle de résolution vertical qu'il propose (*European Law Institute, Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction ...*, *op. cit.*, p. 24-26).

présupposé que les poursuites doivent avoir lieu, si cela est possible, dans la juridiction où a été commise la majorité – ou la partie la plus importante – des infractions ou bien où a été subie la majorité – ou la partie la plus importante – des pertes ».

Le fait de préciser à chaque fois qu'il peut s'agir de la majorité ou de la partie la plus importante montre qu'Eurojust considère qu'il ne faut pas prendre en considération que le côté quantitatif, mais aussi le côté qualitatif, ce qui est expressément confirmé dans les *Lignes directrices*. Ainsi, il apparaîtra parfois plus pertinent que le cas soit jugé par les juridictions de l'Etat où les infractions commises étaient certes moins nombreuses mais plus graves.

Dans la pratique franco-espagnole, le critère territorial est d'ailleurs celui qui est principalement pris en compte. En effet, les juridictions compétentes sont généralement celles de l'Etat le plus affecté par l'infraction poursuivie³⁶¹. Pourtant, d'autres critères peuvent s'appliquer, tels que le lieu où se trouvent les suspects, l'intérêt des victimes, ou encore la disponibilité des preuves. Ce dernier élément perd néanmoins de sa pertinence dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, puisque la majorité des preuves est généralement partagée librement entre les membres de l'équipe.

Parmi les éléments listés par Eurojust, certains sont en quelque sorte des critères "négatifs", dans le sens où il est justement indiqué qu'ils ne doivent pas être pris en compte. Toutefois, cette distinction n'est pas extrêmement claire, puisque les critères "positifs" et "négatifs" sont mélangés au sein d'une même liste. C'est pourquoi certains spécialistes considèrent qu'il faudrait classer les critères en deux listes, une "positive" et une "négative", et ajouter par ailleurs quelques éléments à la liste "négative" (par exemple, ne pas prendre en compte les obligations légales ou le pouvoir de sanction des Etats)³⁶².

Même si l'absence de hiérarchisation stricte entre les différents critères peut conduire à des négociations longues pour déterminer les juridictions compétentes, l'établissement de critères hiérarchisés ne semble pas être réalisable, ni même souhaitable, puisqu'une telle solution ne serait pas adaptée à la matière pénale, où s'affrontent l'intérêt public de l'Etat à juger l'affaire et les intérêts privés des victimes et des accusés³⁶³. Par ailleurs, il semble que dans la pratique franco-espagnole, un accord soit toujours trouvé³⁶⁴.

§2. Deux solutions retenues selon l'espèce

Lorsque les faits s'y prêtent, les autorités peuvent s'accorder sur la centralisation de l'ensemble du jugement dans un seul Etat (A). Toutefois, cela n'est pas toujours possible, du fait notamment de la complexité de l'affaire. Dans ce cas, les autorités peuvent décider de se partager les faits afin que chaque Etat en juge une partie (B).

A. Le jugement dans un seul Etat

Lorsque l'étude des différents critères énoncés par Eurojust laisse apparaître la prééminence d'un Etat sur l'autre, il semble opportun de centraliser le jugement de l'ensemble des faits dans cet Etat. Bien que cette solution puisse nécessiter plus de transmission de documents et de remise de suspects

³⁶¹ Samuel VUELTA SIMON, « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête... », *op. cit.*

³⁶² *European Law Institute, Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction ...*, *op. cit.*, p. 21

³⁶³ *Ibid.*, p. 19

³⁶⁴ Entretien avec Véronique DEGERMANN

que laisser chaque Etat juger les personnes interpellées et détenues sur son sol, elle présente également de nombreux avantages.

En premier lieu, désigner comme compétente une unique juridiction permet d'éviter les décisions contradictoires³⁶⁵. Cet argument n'est pas à négliger, car, comme cela a été vu précédemment, il existe de grandes divergences entre les droits pénaux espagnol et français, tant procéduraux que matériels. Ensuite, cela permet d'envisager le phénomène de criminalité dans sa globalité, indépendamment de l'Etat de commission ou de la nationalité des coauteurs ou complices. Le juge aura donc plus d'éléments sur le contexte de commission au moment de fixer la peine.

De plus, l'ensemble des preuves recueillies pendant l'enquête pourra être transféré dans l'Etat de jugement, sans avoir à s'interroger sur la nécessité de les avoir disponibles au même moment dans l'autre Etat, ce qui peut arriver lorsque deux Etats sont compétents pour juger de faits connexes³⁶⁶. En effet, un même élément peut servir de pièce à conviction dans deux procès distincts (par exemple, une écoute téléphonique qui atteste que l'accusé agissait dans le cadre d'un réseau de criminalité organisée), donc éviter les difficultés logistiques à devoir transvaser l'élément d'un pays à l'autre en concentrant l'ensemble du jugement dans un seul Etat peut être précieux.

En outre, la centralisation du jugement dans un seul Etat revêt un intérêt pour les accusés, puisqu'ils ne devront pas engager un avocat dans chaque Etat, ce qui représente généralement une grande économie³⁶⁷. Cet argument doit toutefois être nuancé puisque dans le cas où l'infraction commise serait un délit, l'accusé jugé en France ne sera pas obligé de se faire assister d'un avocat³⁶⁸. Il n'en reste pas moins que même s'il n'y est pas tenu légalement, dans la pratique, l'accusé a tout intérêt à avoir un avocat.

Enfin, le dernier avantage à regrouper l'ensemble du jugement dans un Etat est qu'il s'agit de la solution qui offre le moins de risques de violation du principe *ne bis in idem*. Le risque perdure concernant une violation au sein d'un même Etat mais la violation transnationale est exclue, puisqu'en transférant la procédure, l'autre Etat s'engage en quelque sorte à ne pas poursuivre de nouveau ces faits.

Dans la coopération franco-espagnole, cette solution soulève toutefois une difficulté, lorsque l'Etat désigné compétent pour connaître de l'intégralité des faits est la France. En effet, comme cela a été vu précédemment, le principe de légalité des poursuites s'applique en Espagne. Or, cet élément ne devrait pas être pris en compte dans la détermination de la juridiction compétente. Un réel problème se pose donc. Peut-être est-il possible de considérer que le principe de légalité des poursuites n'est pas violé lorsque l'Espagne procède à un transfert des procédures vers la France, puisque, d'une part, elle a mené une enquête sur les faits dénoncés, et d'autre part, il ne s'agit pas réellement d'un abandon des poursuites mais plutôt de donner compétence à une autre juridiction pour en connaître, donc les faits seront quand même bien poursuivis et jugés.

En matière de lutte contre ETA, la concentration du jugement dans un seul Etat a notamment été décidée lorsque les etarras étaient arrêtés en France mais avaient commis l'intégralité – ou presque – de leurs infractions sur le sol espagnol. Le territoire français ne leur servant que de terre de repli, il n'était évidemment pas pertinent de les juger en France. En matière de lutte contre le trafic de stupéfiants, il y a

³⁶⁵ Entretien avec Jesús SANTOS

³⁶⁶ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, op. cit., p. 134

³⁶⁷ Eurojust, Rapport sur le séminaire stratégique "Conflicts of jurisdiction, transfert of proceedings and *Ne bis in idem* ..." op. cit., p. 4

³⁶⁸ En Espagne, la représentation par un avocat est toujours obligatoire.

un intérêt à juger ensemble les membres du réseau mais la prééminence d'une juridiction sur l'autre est moins nette, puisque l'infraction d'exportation ou d'importation de drogues est par nature transnationale.

Ainsi donc, même si la centralisation du jugement dans un seul Etat présente de nombreux avantages, elle ne semble pas toujours, au regard des circonstances de l'espèce, être la solution la plus adéquate. Dans la pratique, au niveau européen, environ la moitié des affaires ayant conduit à la création d'une équipe commune d'enquête sont jugées dans l'un seulement des Etats participants, l'autre moitié donnant lieu à la partition de l'affaire entre les deux Etats³⁶⁹.

B. La répartition des faits entre les Etats

Du fait du principe de souveraineté et des liens qu'entretient la matière pénale avec l'Etat, il reste difficile aux Etats de déléguer leur compétence sur le jugement d'infractions ayant affecté leur population et troublé leur ordre public. C'est pourquoi il est souvent décidé de diviser les faits, afin que chaque Etat puisse exercer sa compétence répressive.

Au-delà des réflexes souverainistes qui l'inspirent, cette solution présente une pertinence lorsque l'affaire est particulièrement complexe et conduirait à un procès long et fastidieux, soit par le nombre d'accusés, soit par la diversité des infractions commises. Dans un tel cas, il convient plutôt de juger les différentes infractions ou les différents accusés dans des Etats distincts³⁷⁰. Cette hypothèse se retrouve fréquemment dans le cadre des équipes communes d'enquête franco-espagnoles.

En effet, en matière de trafic de drogues, l'organisation criminelle dispose d'un certain nombre de membres dans différents Etats et commet tout un spectre d'infractions variées sur le territoire de ces Etats (production de stupéfiants, importation, exportation, vente, blanchiment de l'argent obtenu, etc...). Regrouper l'ensemble des faits dans un seul Etat de jugement reviendrait donc à demander à la juridiction saisie de connaître à la fois d'un grand nombre d'accusés, de plusieurs infractions distinctes et commises sur différents territoires, ce qui peut, à juste titre, être considéré comme trop complexe. Il en est de même en matière de terrorisme, lorsque ne sont pas seulement jugés les auteurs suspectés d'une infraction terroriste mais qu'a été démantelé un réseau.

Si la répartition des faits entre les deux Etats est parfois la solution qui semble la plus indiquée, il faut dans ce cas être extrêmement vigilant au principe *ne bis in idem*. Comme le droit à ne pas être puni ou poursuivi deux fois pour les mêmes faits est reconnu à chaque individu personnellement, alors un découpage de l'affaire selon les personnes accusées permet à coup sûr d'éviter une violation. Cette répartition peut se faire selon la nationalité des suspects, chaque Etat jugeant ses ressortissants, ou selon leur lieu d'interpellation. La première hypothèse permet de minimiser les coûts de traduction et d'interprétariat alors que la seconde évite d'avoir à procéder à une remise des accusés.

Il peut également être choisi de procéder au partage selon le lieu de commission de l'infraction. Dans ce cas, il faut définir clairement quels sont les éléments pris en compte pour déterminer ce lieu, puisque certaines infractions sont composées de plusieurs éléments constitutifs ayant chacun été commis sur un territoire différent. A titre d'illustration, les autorités peuvent décider que les infractions d'extorsion

³⁶⁹ Réseau JITS, *First JIT Evaluation Report*, op. cit., p. 16 ; Réseau JITS, *Second JIT Evaluation Report*, op. cit., p. 48

³⁷⁰ Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of prevention...*, op. cit., p. 7 ; Entretien avec Carmen BAENA

poursuivies sont réputées commises, dans le cadre de cette répartition des faits, dans l'Etat sur le territoire duquel a eu lieu la remise.

Un tel partage peut également s'avérer pertinent lorsque sont visés des faits de blanchiment. Ce fut le cas par exemple suite à une équipe commune d'enquête conclue pour enquêter sur des achats de biens en France et en Espagne grâce à des comptes *offshore* afin de blanchir de l'argent. Les juridictions espagnoles ont été désignées compétentes pour juger des faits de blanchiment constitués par l'acquisition des biens en Espagne et les juridictions françaises pour les biens acquis en France³⁷¹.

Cette solution, si elle exige une certaine attention afin de ne pas violer le principe *ne bis in idem*, présente l'intérêt de faire généralement correspondre l'Etat de jugement à l'Etat dont l'ordre public a été le plus troublé.

Il en est de même lorsque la répartition s'opère en fonction de la nationalité des victimes. Toutefois, ce choix semble une solution rarement pertinente, puisque soit l'Etat de nationalité des victimes se confond avec celui de commission des infractions (par exemple, dans le cas de « l'impôt révolutionnaire » d'ETA) et la juridiction fonde sa compétence sur la territorialité, soit ces deux Etats ne se confondent pas et le risque de violer le principe *ne bis in idem* est important. En effet, si une même infraction cause des victimes de deux nationalités distinctes (par exemple, dans le cas d'un attentat terroriste), alors les faits jugés par chaque Etat seront finalement identiques, ne variant que la nationalité des victimes.

Enfin, il est également possible de diviser l'affaire selon les infractions commises. L'un des Etats connaîtra donc de l'ensemble des faits relatifs à une infraction tandis que l'autre Etat en jugera une autre. Cette solution suppose que certaines personnes soient jugées par deux juridictions dans deux Etats distincts, donc il faudra organiser les procès de façon à ce que ces accusés puissent être présents à chaque fois, c'est-à-dire, d'une part, prévoir des jugements successifs et non simultanés, et d'autre part, procéder à une remise des accusés. Par ailleurs, en cas de condamnations, il faudra déterminer quelle peine sera effectuée en premier.

A titre d'exemple, cette solution a été retenue en 2015 pour des faits de fraude à la TVA organisée et de blanchiment d'argent. Les juridictions françaises ont été désignées compétentes pour connaître de l'infraction de blanchiment tandis que les faits de fraude fiscale ont été attribués aux juridictions espagnoles³⁷².

Une fois la juridiction compétente déterminée, un autre problème dû au caractère transnational des faits poursuivis peut se poser : l'admissibilité des preuves recueillies.

³⁷¹ Entretien avec Renaud VAN RUYMBEKE

³⁷² Eurojust, *Rapport annuel 2015*, p. 20

CHAPITRE 2 : L'admissibilité des preuves recueillies

L'admissibilité d'une preuve peut être définie comme sa « vocation à être pris[e] en considération comme élément de preuve »³⁷³. Un élément recueilli par les enquêteurs à des fins probatoires peut ainsi ne pas être accueilli par le juge pénal, lorsque celui-ci considère que l'élément présenté ne répond pas aux conditions d'admissibilité fixées par le droit national.

La preuve constituant le point central du procès pénal³⁷⁴, la question de son admissibilité revêt un intérêt primordial. En effet, du fait du principe de la présomption d'innocence, l'accusé ne pourra être condamné et se voir imposer une peine que s'il a pu être démontré qu'il a réalisé un acte considéré par la loi comme une infraction³⁷⁵. Or, la phase post-transfert de la preuve a été largement négligée jusqu'à présent dans les instruments européens de coopération³⁷⁶.

Pourtant, dans un contexte transnational, l'admissibilité de la preuve fait face à des difficultés différentes de celles pouvant exister dans le cadre d'une procédure purement interne. D'une part, la multiplication des règles applicables – nationales et européennes – et des autorités judiciaires impliquées complique les choses et aggrave les risques d'illégalité. D'autre part, les Etats ne peuvent mettre en place un contrôle juridictionnel effectif de la preuve étrangère, ce qui empêche de sanctionner une possible illégalité³⁷⁷.

L'admission des éléments de preuve par les juridictions nationales est considérée comme l'une des principales difficultés de la mise en œuvre des équipes communes d'enquête³⁷⁸. Il est particulièrement important aujourd'hui de chercher comment faciliter cette admission (ou de la rendre plus exigeante, selon les points de vue... En tout cas une harmonisation est souhaitée), la coopération en matière pénale dans l'Union européenne devant être associée à une « libre circulation des preuves » afin de montrer tout son potentiel³⁷⁹. Cette recherche d'une majeure efficacité ne doit toutefois pas s'effectuer en réduisant les garanties procédurales reconnues au suspect.

Afin d'étudier la question de l'admissibilité des éléments de preuve recueillis dans le cadre d'une équipe commune d'enquête franco-espagnole, il convient tout d'abord d'examiner les principes régissant dans les deux Etats l'admissibilité de la preuve interne (Section 1) avant de voir s'ils sont applicables aux preuves obtenues dans un autre Etat membre (Section 2). Enfin, puisque la situation actuelle n'est pas satisfaisante, il s'agira ensuite de réfléchir à quelques pistes afin d'améliorer la libre circulation des preuves sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne (Section 3).

³⁷³ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, Larcier, 2016, p. 129

³⁷⁴ Géraldine DANJAUME, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 153-159

³⁷⁵ Manuel JAÉN VALLEJO, « Los principios de la prueba en el proceso penal español », site Internet derechopenal du Professeur José HURTADO POZO, Université de Fribourg, 2008 : <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf>

³⁷⁶ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 45

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 314

³⁷⁸ Nadja LONG, « Mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des équipes communes ... », *op. cit.*, p. 37

³⁷⁹ Gert VERMEULEN, Wendy DE BONDT et Yasmin VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence ?*, Commission européenne, IRCP – Series, Vol. 37, Maklu Publishers, 2010, p. 41. Ils parlent de "free movement of evidence".

Section 1 : Les principes français et espagnols d'admissibilité de la preuve interne

Il existe en droit français et espagnol un principe de liberté d'admissibilité de la preuve, lequel fait toutefois face à de très nombreuses exceptions, à tel point qu'il est aujourd'hui principalement théorique. Ainsi, d'une part, il est attendu des enquêteurs une certaine probité (§1), et d'autre part, la preuve ne doit pas avoir été obtenue par un moyen contraire à la loi (§2).

§1. La liberté de la preuve soumise à une exigence de probité

En matière probatoire, deux régimes s'opposent : le système de la preuve légale et le système de la preuve libre. Selon le premier système, seulement certaines preuves déterminées servent pour démontrer la véracité des faits poursuivis, la valeur de chacune étant par ailleurs fixée à l'avance³⁸⁰. A l'inverse, dans le second système, tous les modes de preuve sont admis et le juge est par ailleurs libre d'apprécier la valeur probante des éléments de preuve qui lui sont soumis, aucune hiérarchie n'étant instituée. La libre admissibilité de la preuve se double donc d'une liberté d'appréciation³⁸¹.

En droit français, l'article 427 du Code pénal prévoit que « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». S'applique donc le système de la preuve libre. C'est le cas depuis le Code d'instruction criminelle adopté par Napoléon en 1808³⁸². Ce principe est également celui retenu en Espagne, selon l'article 741 de la LECrim. Sa consécration est toutefois plus récente, puisque s'est appliqué le système de la preuve légale jusqu'en 1883, date d'entrée en vigueur de l'actuelle LECrim.

La libre admissibilité de la preuve est toutefois limitée dans les deux droits aux preuves obtenues en respectant une certaine loyauté. Il faut dès à présent indiquer que ce terme est propre au droit français et n'existe pas en tant que tel en droit espagnol. Pourtant, les principes que sous-tend l'exigence de loyauté se retrouvent dans le droit espagnol.

La loyauté n'est pas expressément consacrée dans un texte pénal en France mais est une construction jurisprudentielle³⁸³. Elle peut être définie comme une « manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la Justice »³⁸⁴. Il en découle qu'« une procédure loyale est exempte de tout détournement des règles formelles et implique l'honnêteté des acteurs judiciaires à tous les niveaux »³⁸⁵.

Ces principes s'appliquent également en Espagne, où la doctrine indique qu'il ne doit pas être porté atteinte à la morale et à la dignité humaine dans la recherche des preuves³⁸⁶. Par ailleurs, la LOPJ exige expressément que soit respectée la bonne foi et rejette les preuves obtenues en violation des droits fondamentaux³⁸⁷. Par conséquent, bien que le terme de « loyauté » ne soit pas utilisé dans le droit

³⁸⁰ Manuel JAÉN VALLEJO, « Los principios de la prueba en el proceso penal español », *op. cit.*

³⁸¹ Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale : acteurs du procès pénal, poursuites, enquête policière et instruction, jugement, le cas particulier du mineur*, Gualino, 2017, p. 42

³⁸² Sur l'histoire des systèmes de preuve en France, voir Henri LECLERC, « L'intime conviction du juge : norme démocratique de la preuve », article publié par le Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, Université Jules Verne, disponible sur <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/35/henri_leclerc.pdf_4a081ebec92b4/henri_leclerc.pdf>

³⁸³ Cour de cassation, chambres réunies, *Wilson*, 31 janvier 1888

³⁸⁴ Définition du Doyen BOUZAT, cité par Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 205

³⁸⁵ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 205

³⁸⁶ César Augusto GINER ALEGRÍA, « Prueba prohibida y prueba ilícita », *Anales de Derecho*, n°26, Université de Murcia, 2008, p. 579-590

³⁸⁷ Article 11§1

espagnol, la liberté d'admissibilité de la preuve y est tout de même encadrée par les mêmes principes de bonne foi et de respect des droits fondamentaux et de la dignité humaine.

Afin de ne pas employer un terme propre au droit français pour parler également des procédures pénales espagnoles, il a été décidé de chercher un mot plus neutre, permettant d'englober l'ensemble des notions. Sera donc employé le terme de « *fair-play* » lorsque seront visées des règles applicables dans les deux Etats ou uniquement en Espagne. En effet, la probité est synonyme de « droiture, bonne foi, parfaite honnêteté »³⁸⁸, ce qui semble en faire le terme idoine.

En France, l'exigence de loyauté s'applique à la phase d'instruction préparatoire et aux enquêtes de police³⁸⁹. En revanche, elle ne concerne pas les parties privées, qui sont totalement libres de produire les preuves qu'elles souhaitent devant le juge sans les voir écartées du simple fait de leur illicéité, dès lors qu'elles peuvent être discutées contradictoirement. La jurisprudence accepte même que les éléments de preuve aient été recueillis en commettant une infraction (par exemple, un vol de documents)³⁹⁰.

En Espagne, l'article 11§1 de la LOPJ indique que la bonne foi joue dans l'ensemble des procédures, ce qui permet de penser que l'exigence de *fair-play* s'applique comme en France, à la phase d'instruction et aux enquêtes de police. En revanche, s'agissant des parties privées, la loi ne donne aucune précision et la jurisprudence n'est pas clairement établie sur cette question. Quant à la doctrine, une partie est en faveur de la solution française et l'autre partie considère qu'il ne faut pas faire de distinction entre autorité publique et particulier³⁹¹. Ces incertitudes ne sont toutefois pas problématiques dans le cadre de cette étude, puisque s'agissant d'une équipe commune d'enquête, le régime d'obtention de preuves auquel il faut prêter une attention particulière est celui applicable aux preuves recueillies par les juges et policiers.

Lorsque la preuve est considérée comme illicite car obtenue de façon non-équitable, elle encourt la nullité, de même que les éléments en découlant directement, par application de la "*fruit of the poisoned tree doctrine*", issue du droit américain³⁹². En France comme en Espagne, la nullité est rétroactive et enlève tout effet à la preuve dès le moment de la violation³⁹³. Il faut toutefois que l'absence de *fair-play* soit suffisante et ait eu pour résultat d'éluder les garanties accordées à la défense³⁹⁴. Par ailleurs, la preuve est parfois simplement laissée sans effet, ce qui est une sanction moins importante.

L'exigence d'une présentation des preuves équitable interdit un certain nombre d'agissements, dont notamment les détournements de procédure. Par exemple, il est interdit de faire procéder à une fouille par la douane afin de trouver d'autres objets que ceux résultant d'infractions douanières³⁹⁵. Est également considérée nulle toute preuve ayant été obtenue au moyen d'une provocation à l'infraction par un

³⁸⁸ Dictionnaire de l'Académie française : <<https://academie.atilf.fr>>

³⁸⁹ Haritini MATSOPOULOU, « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves en matière pénale », in Sylvie CIMAMONTI (dir.), *Les nouveaux problèmes actuels des sciences criminelles*, dossier « Les nouveaux principes de la matière pénale », n°27, Aix-Marseille Université, Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles, Institut de Sciences pénales et de Criminologie, PUAM, LGDJ Lextenso, 2017, p. 20

³⁹⁰ Voir Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ Pénal*, 2010, p. 280-282

³⁹¹ En faveur de la distinction, voir Antonio DEL MORAL GARCÍA, « La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura », contribution lors du séminaire « La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas » organisé par la *Fiscalía* le 27 avril 2016, p. 14 :

<https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20del%20Moral%20Garc%C3%ADa.%20Antonio.pdf?idFile=ffbc5c56-1258-4d62-a737-674cfadb3467>. En faveur d'un traitement similaire, voir Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, « El proceso penal español y la prueba ilícita », *Revista de Derecho Validia*, vol. 18, n°2, 2005, p. 187-211

³⁹² Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 252-253

³⁹³ Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, « El proceso penal español y la prueba ilícita », *op. cit.*

³⁹⁴ Géraldine DANJAUME, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *op. cit.*

³⁹⁵ Haritini MATSOPOULOU, « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves... », *op. cit.*, p. 20

policier³⁹⁶, c'est-à-dire « lorsque l'intervention de l'agent crée une infraction qui n'était pas prévue antérieurement par son auteur, l'intention infractionnelle étant auparavant inexistante »³⁹⁷.

En revanche, la simple provocation policière – c'est-à-dire lorsque les pratiques de l'agent n'incitent pas le mis en cause à passer à l'acte mais servent à révéler une infraction préexistante dont l'existence était déjà soupçonnée grâce à certains éléments antérieurs déjà rassemblés – est autorisée en droit français et espagnol³⁹⁸. Ainsi, les policiers qui sont présents, après avoir été avertis par la victime, lors du rendez-vous fixé par celle-ci afin de remettre l'argent exigé par un auteur de trafic d'influence ne font que constater l'existence de l'infraction, donc cette preuve est admissible³⁹⁹.

L'absence de *fair-play* dans la recherche des preuves est donc parfois couverte par la licéité, voire est prévue par le droit procédural pénal⁴⁰⁰. C'est le cas par exemple s'agissant de l'infiltration⁴⁰¹, régie par les articles 706-81 et suivants du Code de procédure pénale français et l'article 282 Bis de la LECrim. Par le biais de cette technique, les policiers « peuvent surveiller des personnes [...] en se faisant passer auprès [d'elles] comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs »⁴⁰². Au-delà de l'exigence de *fair-play*, d'origine jurisprudentielle, la recherche de preuves doit également être faite dans des conditions respectant la légalité, c'est-à-dire la loi pénale et la Constitution.

§2. La liberté de la preuve soumise au respect de la légalité

Premièrement, se pose la question de la légalité-même de l'enquête effectuée dans le cadre d'une équipe commune d'enquête. En effet, les preuves, y compris internes – c'est-à-dire obtenues sur le territoire de l'Etat de jugement – ont été recueillies en présence d'agents provenant d'un autre Etat membre, voire suite à une mesure réalisée par un agent étranger. Toutefois, dès lors que l'équipe a été constituée dans les conditions prévues par le droit national et que les membres détachés n'ont pas outrepassé les pouvoirs qui leur étaient accordés par l'Etat d'intervention, l'équipe commune d'enquête est un cadre parfaitement légal⁴⁰³. Il n'y a donc pas d'obstacles à l'admissibilité de la preuve interne du fait de son obtention lors d'une enquête commune.

En revanche, les normes européennes relatives aux équipes communes d'enquête ne fixent aucune règle concernant l'obtention des preuves dans ce cadre⁴⁰⁴. En l'absence de précisions au niveau européen, il faut s'intéresser aux textes nationaux. Néanmoins, ni la LECI, ni les articles 695-2 et -3 du Code de procédure pénale français n'encadrent les moyens de recueillir des preuves. Par conséquent, il convient de se référer aux règles procédurales internes.

Premièrement, tant le droit espagnol que le droit français prévoient une autorisation préalable par le Procureur ou le juge d'instruction à la réalisation de la majorité des mesures d'enquête. Cette exigence

³⁹⁶ Appelée en Espagne "*delito provocado*"

³⁹⁷ Juan REVELLO DE TORO CABELLO, « La delimitación entre provocación policial y delito provocado », *Derecho penal : aspectos materiales y procesales*, Université internationale d'Andalousie, 2013, p. 4

³⁹⁸ *Idem*. Voir aussi Hervé VLAMYNCK, « La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière », *AJ Pénal*, 2014, p. 325-328

³⁹⁹ Cass., Crim. 16 janvier 2008, n° 07-87633

⁴⁰⁰ Jean-Baptiste PERRIER, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p. 436-439

⁴⁰¹ Appelée en Espagne "*agente encubierto*" (agent sous couverture)

⁴⁰² Haritini MATSOPOULOU, « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves... », *op. cit.*, p. 27. Voir aussi Hervé VLAMYNCK, « La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière », *op. cit.* ; Rocío ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, « El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español », *Publications du Portail ibéro-américain des Sciences pénales*, Institut de Droit pénal international et européen, Université de Castilla-la-Mancha, 2016 : <<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/5rocio-zafra-es.pdf>>

⁴⁰³ Entretien avec Renaud VAN RUYMBEKE

⁴⁰⁴ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, *op. cit.*, p. 142

s'applique donc également aux mesures mises en œuvre dans le cadre d'une équipe commune d'enquête. A défaut d'une telle autorisation, la preuve obtenue par le biais de cette mesure d'enquête pourrait ne pas être considérée comme admissible lors du procès pénal et rester sans effet.

Ensuite, à côté des nullités substantielles, librement définies par le juge (par exemple, le non-respect du principe de loyauté), il existe des nullités expressément prévues par un texte⁴⁰⁵. Parmi les quelques nullités textuelles énoncées par le Code de procédure pénale français, deux exemples peuvent être choisis, lesquels se retrouvent en droit espagnol. En premier lieu, s'agissant de l'infiltration, les articles 706-81 du Code de procédure pénale et 282 Bis §4 de la LECrim interdisent, sous peine de nullité, que l'agent infiltré incite les délinquants suspectés à commettre l'infraction.

Un autre exemple est donné par l'article 100-5 du Code de procédure pénale, qui prévoit que ne peuvent être enregistrées les correspondances entre l'accusé et son avocat relevant de l'exercice des droits de la défense. Dans la LECrim, l'interdiction concerne tout enregistrement des communications entre l'accusé et l'avocat, sauf lorsqu'elles font apparaître des indices objectifs de la participation de l'avocat à l'infraction poursuivie ou à toute autre infraction en lien avec cet accusé⁴⁰⁶.

En se référant au texte-même, la loi espagnole semble donc plus restrictive que la française. Toutefois, ce n'est pas le cas une fois analysée la jurisprudence française, puisque celle-ci interprète l'article 100-5 comme ne permettant la transcription des conversations entre l'accusé et son avocat que lorsque le contenu de ces dernières fait présumer que l'avocat a participé à la commission d'une infraction⁴⁰⁷. Autrement dit, les règles françaises et espagnoles relatives à l'enregistrement des communications entre accusé et avocat sont semblables.

Au-delà des nullités applicables à certaines mesures d'enquête, les textes pénaux encadrent certains moyens de preuve, dont notamment les témoignages. Les droits français et espagnol connaissent tous deux de la figure du témoin anonyme, lorsqu'il existe des risques pour cette personne⁴⁰⁸. C'est ici toutefois que s'arrête leur convergence quant aux normes régissant les témoignages.

En effet, ensuite, le droit espagnol prévoit un autre degré de protection du témoin, plus faible que l'anonymat, à travers le statut de "*testigo oculto*" (témoin caché). Sa véritable identité est connue du tribunal mais, lors du procès, il témoignera caché, soit de l'ensemble de la salle, soit du public et de l'accusé. Il est également souvent procédé à une distorsion de sa voix⁴⁰⁹. Enfin, contrairement au droit français, le droit espagnol, dans l'article 710 de la LECrim, admet le témoignage indirect, c'est-à-dire quand le témoin reprend des faits que quelqu'un lui a dit avoir vus ou entendus⁴¹⁰.

De cette section, il est possible de conclure que les règles d'admissibilité de la preuve interne sont assez semblables en France et en Espagne. Toutefois, dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, puisque les preuves peuvent être recueillies indistinctement sur le territoire des deux Etats, il faut aussi s'intéresser à l'admissibilité des preuves obtenues dans un autre Etat membre.

⁴⁰⁵ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 248

⁴⁰⁶ Voir Mauricio BUENO JIMÉNEZ, « Las intervenciones telefónicas: doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre », 2016, disponible sur <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10986-las-intervenciones-telefonicas:-doctrina-general-a-la-luz-de-la-lo-13-2015-de-5-de-octubre/>>

⁴⁰⁷ Coralie AMBROISE-CASTEROT, « Validation européenne des écoutes téléphoniques incidentes d'avocats », *AJ Pénal*, 2016, p. 427-429

⁴⁰⁸ Respectivement aux articles 706-58 du Code de procédure pénale et 2 a) de la loi organique 19/94 relative à la protection des témoins

⁴⁰⁹ Voir Silvia ROSALES PEDRERO, « La protección de testigos en el proceso penal », contribution lors du XX Séminaire interuniversitaire international de droit pénal « Derecho penal general y de la empresa », organisé par la *Fundación Internacional de Ciencias Penales* et l'Université d'Alcalá (Espagne), les 1^{er} et 2 juin 2017 : <<https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/06/Rosales-Pedrero.-Comunicaci%C3%B3n-2.pdf>>

⁴¹⁰ Appelé en Espagne "testimonio de referencia"

Section 2 : L'admissibilité de la preuve issue d'un autre Etat membre

Les tribunaux ne contrôlent généralement pas la légalité d'une preuve recueillie sur le territoire d'un autre Etat membre et l'admettent facilement, sauf lorsque celle-ci a été obtenue en violation d'un droit fondamental ou d'un principe fondamental de l'Etat (§1)⁴¹¹. Afin de faciliter l'admissibilité de la preuve et l'appréciation de sa valeur probante par le juge, un glissement a été opéré en matière d'entraide, de l'application de la *lex loci* à une application combinée de la *lex loci* et de la *lex fori* (§2).

§1. L'inadmissibilité limitée à la violation d'un droit ou principe fondamental

En principe, les juges n'exigent pas que la preuve obtenue à l'étranger respecte les règles procédurales de leur propre Etat membre (A). Toutefois, elle doit respecter les principes fondamentaux de cet Etat, (B). Cette dernière exigence ne pose généralement pas de problème entre la France et l'Espagne puisque les deux Etats sont membres de l'Union européenne et parties à la Convention EDH, donc partagent un socle de droits fondamentaux commun (C).

A. L'absence de contrôle du respect des règles procédurales

En France et en Espagne, aucun texte ne prévoit de règles relatives à l'admissibilité de la preuve obtenue dans un autre Etat membre. C'est donc vers la jurisprudence qu'il convient de se tourner pour voir ce qu'il en est. De manière générale, les tribunaux français s'estiment incompétents pour contrôler la légalité de la preuve obtenue à l'étranger⁴¹². Il en est de même en Espagne, où le Tribunal suprême a confirmé à plusieurs reprises que les tribunaux espagnols ne pouvaient contrôler la légalité de mesures d'enquête exécutées dans un autre pays de l'Union européenne⁴¹³.

L'*Audiencia Nacional* a, dans deux arrêts de 2009 et 2010, portant sur des faits identiques, adopté une approche distincte de celle du Tribunal suprême quant à un éventuel contrôle de la légalité de la preuve recueillie à l'étranger⁴¹⁴. En l'espèce, parmi les preuves contre les accusés, jugés pour trafic de stupéfiants, se trouvaient des éléments obtenus grâce à des écoutes téléphoniques. Or, les numéros espagnols placés sur écoute avaient été connus grâce à des écoutes téléphoniques pratiquées en France et partagés entre les membres de l'équipe commune d'enquête franco-espagnole constituée. Les accusés demandaient la nullité des écoutes téléphoniques en ce que les numéros n'avaient pas été obtenus conformément à la procédure pénale espagnole.

Les juges ont considéré que les écoutes avaient été faites en Espagne en respectant la loi et que le seul élément qui pouvait poser problème était effectivement le fait que les numéros avaient été obtenus grâce à des écoutes en France, donc par le biais d'une procédure distincte. Ils ont estimé que le fait qu'il s'agisse d'une procédure différente n'était pas en soi problématique et que si les requérants voulaient alléguer d'une violation en particulier, ils auraient dû le faire avant le début de la phase de jugement. L'*Audiencia*

⁴¹¹ Réseau JITS, conclusions de la 9^{ème} réunion annuelle, 2013, p. 12

⁴¹² Juliette LELIEUR, « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *RSC*, 2011, p. 1-19 ; Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 325

⁴¹³ Par exemple, voir décision du Tribunal suprême n°480/2009, du 22 mai 2009, relative à des perquisitions réalisées en France contre des etarras supposés

⁴¹⁴ Décisions du 22 décembre 2009 et 12 mai 2010, résolutions n°80/2009 et 40/2010, *op. cit.*

Nacional ne se reconnaît donc pas expressément incompétente pour contrôler la légalité de la mesure française, mais dans la pratique, elle ne procède pas non plus à ce contrôle.

La doctrine n'est pas favorable à une absence totale de contrôle. Ainsi, Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO indique dans sa thèse de doctorat que les tribunaux devraient quand même pouvoir contrôler que la *lex loci* a bien été respectée, sans que le non-respect entraîne automatiquement l'inadmissibilité de la preuve⁴¹⁵. Selon que la violation est plus ou moins grave, alors la preuve étrangère pourrait rester admissible mais perdre de sa valeur probante.

Marie MARTY est également critique vis-à-vis de cette absence de contrôle. D'une part, elle considère que cette situation est problématique vis-à-vis des droits de la défense, puisqu'une preuve obtenue de façon illégale dans un autre Etat peut permettre malgré tout de retenir la culpabilité d'un accusé et entraîner une condamnation. D'autre part, elle évoque une rupture d'égalité, selon que l'accusé est jugé suite à une procédure purement nationale, où la régularité de la preuve pourra être contrôlée, ou suite à une procédure transnationale, où une partie des preuves échappe à tout contrôle⁴¹⁶.

La réalisation d'un contrôle de la légalité de la preuve étrangère pose toutefois quelques questions, notamment quant à savoir quel sera le juge compétent pour exercer un tel contrôle. La logique voudrait que ce soit le juge chargé du jugement, et donc chargé d'apprécier les preuves, mais il devra alors connaître la teneur du droit étranger applicable, ce qui n'est pas si évident.

Par ailleurs, il faudrait déterminer l'étendue du contrôle. A cet égard, Marie MARTY considère qu'il faudrait procéder à un triple contrôle. Serait contrôlée en premier lieu la régularité de la procédure d'obtention de la preuve vis-à-vis du droit de l'Etat d'exécution, ensuite la légalité de la procédure de coopération en elle-même, et enfin la conformité de la procédure au droit de l'Etat de jugement⁴¹⁷. Ce triple contrôle semble cependant être une formalité lourde et il est possible de s'interroger sur sa nécessité du fait de la confiance mutuelle devant exister entre les Etats membres de l'Union européenne.

S'ils ne contrôlent pas le respect de la légalité formelle, les tribunaux peuvent tout de même écarter la preuve étrangère lorsqu'une violation d'un droit ou d'un principe fondamental est alléguée et reconnue.

B. L'inadmissibilité éventuelle en cas de violation d'un principe ou d'un droit fondamental

En Espagne, la preuve provenant d'un autre Etat ne peut être admissible lorsqu'elle a été obtenue d'une façon qui contrevient aux principes fondamentaux de l'ordre juridique espagnol. Se pose alors la question de savoir quels sont ces principes. Il semble qu'il s'agisse des normes constitutionnelles, notamment celles relatives aux droits fondamentaux⁴¹⁸. Peut aussi intervenir l'ordre public⁴¹⁹. L'inadmissibilité pour contrariété à l'ordre public pourrait permettre d'écarter une preuve obtenue sans que les agents publics fassent preuve de probité, bien que cette exigence ne soit pas fixée textuellement.

Par ailleurs, selon Enrique VALLINES GARCÍA, la preuve doit être considérée comme non-conforme aux principes fondamentaux de l'ordre juridique espagnol lorsque la violation rompt l'équité procédurale entre

⁴¹⁵ Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza...*, op. cit., p. 488

⁴¹⁶ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 326

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 322

⁴¹⁸ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, op. cit., p. 149 ; Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza...*, op. cit., p. 479

⁴¹⁹ Entretien avec Jesús SANTOS

accusation et défense telle qu'établie par la loi espagnole⁴²⁰. Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO appuie cette position et argumente que si certaines garanties ont été considérées indispensables dans la procédure espagnole pour ne pas violer les droits fondamentaux, alors il n'y a pas de raison qu'elles disparaissent lorsque la preuve est obtenue dans un autre Etat si, finalement, c'est en Espagne que l'élément va produire ses effets probatoires⁴²¹.

La position espagnole est celle retenue par la majorité des Etats membres dans l'Union européenne⁴²². Toutefois, en France, il semble que les choses soient moins claires, puisqu'il n'a pas été possible de trouver de la jurisprudence ou de la doctrine confirmant que les tribunaux français déclaraient inadmissible une preuve obtenue en violation des principes fondamentaux de l'Etat. Il apparaît plutôt que les tribunaux s'estiment incompétents pour tout contrôle de la légalité de la preuve étrangère⁴²³.

Cette solution pourrait toutefois poser problème, puisque des personnes pourraient être condamnées en France sur la base d'une preuve obtenue dans des conditions qui ne sauraient être admises dans le cadre d'une procédure pénale purement française, notamment eu égard aux droits fondamentaux garantis par la Constitution. Heureusement, s'agissant de la coopération franco-espagnole, cette situation a moins de risque de se produire que si intervenait un Etat non-européen, puisque la France et l'Espagne partagent un « socle commun de principes et de standards définissant une procédure équitable »⁴²⁴, du fait de leur appartenance à l'Union européenne et au Conseil de l'Europe.

C. *Les droits français et espagnol soumis aux garanties procédurales européennes*

Au sein de l'Europe, au sens large du terme, les droits fondamentaux sont garantis par deux instruments principaux : la Convention EDH et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est donc à ces deux textes qu'il conviendrait de s'intéresser ici. Néanmoins, il ne semble pas que la Cour de justice de l'Union européenne ait eu, jusqu'à présent, à connaître d'affaires dans lesquelles se posait la question de l'admissibilité d'une preuve recueillie sur le territoire d'un autre Etat membre. Par conséquent, il est plus pertinent, en l'absence de jurisprudence portant sur la Charte, de se concentrer sur la Convention EDH et les précisions apportées par la Cour EDH quant à l'admissibilité des preuves.

Le principe est que la Convention EDH, si elle garantit un droit au procès équitable à son article 6, ne régit pas l'admissibilité des preuves en tant que telle, cette question restant un sujet de droit interne. La Cour ne se prononce donc pas sur le point de savoir si les preuves admises l'ont été à bon droit ou auraient dû être écartées, mais examine la procédure dans son ensemble, afin de voir si elle a revêtu un caractère équitable⁴²⁵.

En revanche, la Cour s'est prononcée de façon indirecte sur l'admissibilité des preuves, en définissant les garanties procédurales qui doivent être accordées aux personnes poursuivies⁴²⁶. Une preuve obtenue en violation de l'une de ces garanties dans n'importe quel Etat partie à la Convention EDH devrait alors

⁴²⁰ Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal...*, op. cit., p. 149

⁴²¹ Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza...*, op. cit., p. 481

⁴²² Gert VERMEULEN, Wendy DE BONDT et Yasmin VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters...*, op. cit., p. 148

⁴²³ Cour EDH, *Stojkovic c/ France et Belgique*, 27 octobre 2011

⁴²⁴ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 45

⁴²⁵ Ceci a été affirmé pour la première fois par la Cour EDH dans l'arrêt *Schenk c/ Suisse*, 12 juillet 1988.

⁴²⁶ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 570-580. Voir aussi Marie-Aude BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence dans la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », in Ivan BOUIOUKLIEV et Paul DHAeyer, *La théorie des nullités en droit pénal*, Anthemis, 2014, p. 69-90

être considérée comme inadmissible, qu'il s'agisse d'une procédure interne⁴²⁷ ou d'un jugement dans un autre Etat que celui d'obtention⁴²⁸.

Le fondement principal de ces garanties est l'article 6 de la Convention, même si la Cour en a également reconnu certaines sur la base des articles 3 et 8, relatifs respectivement à l'interdiction des traitements inhumains et dégradants et au droit au respect de la vie privée. Puisqu'il s'agit d'un droit absolu, la Cour EDH est plus stricte lorsque la violation concerne l'article 3 que l'article 8.

En effet, si une preuve a été recueillie sans qu'ait été respectée la vie privée de la personne poursuivie mais que celle-ci a ensuite pu contester les moyens d'obtention et qu'il n'y avait pas de raison de douter de l'exactitude de l'élément de preuve, la procédure est considérée comme équitable⁴²⁹. En revanche, dès que la preuve a été obtenue après que le suspect a subi un acte de torture ou un traitement inhumain ou dégradant, la Cour va présumer une rupture de l'équité de la procédure⁴³⁰.

Sur le fondement de l'article 6, un certain nombre de garanties ont été développées par la Cour EDH. Il s'agit notamment de l'interdiction de la provocation policière à la commission de l'infraction⁴³¹, du droit au silence⁴³² et du droit à l'assistance d'un avocat⁴³³. Par ailleurs, la Cour a encadré le recours à un témoin anonyme, lequel doit être fondé sur une réelle menace pour la vie du témoin et compensé par d'autres garanties afin de maintenir l'équité de la procédure⁴³⁴.

La doctrine s'interroge toutefois sur le point de savoir si le fait que tous les Etats sont parties à la Convention EDH, et donc doivent respecter les garanties énoncées précédemment, est suffisant pour assurer une confiance mutuelle et permettre une libre circulation et recevabilité de la preuve entre les Etats membres de l'Union⁴³⁵. L'Union européenne a tenté de remédier à cette situation en instaurant la possibilité de prendre en compte les règles procédurales étrangères dans les procédures de coopération.

§2. Une admissibilité facilitée par le respect des règles étrangères dans la coopération

Traditionnellement, en matière de demande d'entraide répressive, le principe est d'appliquer la loi de l'Etat sur le territoire duquel est exécutée la mesure (règle *locus regit actum*). Deux arguments principaux peuvent être avancés pour justifier l'emploi de cette règle. D'un côté, l'application de la *lex loci* permet de ne pas heurter la souveraineté de l'Etat⁴³⁶. En effet, il va contre le pouvoir souverain de l'Etat qu'une autre loi que la sienne soit appliquée sur son territoire. De l'autre côté, suivre les prescriptions de la *lex loci* permet de minimiser les risques de mauvaise application de la loi, puisque c'est celle que les autorités exécutrices connaissent le mieux⁴³⁷.

Ainsi, la Convention du Conseil de l'Europe d'entraide judiciaire en matière pénale, de 1959, signée et ratifiée par la France et l'Espagne, fixe comme règle générale quant à la loi applicable l'application du

⁴²⁷ Cour EDH, *Schenk c/ Suisse*, *op. cit.*

⁴²⁸ Cour EDH, *Stojkovic c/ France et Belgique*, *op. cit.*

⁴²⁹ Cour EDH, grande chambre, *Bykov c/ Russie*, 10 mars 2009

⁴³⁰ Cour EDH, grande chambre, *Gafgen c/ Allemagne*, 1^{er} juin 2010

⁴³¹ Cour EDH, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, 9 juin 1998

⁴³² Cour EDH, *Funke c/ France*, 25 février 1993

⁴³³ Cour EDH, grande chambre, *Salduz c/ Turquie*, 27 novembre 2008

⁴³⁴ Cour EDH, *Pesukic c/ Suisse*, 6 décembre 2012

⁴³⁵ Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza...*, *op. cit.*, p. 483 ; Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 45

⁴³⁶ Dirk VAN DAELE, « Mutual Assistance between Belgium, France, Germany and the Netherlands. A Comparative Analysis of Possibilities and Difficulties », in Cyrille FIJNAUT et Jannemieke OUWERKERK (éd.), *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 143

⁴³⁷ André KLIP, *European Criminal Law*, *op. cit.*, p. 349

droit de l'Etat requis, c'est-à-dire celui sur le territoire duquel la mesure d'enquête est exécutée (art. 3§1). Une seule exception existe : les dépositions de témoins ou experts sous serment (art. 3§2). Le principe demeure ensuite avec la CAAS (art. 39)^{438,439}.

Bien qu'elle ait certains avantages, l'application de la *lex loci* présente aussi un inconvénient majeur, justement le risque que la preuve soit inadmissible dans l'Etat de jugement, s'il n'est pas le même que l'Etat d'intervention⁴⁴⁰. Cela explique que l'Union européenne se soit orientée de plus en plus vers l'application de la règle *forum regit actum*.

La bascule s'est produite notamment avec la Convention du 29 mai 2000, dans laquelle le principe est devenu le respect des formalités expressément indiquées par l'Etat d'émission, à l'exception des cas où celles-ci seraient incompatibles avec les principes fondamentaux du droit de l'Etat d'exécution (art. 4§1)⁴⁴¹.

En matière d'équipe commune d'enquête, puisqu'il n'existe pas d'Etat d'émission et d'Etat d'exécution, la règle doit être légèrement adaptée : dans l'exécution des mesures, il faut à la fois respecter le droit de l'Etat d'intervention et le droit de l'autre Etat participant, plus précisément les règles pertinentes pour éviter que la preuve soit ensuite inadmissible si cet Etat venait à être l'Etat de jugement⁴⁴².

Si l'Etat de jugement a été décidé préalablement et que la mesure est réalisée sur son territoire, alors il n'est pas nécessaire de combiner les deux lois, la *lex loci* et la *lex fori* se confondant. Toutefois, d'une part, la compétence juridictionnelle est très rarement déterminée avant le déroulement de l'enquête, et d'autre part, il n'est pas à exclure que la preuve soit ensuite réutilisée par l'autre Etat si de nouveaux faits connexes venaient à apparaître. Dans cette hypothèse il semble opportun de toujours appliquer les règles procédurales de l'ensemble des Etats participants.

Il faut ici faire une précision, puisqu'en effet, il ne s'agira pas d'appliquer l'intégralité des exigences procédurales des deux Etats – ce qui est impossible d'un point de vue pratique, ou du moins très compliqué – mais que les autorités se mettent d'accord sur les conditions à respecter lors de l'exécution des mesures d'enquête pour s'assurer que la preuve recueillie sera ensuite admissible devant les tribunaux nationaux, quel que soit finalement l'Etat de jugement⁴⁴³.

Les experts du Réseau ECE ont recommandé d'inclure dans l'accord de constitution une clause indiquant expressément que les preuves seront obtenues par l'équipe selon une procédure compatible avec les lois des différents Etats participants, c'est-à-dire la loi de l'Etat d'intervention mélangée aux prescriptions essentielles pour l'admissibilité de l'autre Etat⁴⁴⁴.

L'application de la *lex fori* a été critiquée comme portant atteinte au principe de légalité⁴⁴⁵. Toutefois, puisque dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, la *lex loci* est également respectée, il ne semble

⁴³⁸ Voir le tableau récapitulatif dans Luis RODRÍGUEZ SOL, « Investigación y prueba transnacional : la cooperación judicial internacional », contribution lors du séminaire « Investigación y prueba en los delitos de corrupción » organisé par la *Fiscalía* le 13 avril 2016, p. 12 : <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Rodr%C3%ADguez%20Sol.%20Luis.pdf?idFile=9ff91ae7-e7dd-4ef0-8e3e-5fc7f47626a6>

⁴³⁹ La règle *locus regit actum* est par ailleurs reprise à l'article 694-3 alinéa 1 du Code de procédure pénale français.

⁴⁴⁰ André KLIP, *European Criminal Law*, op. cit., p. 349

⁴⁴¹ Ce principe se retrouve à l'article 695-3 alinéa 2 du Code de procédure pénale français.

⁴⁴² La circulaire de 2009, contrairement à la LECL, indique d'ailleurs expressément que les membres détachés peuvent procéder à des mesures d'enquête « au besoin dans les formes prévues par le droit de leur Etat » (point 3.1.1.).

⁴⁴³ Réseau JITS, conclusions de la 7^{ème} réunion annuelle, 2011, p. 4

⁴⁴⁴ Réseau JITS, conclusions de la 9^{ème} réunion annuelle, 2013, p. 13. Cette idée était déjà défendue par Enrique VALLINES GARCÍA en 2006 (*Los equipos conjuntos de investigación penal...*, op. cit., p. 149)

⁴⁴⁵ Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, « The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union member states », *European Criminal Law Review*, vol. 2, n°2, 2013, p. 160

pas que le principe de légalité soit affecté. Les garanties accordées aux personnes poursuivies sur le territoire de l'Etat d'intervention sont maintenues et les formalités expressément indiquées par les autorités de l'autre Etat ne peuvent venir les diminuer, mais vont plutôt ajouter d'autres garanties.

Par ailleurs, Charlotte CLAVERIE-ROUSSET a également opposé à l'application de la *lex fori* le risque que l'autorité de l'Etat d'exécution ait du mal à savoir exactement comment exécuter la mesure avec ces nouvelles formalités⁴⁴⁶. Dans le cadre d'une équipe commune d'enquête, cette difficulté est cependant fortement amoindrie par la présence des membres détachés, qui vont pouvoir apporter leur aide aux membres nationaux.

En effet, premièrement, les membres détachés vont pouvoir informer leurs partenaires d'enquête sur les règles procédurales de leur Etat et donner des précisions si nécessaire. Ensuite, ils vont pouvoir s'assurer que les conditions requises pour que la preuve soit admissible dans leur Etat ont été remplies⁴⁴⁷. Cela permettra d'anticiper dans le cas où la réponse serait négative et de réfléchir à comment remédier à l'illégalité éventuelle.

Le rôle des membres détachés est important et il est donc essentiel qu'ils puissent être présents et participer de façon générale aux mesures d'enquête réalisées dans l'autre Etat, et pas uniquement dans des circonstances exceptionnelles⁴⁴⁸. Leur présence lors des interventions de l'équipe commune d'enquête rend moins inévitable l'application de la *lex loci*, puisque même si est appliquée une autre loi, les risques d'une mauvaise application sont faibles.

Toutefois, le basculement de l'application exclusive de la loi de l'Etat d'intervention à l'application combinée de cette loi et des formalités procédurales expressément indiquées par les autorités de l'autre Etat participant à l'équipe n'a pas permis de résoudre complètement la problématique de l'admissibilité de la preuve recueillie au cours d'une enquête transnationale. Il convient donc de chercher d'autres pistes d'amélioration.

Section 3 : Les pistes d'amélioration de la libre circulation des preuves

La création d'un véritable espace pénal européen suppose que les preuves obtenues dans un Etat soient admissibles, sauf exception, dans un autre Etat membre. La situation actuelle n'est donc pas satisfaisante. Deux techniques juridiques existant dans l'Union européenne semblent pouvoir contribuer à améliorer la libre circulation des preuves. La première piste est l'application de la reconnaissance mutuelle à l'admissibilité des preuves obtenues dans un autre Etat membre (§1). La seconde piste est l'harmonisation des droits procéduraux pénaux des Etats membres (§2).

§1. Le recours à la reconnaissance mutuelle

La reconnaissance mutuelle pourrait constituer une première solution afin de faciliter l'admissibilité des preuves obtenues dans un Etat membre. En vertu de ce principe, « la juridiction d'un Etat membre doit accueillir la décision juridictionnelle d'un autre Etat membre comme si elle était la sienne

⁴⁴⁶ *Idem*

⁴⁴⁷ Réseau JITS, conclusions de la 9^{ème} réunion annuelle, 2013, p. 11

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 12

propre, quand bien même le droit national aurait conduit à une solution différente »⁴⁴⁹. Autrement dit, les juridictions ne doivent plus effectuer aucun contrôle de la décision étrangère et l'appliquer automatiquement.

Mis en œuvre depuis longtemps dans le volet économique de l'Union européenne, notamment s'agissant de la libre circulation des marchandises, le principe de reconnaissance mutuelle est intervenu plus récemment dans la coopération judiciaire, depuis la réunion de Tampere, en 1999. Lors de ce sommet, le Conseil européen a en effet indiqué que le principe de reconnaissance mutuelle « devrait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière tant civile que pénale au sein de l'Union »⁴⁵⁰.

Dans le domaine civil, le principe est aujourd'hui d'application générale. Par ailleurs, en matière pénale, de plus en plus d'instruments de coopération sont adoptés afin de mettre en œuvre la reconnaissance mutuelle, et donc fluidifier l'entraide. Traditionnellement, la coopération judiciaire était fondée sur une requête d'un Etat envers un autre, lequel décidait alors s'il acceptait ou non cette requête. Avec la reconnaissance mutuelle, la logique est totalement inversée. L'Etat membre requis, dorénavant appelé Etat d'exécution, n'a plus le droit de se prononcer sur l'admission ou non de la demande émise par un autre Etat membre, mais doit l'exécuter comme si elle provenait de son propre ordre juridique.

L'un des meilleurs exemples est celui du mandat d'arrêt européen, en comparaison avec son "ancêtre", la procédure d'extradition. Depuis l'entrée en vigueur de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, en janvier 2004, les Etats membres ont l'obligation de remettre les personnes concernées à l'Etat ayant émis le mandat, les motifs de refus étant grandement limités. A l'inverse, dans le cas d'une demande d'extradition, procédure encore applicable hors de l'Union européenne, l'Etat requis peut s'opposer au transfert de la personne visée pour de nombreuses raisons diverses et variées, y compris politiques. Par ailleurs, par principe, la majorité des Etats n'extradent pas leurs nationaux, tandis que la nationalité ne constitue nullement un motif de refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen.

Puisque cette quasi-automaticité concerne une grande partie des décisions judiciaires en matière pénale (par exemple, les décisions de confiscation⁴⁵¹ ou les sanctions pécuniaires⁴⁵²), la coopération judiciaire répressive se trouve fortement fluidifiée. Or, la reconnaissance mutuelle n'a pas encore été instaurée en matière d'admissibilité des preuves. Les Etats restent donc libres de rejeter les preuves présentées parce qu'obtenues dans un autre Etat membre. Cette situation est clairement en opposition avec les mécanismes de coopération rapides et efficaces déjà existants.

En matière de collecte et transfert des preuves, un instrument s'appuyant sur la reconnaissance mutuelle a été adopté en 2014 : la décision d'enquête européenne. En plus de faciliter la réalisation de mesures d'enquête sur le territoire d'un autre Etat membre, cet outil permet que la preuve soit recueillie selon les règles procédurales de l'Etat d'émission. La probabilité que la preuve obtenue dans ce cadre soit ensuite admissible augmente donc, même si cela n'est pas suffisant.

Toutefois, lorsque a été constituée une équipe commune d'enquête, il n'y a pas d'intérêt à émettre une décision d'enquête européenne, les autorités des deux Etats participants se mettant directement d'accord entre elles sur les mesures d'enquête à effectuer et sur la manière de procéder.

⁴⁴⁹ Conclusions de l'Avocat général Yves Bot dans CJUE, *Beskhov*, 2017, C-171/16

⁴⁵⁰ Conclusions du Conseil européen de Tampere (note de bas de page n°23)

⁴⁵¹ Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006. Cette décision-cadre et celle de 2003 sur la reconnaissance mutuelle des décisions de gel devraient être remplacées par un règlement relatif à la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation, sur lequel le Parlement et le Conseil ont trouvé un accord politique le 20 juin 2018.

⁴⁵² Décision-cadre 2005/214/JAI du 24 février 2005

En matière d'admissibilité de la preuve obtenue dans un autre Etat membre, le principe de reconnaissance mutuelle devrait plutôt se concentrer, non pas sur la phase d'enquête, mais sur le moment où est justement questionnée cette admissibilité. Il semble que le principe puisse s'appliquer à deux éléments, d'une part aux règles de procédure de l'autre Etat, et d'autre part, aux décisions rendues dans l'autre Etat sur l'admissibilité de la preuve.

Tout d'abord, s'agissant de la reconnaissance mutuelle des règles de procédure pénale de l'autre Etat, se pose une première question, puisque celles-ci ne sont pas des décisions judiciaires alors que dans l'Union européenne, le principe de reconnaissance mutuelle est pour l'instant limité aux décisions judiciaires. Néanmoins, dans la pratique, il ne semble pas qu'il existe d'obstacles à une reconnaissance mutuelle des règles de droit, et non uniquement des décisions judiciaires. Reste alors à déterminer comment effectuer le contrôle de ces règles de droit.

Ainsi, une juridiction devant laquelle serait présentée une preuve obtenue dans un autre Etat pourrait la considérer automatiquement admissible parce qu'elle reconnaît sa procédure d'obtention comme équivalente à celle prévue dans son droit national. En effet, dans le cadre de la reconnaissance mutuelle, la procédure étrangère n'a pas à être identique mais seulement à garantir un certain nombre de droits de façon équivalente à la procédure de l'Etat de jugement. En matière de preuve, la reconnaissance mutuelle porterait plutôt sur les droits fondamentaux garantis par les différentes procédures, puisque ce sont eux qui s'opposent généralement à l'admissibilité de la preuve, les tribunaux ne contrôlant déjà pas le respect de l'intégralité des règles procédurales.

Le problème qui se pose est que cette reconnaissance mutuelle des règles de procédure pénale nécessite que les Etats aient confiance dans le fait que les autres Etats membres protègent les droits fondamentaux de façon satisfaisante dans leurs règles d'obtention des preuves. Une confiance mutuelle est donc indispensable, et ce d'autant plus que les législations nationales sont différentes⁴⁵³.

Ensuite, l'autre volet sur lequel pourrait jouer la reconnaissance mutuelle concerne les décisions sur l'admissibilité de la preuve rendues dans un autre Etat. Pour l'instant, il n'existe aucune règle au niveau européen sur la valeur de telles décisions⁴⁵⁴. Appliquer dans ce domaine le principe de reconnaissance mutuelle conduirait à ce que lorsque la preuve a été reconnue admissible dans un Etat, elle soit recevable dans l'ensemble des autres Etats membres, sans nouveau contrôle par la juridiction de jugement⁴⁵⁵.

Se pose toutefois une question quant à l'Etat se prononçant en premier sur l'admissibilité. La logique voudrait qu'il s'agisse principalement de l'Etat sur le territoire duquel la preuve a été recueillie. Dans ce cas, la juridiction contrôlant l'admissibilité de la preuve le ferait en application des règles de recevabilité de la preuve interne. En reconnaissant cette décision d'admission, les juridictions des autres Etats lieraient donc l'admissibilité de la preuve obtenue dans un autre Etat membre à son admissibilité en tant que preuve interne dans cet Etat.

En revanche, si l'Etat se prononçant en premier sur l'admissibilité de la preuve n'est pas l'Etat dans lequel elle a été obtenue, alors l'admissibilité sera examinée au regard des règles sur l'admissibilité de la preuve étrangère, donc sans contrôle réel du respect de la loi de l'Etat d'obtention, mais plutôt vis-à-vis de considérations tenant à un ordre juridique déterminé. Dans ce cas, il n'est pas certain que les Etats acceptent de reconnaître la décision d'admission ou de mise à l'écart de la preuve.

⁴⁵³ Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, « The admissibility of evidence in criminal proceedings... », *op. cit.*, p. 162

⁴⁵⁴ Consejo fiscal, *Informe en relación con la problemática...*, *op. cit.*, p. 2

⁴⁵⁵ Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, « The admissibility of evidence in criminal proceedings... », *op. cit.*, p. 167

C'est pourquoi il semble qu'il faille plutôt concentrer la reconnaissance mutuelle sur les décisions rendues dans l'Etat sur le territoire duquel la preuve a été obtenue. En effet, lui seul est compétent pour contrôler effectivement si les règles de recueil de la preuve ont été correctement respectées.

Puisque l'ensemble des Etats membres disposent de règles d'admissibilité suffisamment claires, alors certains auteurs considèrent que l'application du principe de reconnaissance mutuelle ne devrait pas poser de difficultés majeures⁴⁵⁶. Toutefois, les règles d'admissibilité de la preuve peuvent être variées d'un Etat à l'autre, divergences qui peuvent compliquer la reconnaissance mutuelle. Il convient donc de combiner ce principe avec le rapprochement des législations pénales nationales, notamment procédurales⁴⁵⁷.

§2. L'harmonisation des procédures pénales

Harmoniser les règles relatives au recueil et à la transmission des preuves apparaît comme un autre moyen d'éviter l'inadmissibilité des preuves⁴⁵⁸. D'une part, s'agissant de l'obtention de la preuve, il semble plus simple que les Etats acceptent d'exécuter une mesure d'enquête si la décision émise est supposée conforme aux hautes exigences protectrices communes et s'ils ont moins d'efforts à fournir pour se plier aux prescriptions de l'Etat d'émission.

D'autre part, s'agissant de la recevabilité, l'harmonisation de la notion de « procès équitable » permettrait de limiter les hypothèses d'inadmissibilité de la preuve étrangère fondées sur la violation de ce principe. En effet, les exigences ne varieraient plus d'un Etat membre à l'autre donc il serait plus facile de s'y conformer⁴⁵⁹.

De plus, le rapprochement des législations pénales permettrait de diminuer les différences de traitement pouvant exister entre les justiciables selon le droit national qui leur est appliqué⁴⁶⁰. Cet argument est particulièrement intéressant dans l'optique de l'existence d'un véritable espace pénal européen. La situation d'hétérogénéité actuelle n'est d'ailleurs pas satisfaisante à d'autres égards, puisqu'elle engendre également un manque de transparence et affecte la sécurité juridique⁴⁶¹.

L'harmonisation consiste à « établir entre [les différents ordres juridiques] des analogies ou des similitudes en fonction d'un objectif concerté en éliminant celles de leurs divergences qui sont incompatibles »⁴⁶². Il ne s'agit donc pas d'une uniformisation des droits nationaux, mais de rapprocher ceux-ci, en fixant des normes communes.

Ce rapprochement « est marqué par l'idée de réciprocité, d'échange d'influences entre les systèmes »⁴⁶³ et est donc le fruit d'un consensus entre les Etats. Il ne s'agit pas pour la Commission européenne d'imposer un modèle, mais de proposer des règles résultant d'une analyse de l'ensemble des droits existants, afin de chercher le meilleur compromis possible. En matière pénale, il faut donc prendre en

⁴⁵⁶ Gert VERMEULEN, Wendy DE BONDT et Yasmin VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters...*, *op. cit.*, p. 137

⁴⁵⁷ Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Université de Bruxelles, 2004, p. 139 ; Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, « The admissibility of evidence in criminal proceedings... », *op. cit.*, p. 155

⁴⁵⁸ André KLIP, *European Criminal Law*, *op. cit.*, p. 350 ; Maria KAIKIFA-GBANDI, « Harmonization of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles... », *op. cit.*, p. 386

⁴⁵⁹ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 512-513

⁴⁶⁰ Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations...*, *op. cit.*, p. 185

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 184

⁴⁶² *Ibid.*, p. 33

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 31

considération le fait qu'il existe dans l'Union européenne à la fois des procédures accusatoires et inquisitoires (plus des systèmes mixtes, comme en France) et à la fois des systèmes de droit romano-germanique et de *Common Law*.

Pour l'admissibilité des preuves, se pose la question de l'objet de l'harmonisation. En effet, celle-ci pourrait porter, soit sur les règles d'admissibilité de la preuve, soit sur les règles de son obtention, soit sur les deux. Comme il convient de définir des normes communes à l'ensemble des Etats membres de l'Union, l'harmonisation est une procédure longue, donnant lieu à de nombreux débats. Il n'apparaît alors pas très opportun de chercher à rapprocher les législations nationales à la fois en matière d'admissibilité de la preuve et en matière du recueil de la preuve, puisque le temps d'adoption d'un tel projet serait multiplié par deux, du fait du dédoublement de son objet.

Reste alors à choisir entre les deux options possibles le domaine qu'il semble le plus pertinent d'harmoniser. Rapprocher les règles d'admissibilité de la preuve n'influerait pas sur la légalité de la preuve, et donc les Etats resteraient libres de fixer plus ou moins d'exigences quant aux moyens d'obtention de la preuve. Cette solution ne semble donc pas la plus intéressante.

En revanche, une harmonisation des règles relatives à l'obtention des preuves paraît être une bien meilleure option, particulièrement si elle est associée au principe de reconnaissance mutuelle. En effet, une juridiction sera plus encline à reconnaître la décision sur l'admissibilité d'une preuve rendue dans un autre Etat si elle sait que cet Etat applique les mêmes garanties que le sien, parce que ces garanties ont été harmonisées.

L'harmonisation des droits procéduraux n'est possible que depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Dans les années antérieures, l'Union européenne a donc surtout développé du droit pénal matériel (par exemple, rapprochement des définitions de certaines infractions), mais ceci est sans incidence sur la recevabilité des preuves. Afin de créer un réel espace pénal européen, il était devenu nécessaire d'adopter une disposition prévoyant le rapprochement des procédures en matière pénale.

Ce fut chose faite avec l'article 82§2 du TFUE, lequel devrait pouvoir servir de base juridique à une harmonisation des règles d'obtention de la preuve. En effet, le *b)* de cette disposition indique que le rapprochement peut porter sur « les droits des personnes dans la procédure pénale ». Or, c'est justement cette question qui pose problème au moment de l'admissibilité de la preuve étrangère ; les juridictions refusent car elles considèrent que certains droits fondamentaux n'ont pas été correctement garantis.

Pendant longtemps, l'Union européenne s'est plutôt concentrée sur l'efficacité de la lutte contre le crime, en adoptant tout un ensemble de mécanismes de coopération, et n'a pas toujours bien pris en compte les droits des individus⁴⁶⁴. Elle cherche ces dernières années à rétablir l'équilibre devant exister entre répression et respect des droits fondamentaux. Ainsi, un certain nombre de directives ont été adoptées afin d'exiger le respect de diverses garanties procédurales. Il s'agit par exemple d'une directive de 2012 sur le droit à l'information dans les procédures pénales, ou d'une autre de 2013 sur le droit d'accès à un avocat⁴⁶⁵.

Or, malgré ces instruments déjà existants, l'admissibilité de la preuve étrangère n'est toujours pas garantie. Il semble alors nécessaire de rapprocher encore les procédures pénales des différents Etats

⁴⁶⁴ Maria KAIKIFA-GBANDI, « Harmonization of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles... », *op. cit.*, p. 361

⁴⁶⁵ Respectivement, directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et directive 2013/48/UE 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. Ces directives ont été transposées en droit français et espagnol par les lois n° 2014-535 du 27 mai 2014 et n° 2016-731 du 3 juin 2016 et la Ley Orgánica 5/2015 du 27 avril 2015.

membres. Toutefois, une harmonisation plus poussée fait face à de nombreux obstacles et suppose de répondre à diverses interrogations pratiques.

Le premier obstacle tient à la spécificité de la matière pénale, « compétence régaliennne par excellence »⁴⁶⁶. Les Etats ont du mal à laisser l'Union s'immiscer dans leurs procédures pénales, encore plus lorsque sont concernés les droits fondamentaux, freins à leur droit de punir. Ensuite, l'article 82§2 du TFUE fixe un certain nombre de conditions, dont notamment celle de « [tenir] compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres ». Les normes communes ont donc peu de latitude pour modifier les procédures pénales nationales. De plus, cet article ne permet que l'établissement de « normes minimales », ce qui limite également l'intensité du rapprochement (et explique le recours aux directives plutôt qu'aux règlements).

Enfin, les Etats font preuve d'une certaine résistance à revoir leur droit interne, ce qui complique encore le travail d'harmonisation. Cette résistance peut s'expliquer de deux façons. D'une part, modifier la législation demande de l'énergie et du temps, et d'autre part, il existe un certain attachement des Etats à leur droit, à la fois par tradition et parce que c'est celui que les autorités connaissent le mieux⁴⁶⁷. Si ces arguments peuvent s'entendre, ils ne peuvent toutefois justifier un immobilisme au niveau de l'Union européenne.

Concernant les dispositions nationales qui vont être bousculées par l'harmonisation, un élément est important à prendre en compte : leur place dans l'ordre juridique. En effet, il sera plus difficile d'y apporter des modifications si ce sont des normes constitutionnelles que s'il s'agit de simples normes législatives ordinaires. Heureusement, les règles d'obtention et d'admissibilité de la preuve ne sont généralement pas fixées dans la Constitution, donc il n'y a pas de problème juridique majeur à leur rapprochement⁴⁶⁸.

Il convient ensuite de s'interroger sur l'étendue de l'harmonisation, c'est-à-dire de déterminer si les règles communes s'appliqueront à toutes les procédures d'obtention de preuve ou seulement à celles comportant une dimension transnationale. Sur cette question, la doctrine semble s'accorder sur la circonscription de l'harmonisation aux seules procédures transnationales⁴⁶⁹. Toutefois, l'application de règles différentes selon que la procédure est purement nationale ou transnationale présente le risque que les autorités judiciaires et policières aient du mal à s'y retrouver, notamment dans une enquête mélangeant des mesures d'obtention de preuve nationales et transnationales⁴⁷⁰.

Quant à la technique de rapprochement, Marie MARTY propose un modèle intéressant : procéder à une harmonisation sectorielle, c'est-à-dire mesure d'enquête par mesure d'enquête. L'idée serait d'adopter des formulaires communs à tous les Etats, propres chacun à une mesure d'enquête, et indiquant pour celle-ci les règles à respecter impérativement. Une telle approche permettrait de faciliter l'utilisation de ce nouveau droit par les autorités étatiques et fluidifierait également le contrôle de la légalité de la preuve, puisque le juge, quel que soit son Etat, n'aurait qu'à vérifier que les exigences fixées au niveau européen pour la mesure en cause ont été respectées⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 594 ; Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations...*, op. cit., p. 39

⁴⁶⁷ Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations...*, op. cit., p. 117

⁴⁶⁸ Gert VERMEULEN, Wendy DE BONDT et Yasmin VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters...*, op. cit., p. 136

⁴⁶⁹ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 614 ; Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, « The admissibility of evidence in criminal proceedings... », op. cit., p. 166 ; Juliette LELIEUR, « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne... », op. cit.

⁴⁷⁰ Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, op. cit., p. 614

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 613

Une autre interrogation que soulève le rapprochement des règles relatives à l'obtention transnationale de la preuve porte sur la nécessité d'adopter en parallèle une définition commune de la preuve. Il semble en effet délicat de ne pas préciser cette notion alors qu'elle est un élément essentiel du champ d'intervention de l'harmonisation. Par ailleurs, il conviendrait aussi de délimiter les cas où s'appliqueront les règles communes, c'est-à-dire les hypothèses où l'obtention de la preuve revêt un caractère transnational.

Un dernier problème quant à cette harmonisation des règles de procédure pénale a été souligné par la doctrine : le fait que l'établissement des normes minimales communes se fasse généralement en s'alignant sur le plus petit dénominateur commun. Or, en matière de garanties procédurales, ce nivellement par le bas n'apparaît pas très satisfaisant. Par ailleurs, il ne permet pas d'améliorer la confiance mutuelle, puisque les Etats les plus généreux continueront à estimer qu'un niveau inférieur de protection n'est pas suffisant⁴⁷².

De plus, il n'est pas avéré que définir un plus haut degré de protection bloque l'efficacité de la répression, contrairement à ce que pourraient avancer certains Etats membres, puisqu'appliquer un droit commun, même un peu plus contraignant, est toujours plus efficace que combiner le droit de deux Etats, avec le risque d'inadmissibilité de la preuve que cela entraîne⁴⁷³.

⁴⁷² Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, *op. cit.*, p. 614

⁴⁷³ Juliette LELIEUR, « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne... », *op. cit.*

Conclusion

Créé en 2002, l'instrument des équipes communes d'enquête a aujourd'hui acquis une place importante dans la coopération européenne. C'est en effet un outil particulièrement innovant, qui permet un degré d'intégration entre les autorités policières et judiciaires supérieur à celui instauré par les outils de reconnaissance mutuelle, tels que le mandat d'arrêt européen, adopté la même année.

En effet, les équipes communes d'enquête offrent un dépassement des frontières et des limites habituellement posées par la souveraineté étatique en matière pénale, notamment en permettant aux membres détachés d'exercer un rôle actif dans les investigations hors de leur territoire national et en rendant accessible à l'ensemble des membres les différentes preuves recueillies, indépendamment du pays d'obtention.

S'agissant de la France et l'Espagne, cette coopération accrue des autorités répressives a conduit à des résultats très satisfaisants en matière de lutte contre la criminalité organisée et contre le terrorisme. Principalement créées à l'origine pour enquêter sur ETA, dont les membres agissaient en territoire espagnol puis se réfugiaient de l'autre côté des Pyrénées, l'utilisation des équipes communes d'enquête a ensuite été étendue à d'autres secteurs de criminalité, tels que le trafic de stupéfiants.

Quinze ans après l'adoption de la décision-cadre, l'apport des équipes communes d'enquête dans la coopération franco-espagnole est unanimement reconnu et les différents praticiens interrogés ont tous souligné que l'instrument constituait un réel plus lorsqu'il s'agit de lutter contre un phénomène criminel transnational.

Si quelques questions pratiques ont dû être affinées avec le temps (par exemple, s'agissant des éléments essentiels de l'accord de constitution), les phases de constitution et de mise en œuvre opérationnelle ne posent aujourd'hui plus de difficultés pour les autorités françaises et espagnoles et l'expérience en la matière est riche. N'est pas contestée non plus l'intérêt des équipes communes d'enquête, de nombreux exemples attestant de leur réussite et des avantages apportés par la constitution d'une équipe face à une simple enquête nationale.

Pour autant, malgré ce bilan favorable, certains problèmes subsistent encore quand sont mises en œuvre des équipes communes d'enquête entre la France et l'Espagne. Bien qu'envisagés au sein de ce travail dans le cadre franco-espagnol, il convient de noter que ces difficultés, qui se concentrent principalement dans la phase postérieure à la conclusion de l'enquête, ne sont pas propres à cette coopération binationale mais se retrouvent dans l'ensemble de l'Union.

En premier lieu, pose encore souvent des difficultés la détermination de la juridiction compétente. En effet, du fait du caractère transnational des faits poursuivis, se donne souvent un conflit de juridictions, plusieurs fors étant compétents. Dans un objectif de bonne administration de la justice, il existe un intérêt certain à désigner le tribunal compétent selon des critères objectifs, et non de façon arbitraire selon la règle "premier arrivé, premier servi". Pour ce faire, il est nécessaire de trouver un accord entre les différentes autorités intéressées, au besoin en s'appuyant sur l'expertise d'Eurojust.

Ensuite, une fois la juridiction de jugement désignée, une seconde difficulté peut être rencontrée : le risque d'être en possession d'éléments de preuve irrecevables, car recueillis selon des règles distinctes de celles de l'Etat de jugement. Si l'application conjointe des exigences procédurales des deux Etats membres participant à l'enquête amoindrit ce risque, une harmonisation de ces règles au niveau de l'Union européenne serait souhaitable, dans l'intérêt tant des autorités répressives que des personnes poursuivies.

ANNEXE : Protocole d'accord-type de constitution d'une équipe franco-espagnole

Source : Circulaire de la DACG n° CRIM 09-3/G1 du 23 mars 2009

MODÈLE D'ACCORD POUR LA CRÉATION D'UNE ÉQUIPE COMMUNE D'ENQUÊTE FRANCO-ESPAGNOLE

Conformément à l'article 13 de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire répressive entre les Etats membres de l'Union européenne et à la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 sur les équipes communes d'enquête.

1. Parties à l'accord

Les parties ci-après ont conclu un accord pour la création d'une équipe commune d'enquête :

Nom de l'autorité française partie à l'accord

et

Nom de l'autorité espagnole partie à l'accord

2. Objet et missions de l'équipe commune d'enquête

L'accord porte sur la création d'une équipe commune d'enquête chargée de la mission suivante :

Description de la mission spécifique de l'équipe commune d'enquête

Les autorités mentionnées plus haut considèrent que la finalité de cette équipe commune d'enquête présente un intérêt pénal pour les deux Etats et nécessite une implication conjointe des autorités chargées des investigations dans la conduite des opérations à effectuer dans les deux pays.

3. Durée de l'accord

En ce qui concerne le présent accord, cette équipe commune d'enquête pourra fonctionner pendant la période suivante, du :

Insérer la date de début

au

Insérer la date de fin

La date d'expiration du présent accord pourra être repoussée avec l'accord des parties. L'accord devra, dans ce cas, être actualisé.

4. Etats dans lesquels l'équipe commune d'enquête va opérer

Indiquer l'Etat ou les Etats dans lesquels l'équipe commune d'enquête doit opérer

L'équipe mènera ses opérations conformément au droit de l'Etat sur le territoire duquel elle intervient.

En Espagne, la législation applicable au fonctionnement d'une équipe commune d'enquête est la loi n° 11-2003 du 21 mai et la loi organique n° 3-2003 du 21 mai.

En France, la législation applicable au fonctionnement d'une équipe commune d'enquête est le code de procédure pénale.

5. Chefs de l'équipe commune d'enquête

Les parties ont désigné la personne dont le nom figure ci-après et qui représente les autorités compétentes des Etats dans lesquels l'équipe intervient, comme responsable de l'équipe commune d'enquête, sous la direction duquel les membres de l'équipe effectueront leur mission :

	NOM	GRADE	DÉTACHÉ PAR
En France			
En Espagne			

En cas d'indisponibilité de l'une des personnes mentionnés ci-dessus, son supérieur notifiera son remplacement à l'autre partie.

6. Membres de l'équipe commune d'enquête

Les personnes dont les noms figurent ci-après, seront membres de l'équipe commune d'enquête :

6.1. Autorités judiciaires

NOM	GRADE	FONCTION	DÉTACHÉ PAR

En cas d'indisponibilité de l'une des personnes mentionnés ci-dessus, son supérieur notifiera son remplacement à l'autre partie.

NOM	GRADE	FONCTION	DÉTACHÉ PAR

En cas d'indisponibilité de l'une des personnes mentionnés ci-dessus, son supérieur notifiera son remplacement à l'autre partie.

7. Conditions spécifiques de l'accord

Les dispositions spéciales suivantes s'appliqueront dans le cadre du présent accord :

7.1. Conditions dans lesquelles les membres détachés pourront porter et utiliser leurs armes.

Le fonctionnaire d'un Etat ne pourra porter leur armement de service sur le territoire de l'autre Etat, qu'avec l'autorisation nominative délivrée par le ministère de l'intérieur de celui-ci, pour les nécessités de son activité professionnelle sur le territoire.

L'usage des armes se fera dans les conditions de la légitime défense définies par les législations de chaque pays.

7.2. Conditions dans lesquelles les membres détachés pourront échanger des informations émanant des autorités qui les ont détachés.

La confidentialité de l'information recueillie est essentielle pour l'efficacité des équipes communes d'enquête, pour la confiance entre les autorités qui y participent, et juridiquement exigée par le secret de la procédure.

Les membres d'une équipe commune d'enquête ont accès à l'ensemble de l'information, des éléments et preuves recueillis au cours de l'enquête à laquelle ils participent et peuvent exploiter cette information dans le cadre juridique des équipes communes. Les membres détachés d'une équipe commune d'enquête peuvent fournir, aux fins de l'enquête menée par l'équipe, toute information disponible dans l'Etat qui les a détachés.

7.3. Autres disposition spécifiques.

8. Dispositions relatives à l'organisation

L'Etat dans lequel se dérouleront les actes d'enquête fournira les moyens techniques nécessaires à l'accomplissement des missions (bureaux, appareils de télécommunications, matériel spécialisé, etc.).

8.1. Frais relatifs au fonctionnement des équipes communes d'enquête.

Les frais nécessaires aux actes d'instruction ou d'enquête seront supportés par les autorités du pays dans lequel l'acte est accompli.

Les frais relatifs au séjour, à l'hébergement et au transport des fonctionnaires participant à une équipe d'enquête commune sont supportés par leur Etat d'origine.

Les dommages pouvant être causés par l'équipe commune d'enquête seront remboursés par l'Etat sur le territoire duquel les dommages ont été causés, le cas échéant, l'Etat du fonctionnaire qui a occasionné le dommage remboursera la totalité de l'indemnisation avancée par l'autre Etat.

8.2. Les véhicules.

Les fonctionnaires d'un Etat pourront utiliser leurs véhicules administratifs sur le territoire de l'autre Etat.

Fait à (*lieu*), le (*date*)

Signature de toutes les parties

Bibliographie et autres sources

N.B. : tous les éléments étant issus de liens Internet ont été consultés pour la dernière fois le 17 août 2018.

Manuels

Olivier BEAUVALLLET (dir.), *Les investigations judiciaires internationales*, Berger Levrault, 2014

Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2015

Fabienne GAZIN, Catherine HAGUENAU-MOIZARD et Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, *Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2015

Cyrille FIJNAUT et Jannemieke OUWERKERK (éd.), *The future of police and judicial cooperation in the European Union*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010

Daniel FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, coll. « Europe(s) », 2^{ème} éd., Larcier, 2014

André KLIP, *European Criminal Law: an integrative approach*, Intersentia, 2012

Corinne RENAULT-BRAHINSKY, *Procédure pénale : acteurs du procès pénal, poursuites, enquête policière et instruction, jugement, le cas particulier du mineur*, Gualino, 2017

Ouvrages spécialisés

Emmanuel-Pierre GUITTET, *Antiterrorisme clandestin, antiterrorisme officiel : chroniques espagnoles de la coopération en Europe*, Athéna Editions, 2010

Fabienne JAULT-SESEKE, Juliette LELIEUR et Christian PIGACHE (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal : regards croisés*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2009

European Law Institute, Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union, Projet de recherche universitaire sous la direction de la Professeure Katalin LIGETI, 2017

Jacqueline MESTARI-DOTOR, *La collaboration franco-espagnole dans la lutte contre le terrorisme : l'exemple d'ETA*, mémoire de 4^{ème} année d'IEP sous la direction de Jean-Christophe ROMER, Strasbourg, 2002

Marie MARTY, *La légalité de la preuve dans l'espace pénal européen*, Larcier, 2016

Rosa Ana MORÁN MARTÍNEZ et Isabel GUAJARDO PÉREZ (coord.), *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in idem en el ámbito europeo*, Centro de Estudios Jurídicos, 2007

Conny RIJKEN et Gert VERMEULEN (éd.), *Joint Investigation Teams in the European Union: From theory to practice*, T.M.C. Asser Press, 2006

Carmen RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, *Prueba penal transfronteriza: su obtención y admisibilidad en España*, thèse sous la direction de Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Université Complutense de Madrid, 2015

Université du Pays Basque, *Los contextos históricos del terrorismo en el País Vasco y la consideración social de sus víctimas*, 2014

Enrique VALLINES GARCÍA, *Los equipos conjuntos de investigación penal: en el marco de la cooperación policial y judicial entre los Estados de la Unión europea*, Colex, 2006

Gert VERMEULEN, Wendy DE BONDT et Yasmin VAN DAMME, *EU cross-border gathering and use of evidence in criminal matters. Towards mutual recognition of investigative measures and free movement of evidence?*, Commission européenne, IRCP – Series, Vol. 37, Maklu Publishers, 2010

Samuel VUELTA SIMON et Patrice OLLIVIER-MAUREL, *La justice française contre ETA*, coll. « Questions judiciaires », Presses Universitaires de France, 2012

Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Université de Bruxelles, 2004

Contributions dans des ouvrages collectifs ou lors de séminaires

Marie-Aude BEERNAERT, « La recevabilité des preuves en matière pénale dans la jurisprudence dans la Cour européenne des droits de l'homme : nouvel état de la question », in Ivan BOUIOUKLIEV et Paul DHAeyer, *La théorie des nullités en droit pénal*, Anthemis, 2014, p. 69-90

Ludo BLOCK, « EU joint investigation teams: Political ambitions and police practices », in Saskia HUFNAGEL, Clive HARFIELD et Simon BRONITT (éd.), *Cross-Border Law Enforcement. Regional Law Enforcement Cooperation – European, Australian and Asia-Pacific Perspectives*, Routledge, 2012, p. 87-107

Antonio DEL MORAL GARCÍA, « La conexión de antijuridicidad como presupuesto de la nulidad de la prueba refleja y supuestos de ruptura », contribution lors du séminaire « La interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas » organisé par la *Fiscalía* le 27 avril 2016 : https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ponencia%20del%20Moral%20Garc%C3%ADa,%20Antonio.pdf?idFile=ffbc5c56-1258-4d62-a737-674cfadb3467

Juliette LELIEUR, « L'Union européenne face aux conflits de compétences pénales », in Delphine BRACH-THIEL et François FOURMENT (coord.), *Questions de droit pénal international, européen et comparé. Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier*, PUN – Editions Universitaires de Nancy, 2013, p. 257-293

Haritini MATSOPOULOU, « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves en matière pénale », in Sylvie CIMAMONTI (dir.), *Les nouveaux problèmes actuels des sciences criminelles*, dossier « Les nouveaux principes de la matière pénale », n°27, Aix-Marseille Université, Laboratoire de droit privé et de sciences criminelles, Institut de Sciences pénales et de Criminologie, PUAM, LGDJ Lextenso, 2017, p. 15-33

Patrice OLLIVIER-MAUREL et Hélène DAVO, « Facing terrorism in the field : the Franco-Spanish experience », présentation faite lors du séminaire « Cooperation in criminal matters in the European

Union : Judicial response to terrorism », organisé par l'EIPA Luxembourg et l'ENM à Barcelone, les 6 et 7 février 2013 : <<https://e-justice.europa.eu/fileDownload.do?id=c2ab7828-5549-4880-8070-0cb363bd1491>>

Luis RODRÍGUEZ SOL, « Investigación y prueba transnacional : la cooperación judicial internacional », contribution lors du séminaire « Investigación y prueba en los delitos de corrupción » organisé par la *Fiscalía* le 13 avril 2016 : <https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Rodr%C3%ADguez%20Sol,%20Luis.pdf?idFile=9ff91ae7-e7dd-4ef0-8e3e-5fc7f47626a6>

Silvia ROSALES PEDRERO, « La protección de testigos en el proceso penal », contribution lors du XX Séminaire interuniversitaire international de droit pénal « Derecho penal general y de la empresa », organisé par la *Fundación Internacional de Ciencias Penales* et l'Université d'Alcalá (Espagne), les 1^{er} et 2 juin 2017 : <<https://ficip.es/wp-content/uploads/2017/06/Rosales-Pedrero.-Comunicaci%C3%B3n-2.pdf>>

Articles de doctrine

Coralie AMBROISE-CASTEROT, « Validation européenne des écoutes téléphoniques incidentes d'avocats », *AJ Pénal*, 2016, p. 427-429

Edwin BAKKER et Joseph POWDERLY, « Dealing with Transnational Terrorism, the Concept and Practice of Joint Investigation Teams », *Security and Human Rights*, 2011, p. 19-28

Mauricio BUENO JIMÉNEZ, « Las intervenciones telefónicas: doctrina general a la luz de la LO 13/2015, de 5 de octubre », 2016 : <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10986-las-intervenciones-telefonicas:-doctrina-general-a-la-luz-de-la-lo-13-2015-de-5-de-octubre/>>

Thomas CASSUTO, « La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale », *AJ Pénal*, 2014, p. 338-343

Anne-Sophie CHAVENT-LECLERE, « Les juridictions interrégionales spécialisées : des compétences originales », *AJ Pénal* 2010, n°3, p. 106-110

Charlotte CLAVERIE-ROUSSET, « The admissibility of evidence in criminal proceedings between European Union member states », *European Criminal Law Review*, vol. 2, n°2, 2013, p. 152-169

Géraldine DANJAUME, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *Recueil Dalloz*, 1996, p. 153-159

Bart DE BUCK, « Joint Investigation Teams: The participation of Europol officials », *ERA Forum*, vol. 8, 2007, p. 253-264

Marie DUFFOURC, « Conflits de compétences entre juridictions répressives des États membres », *Droit pénal*, n°9, Etude n°21, 2010, p. 21-24

César Augusto GINER ALEGRÍA, « Prueba prohibida y prueba ilícita », *Anales de Derecho*, n°26, Université de Murcia, 2008, p. 579-590

Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, « El proceso penal español y la prueba ilícita », *Revista de Derecho Valvidia*, vol. 18, n°2, 2005, p. 187-211

Monika HELMBERG, «Eurojust and Joint Investigation Teams: How Eurojust can support JITS », *ERA Forum*, vol. 8, 2007, p. 245-251

Manuel JAÉN VALLEJO, « Los principios de la prueba en el proceso penal español », site Internet *derechopenal* du Professeur José HURTADO POZO, Université de Fribourg, 2008 : <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_16.pdf>

Jérôme LASSERRE-CAPDEVILLE, « La preuve fournie par les parties privées : confirmation de la tolérance quant au principe de loyauté », *AJ Pénal*, 2010, p. 280-282

Henri LECLERC, « L'intime conviction du juge : norme démocratique de la preuve », article publié par le Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, Université Jules Verne : <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/35/henri_leclerc.pdf_4a081ebec92b4/henri_leclerc.pdf>

Juliette LELIEUR :

- « La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? », *RSC*, 2011, p. 1-19
- « 'Transnationalising' Ne Bis In Idem: How the Rule of Ne Bis In Idem Reveals the Principle of Personal Legal Certainty », *Utrecht Law Review*, vol. 9, n°4, 2013, p. 198-210

José Luis LOPES DA MOTA, « Eurojust and its role in Joint Investigation Teams », doss. « Evidence Gathering and Joint Investigation Teams », *Rev. Eucrim*, 3/2009, 2009, p. 88-90

Polyvios PANAYIDES, « Conflicts of jurisdiction in criminal proceedings : Analysis and possible improvements to the EU legal framework », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 77, n°1, 2006, p. 113-119

Julio PÉREZ GIL, « Actuación policial concertada más allá de las fronteras: los Equipos Conjuntos de Investigación en la UE », *Revista de Estudios europeos*, n°45, 2007, p. 65-79

Jean-Baptiste PERRIER, « Le fair-play de la preuve pénale », *AJ Pénal*, 2017, p. 436-439

Juan REVELLO DE TORO CABELLO, « La delimitación entre provocación policial y delito provocado », *Derecho penal : aspectos materiales y procesales*, Université internationale d'Andalousie, 2013

Conny RIJKEN, « Joint Investigation Teams: principles, practice, and problems. Lessons learnt from the first efforts to establish a JIT », *Utrecht Law Review*, vol. 2, 2006, p. 99-118

François-Xavier ROUX-DEMARE, « La décision d'enquête européenne ou l'adoption d'un instrument inédit de l'Europe pénale », *AJ Pénal*, 2017, p. 115-118

Blandine THELLIER DE PONCHEVILLE, « La transposition manquée de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative aux conflits de compétences », *AJ Pénal*, 2015, p. 528-532

John VERVAELE, « El principio de non bis in idem en Europa », *Publications du Portail ibéro-américain des Sciences pénales*, Institut de Droit pénal international et européen, Université de Castilla-la-Mancha, 2006 : <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/4vervaele_def.pdf>

Hervé VLAMYNCK, « La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière », *AJ Pénal*, 2014, p. 325-328

Samuel VUELTA SIMON :

- « Dernières nouvelles des équipes communes d'enquête : entre partage et souveraineté », *RSC*, 2007, p.267-278
- « Le rôle du magistrat de liaison dans un pays membre de l'Union européenne : l'Espagne », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n°3, 2008, p. 493-507

Rocío ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, « El agente encubierto en el ordenamiento jurídico español », *Publications du Portail ibéro-américain des Sciences pénales*, Institut de Droit pénal international et européen, Université de Castilla-la-Mancha, 2016 :
<<http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/5rocio-zafra-es.pdf>>

Rositsa ZAHARIEVA, « The European Investigation Order and the Joint Investigation Team—which road to take. A practitioner's perspective », *ERA Forum*, 2017, p. 397-408

Rapports (par ordre chronologique)

Eurojust, *Rapport annuel*, 2003, annexe « Comment décider à quelle juridiction confier les poursuites ? », p. 60-66

Nadja LONG, Direction générale des politiques internes du Parlement européen, « Mise en œuvre du mandat d'arrêt européen et des équipes communes d'enquête au niveau national et au niveau européen », 2009

Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Etat du phénomène de la drogue en Europe*, rapport annuel 2009

Réseau JITS, conclusions de la 7^{ème} réunion annuelle, 2011

Réseau JITS, conclusions de la 8^{ème} réunion annuelle, 2012

Fiscalía general, Memoria anual, 2012

Réseau JITS, conclusions de la 9^{ème} réunion annuelle, 2013

Fiscalía general, Consejo fiscal, Informe en relación con la problemática relativa a los equipos conjuntos de investigación, 2014

Eurojust, *Rapport annuel*, 2014

Eurojust, *Rapport annuel*, 2015

Eurojust, Rapport sur le séminaire stratégique "Conflicts of jurisdiction, transfert of proceedings and *Ne bis in idem* : successes, shortcomings and solutions" organisé à La Haye le 4 juin 2015

Eurojust, *Rapport annuel*, 2016

Réseau JITS, *First JIT Evaluation Report*, 2016

Francisco JIMÉNEZ-VILLAREJO, *Memoria anual del Miembro nacional de España en Eurojust*, 2017

Eurojust, *Rapport annuel*, 2017

Eurojust, *The Principle of Ne Bis in Idem in Criminal Matters in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, 2017

Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *Rapport européen sur les drogues : tendances et évolutions*, 2017

Réseau JITS, *Second JIT Evaluation Report*, 2018

Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of prevention and resolution of conflicts of jurisdiction*, 2018

Articles et communiqués de presse (par ordre chronologique)

« España y Francia crean un equipo conjunto de investigación para luchar contra ETA », *El Mundo*, 10 septembre 2004 : <<http://www.elmundo.es/elmundo/2004/09/10/espana/1094813175.html>>

« 'Kantauri' es extraditado a España tras purgar condena en Francia », *La Vanguardia*, 7 novembre 2006: <<https://www.lavanguardia.com/politica/20061107/51291267320/kantauri-es-extraditado-a-espana-tras-purgar-condena-en-francia.html>>

« Francia podría ceder a España la jurisdicción sobre Larrinaga y Etxeberria para agilizar su entrega », *Europa Press*, 11 janvier 2007 : <<http://www.europapress.es/nacional/noticia-eta-francia-podria-ceder-espana-jurisdiccion-larrinaga-etxeberrria-agilizar-entrega-20070111161836.html>>

« Francia permite juzgar en España los delitos cometidos por los dos etarras en ambos Estados », *El País*, 12 janvier 2007 : <https://elpais.com/diario/2007/01/12/espana/1168556410_850215.html>

« Ingresan en prisión los dos presuntos etarras entregados por Francia », *ABC*, 16 mars 2007 : <https://www.abc.es/hemeroteca/historico-16-03-2007/abc/Nacional/ingresan-en-prision-los-dos-presuntos-etarras-entregados-por-francia_1632022573619.html>

«España solicita a Francia su colaboración para descubrir a los autores del atentado de la T-4 », *Diario Vasco*, 26 mai 2007 : <https://www.diariovasco.com/prensa/20070526/politica/espana-solicita-francia-colaboracion_20070526.html>

« El helicóptero hallado en Alcalá cargaba cocaína en Marruecos », *Diario de Cádiz*, 23 octobre 2010 : <https://www.diariodecadiz.es/provincia/helicoptero-hallado-Alcala-cargaba-Marruecos_0_417258897.html>

« Una red pagaba mil euros por cada kilo de cocaína transportada en helicóptero », *El Mundo*, 29 octobre 2010 : <<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/10/28/andalucia/1288251171.html>>

« L'ETA annonce un "cessez-le-feu définitif" », *RFI*, 21 octobre 2011 : <<http://www.rfi.fr/europe/20111020-eta-annonce-cessez-le-feu-definitif-terrorisme-basque-espagne>>

« Francis Castola condamné à 6 ans de prison pour trafic de drogue par hélicoptère », *L'Express*, 30 avril 2013 : <https://www.lexpress.fr/actualite/societe/francis-castola-condamne-a-6-ans-de-prison-pour-traffic-de-droque-par-helicoptere_1245440.html>

« L'Espagne condamnée à libérer une soixantaine de prisonniers de l'ETA », *Le Monde*, 21 octobre 2013 : <https://www.lemonde.fr/europe/article/2013/10/21/strasbourg-constraint-madrid-a-liberer-une-soixantaine-de-prisonniers-de-l-eta_3500298_3214.html>

« Absuelven a los cuatro etarras acusados de intentar matar a Aznar con lanzamisiles », *El Confidencial*, 3 février 2016 : <https://www.elconfidencial.com/espana/pais-vasco/2016-02-03/absuelven-a-los-4-etarras-acusados-de-intentar-matar-a-aznar-con-lanzamisiles_1146052/>

« ETA rend les armes et s'approche de l'auto-dissolution », *Libération*, 17 mars 2017 : <http://www.liberation.fr/planete/2017/03/17/eta-rend-les-armes-et-s-approche-de-l-auto-dissolution_1556507>

« Dès aujourd'hui, la "décision d'enquête européenne" aidera les autorités à lutter contre la criminalité et le terrorisme », communiqué de presse de la Commission européenne, 22 mai 2017 : <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1388_fr.htm?locale=FR>

« Un equipo conjunto de policía española y francesa investiga los atentados de Cataluña », *El País*, 1er décembre 2017 : <https://elpais.com/politica/2017/11/30/actualidad/1512076320_963387.html>

« L'Espagne est la nouvelle plaque tournante pour l'importation de cocaïne en Europe », *Express Business*, 14 juillet 2018 : <<https://fr.express.live/2018/07/14/lespagne-est-la-nouvelle-plaque-tournante-pour-limportation-de-cocaine-en-europe>>

Table des matières

REMERCIEMENTS.....	I
ABREVIATIONS.....	II
SOMMAIRE	III
INTRODUCTION.....	1
TITRE 1 : LES ACQUIS.....	6
CHAPITRE 1 : LA CONSTITUTION D'UNE EQUIPE COMMUNE D'ENQUETE	6
Section 1 : Le champ d'application des équipes communes d'enquête.....	7
§1. <i>Les faits investigués</i>	7
A. La lutte contre le terrorisme, domaine de prédilection des premières équipes	8
B. La lutte contre le trafic de stupéfiants, objet principal des équipes franco-espagnoles	9
§2. <i>La nécessité d'une enquête commune</i>	10
Section 2 : La mise en place de l'équipe	12
§1. <i>Les autorités compétentes</i>	12
§2. <i>L'accord initial de constitution</i>	15
A. Le contenu général de l'accord de constitution.....	15
B. Le protocole d'accord-type pour les équipes franco-espagnoles.....	16
C. L'approbation du projet par l'autorité centrale.....	17
Section 3 : La composition d'une équipe commune d'enquête.....	19
§1. <i>Les responsables de l'équipe</i>	19
§2. <i>Les membres de l'équipe</i>	21
§3. <i>La responsabilité des participants à l'équipe</i>	23
CHAPITRE 2 : LA PHASE OPERATIONNELLE DE L'EQUIPE	25
Section 1 : Le déroulement de l'enquête	25
§1. <i>La stratégie d'enquête</i>	25
§2. <i>L'adoption de mesures d'enquête à l'étranger sans procédure particulière</i>	28
§3. <i>Le partage de l'information au sein de l'équipe</i>	30
A. L'échange d'informations obtenues hors du cadre de l'équipe	30
B. L'accès direct à l'information obtenue dans le cadre de l'équipe.....	31
Section 2 : L'issue de l'enquête	33
§1. <i>La dissolution de l'équipe</i>	33
A. Le moment de la dissolution de l'équipe.....	34
B. L'évaluation finale de l'équipe.....	36
§2. <i>Les résultats probants des équipes franco-espagnoles</i>	37
A. De nombreuses interpellations et saisies	37
B. Une coopération franco-espagnole au beau fixe	39

TITRE 2 : LES DEFIS	42
CHAPITRE 1 : LES CONFLITS DE COMPETENCES JURIDICTIONNELLES	43
Section 1 : Les causes du problème	43
§1. <i>L'absence d'instrument européen contraignant de résolution du conflit</i>	43
§2. <i>La concurrence de plusieurs fors</i>	45
§3. <i>Le risque accru de violation du principe ne bis in idem</i>	47
Section 2 : Les implications de la détermination de la juridiction compétente	49
§1. <i>Le transfert des procédures</i>	49
A. La dénonciation officielle	50
B. La remise des personnes accusées	51
C. La transmission des éléments de preuve	52
§2. <i>L'application de la loi de l'Etat de jugement</i>	53
A. Des condamnations distinctes pour les mêmes faits	53
B. L'admissibilité de la preuve régie par la loi de l'Etat de jugement.....	55
Section 3 : La résolution du conflit.....	56
§1. <i>Un accord au sein de l'équipe</i>	56
A. Des négociations entre les membres de l'équipe	57
B. Les éléments pris en compte	58
§2. <i>Deux solutions retenues selon l'espèce</i>	59
A. Le jugement dans un seul Etat	59
B. La répartition des faits entre les Etats.....	61
CHAPITRE 2 : L'ADMISSIBILITE DES PREUVES RECUEILLIES	63
Section 1 : Les principes français et espagnols d'admissibilité de la preuve interne	64
§1. <i>La liberté de la preuve soumise à une exigence de probité</i>	64
§2. <i>La liberté de la preuve soumise au respect de la légalité</i>	66
Section 2 : L'admissibilité de la preuve issue d'un autre Etat membre	68
§1. <i>L'inadmissibilité limitée à la violation d'un droit ou principe fondamental</i>	68
A. L'absence de contrôle du respect des règles procédurales.....	68
B. L'inadmissibilité éventuelle en cas de violation d'un principe ou d'un droit fondamental	69
C. Les droits français et espagnol soumis aux garanties procédurales européennes.....	70
§2. <i>Une admissibilité facilitée par le respect des règles étrangères dans la coopération</i>	71
Section 3 : Les pistes d'amélioration de la libre circulation des preuves	73
§1. <i>Le recours à la reconnaissance mutuelle</i>	73
§2. <i>L'harmonisation des procédures pénales</i>	76
 CONCLUSION	 80
 ANNEXE : PROTOCOLE D'ACCORD-TYPE DE CONSTITUTION D'UNE EQUIPE FRANCO- ESPAGNOLE	 IV
 BIBLIOGRAPHIE	 VII
 TABLE DES MATIERES	 XIV