HAL
open science

La proposition e-evidence : révélatrice des limites de l'émergence d'une procédure pénale européenne ou compromis nécessaire ?

Hélène Christodoulou, Laetitia Gaurier, Alice Mornet

▶ **To cite this version:**

Hélène Christodoulou, Laetitia Gaurier, Alice Mornet. La proposition e-evidence : révélatrice des limites de l'émergence d'une procédure pénale européenne ou compromis nécessaire ?. European Papers, 2021, vol. 6 (n° 1), pp.423-439. 10.15166/2499-8249/476 . hal-03349511

HAL Id: hal-03349511

https://hal.science/hal-03349511

Submitted on 20 Sep 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Articles

Towards European Criminal Procedural Law – Second Part
edited by Araceli Turmo

La proposition *e-evidence*: révélatrice des limites de l'émergence d'une procédure pénale européenne ou compromis nécessaire?

Hélène Christodoulou*, Laetitia Gaurier** and Alice Mornet***

Table of Contents: I. D'une procédure pénale nationale à une procédure pénale de l'Union européenne. – II. La proposition *e-evidence*: un compromis classique face à la diversité des procédures pénales au sein de l'Union européenne. – II.1. La fragmentation de la procédure pénale de l'Union européenne. – II.2. L'hétérogénéité des procédures pénales nationales. – III. La proposition *e-evidence*: une preuve de l'émergence d'une procédure pénale de l'Union européenne. – III.1. Une procédure pénale de l'Union européenne protectrice et efficace. – III.2. Une procédure pénale de l'Union européenne inexorablement entravée.

Abstract: The volatile nature of electronic evidences has compelled the Commission to launch a specific instrument on access to electronic evidence in cross-border investigations. Therefore, the purpose of this study is to comment on the *e-evidence* proposal which is currently being discussed between European institutions. Although the chosen method is classic, the subject matter is entirely new. Despite the existence of numerous European laws on the subject, the need for a new instrument is entirely explained by the unstable nature of electronic data. If this Regulation is adopted, it should have the effect of overcoming the diversity of Member States' criminal procedural laws. In other words, this instrument will be superimposed on heterogeneous internal regulations, to be exclusively applied in a transnational context. This unprecedented adoption could be the beginning of a genuine European Union criminal procedural law, independent of Member States ones.

Keywords: European Union – criminal procedural law – e-evidence proposal – electronic evidence – mutual recognition – extraterritorial enforcement.

* Docteur, Université Toulouse 1 Capitole, helene.christodoulou@ut-capitole.fr.
** Doctorante, Université Toulouse 1 Capitole, laetitia.gaurier@ut-capitole.fr.
*** Docteur, Université Toulouse 1 Capitole, alice.mornet@ut-capitole.fr.

ISSN 2499-8249
doi: 10.15166/2499-8249/476
(CC BY-NC-ND 4.0)

I. D'une procédure pénale nationale à une procédure pénale de l'Union européenne

> "De nos jours, il est devenu banal, dans une grande partie du monde, d'utiliser les médias sociaux, les messageries web et les services et applications de messagerie pour communiquer, travailler, socialiser et obtenir des informations. Ces services permettent à des centaines de millions d'utilisateurs de se connecter entre eux. Ils contribuent considérablement au bien-être économique et social des utilisateurs au sein de l'Union et à l'extérieur. Cependant, ils peuvent aussi être utilisés à mauvais escient pour commettre ou faciliter des actes criminels, y compris des crimes graves tels que des attaques terroristes".[1]

En ces quelques phrases, la Commission de l'Union européenne met en exergue la dualité de l'Internet et légitime sa proposition de règlement relatif aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale.[2] Destinée à faciliter la collecte et l'utilisation transfrontières de ces dernières, elle repose sur la création d'injonctions obligeant un fournisseur situé dans un État membre à conserver ou produire les données qu'il stocke à l'autorité répressive d'un autre État, afin que celles-ci puissent servir de preuve dans le cadre de procédures pénales. Fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle,[3] la proposition *e-evidence* vient compléter les instruments adoptés par l'Union en matière probatoire en visant les seules données électroniques. Répondant aux vœux de l'ensemble des institutions de l'Union,[4] le règlement a pour ambition de faciliter la coopération et de renforcer l'efficacité des procédures étatiques. Plus insidieusement, il semble également dévoiler les prémices d'un droit européen de la procédure pénale.

À la lecture de ces différentes questions, la proposition *e-evidence* devrait se révéler novatrice, dans le fond comme dans la forme. Pour autant, en reposant sur la reconnaissance mutuelle, elle se place dans la continuité de la méthode traditionnelle de l'Union. Obligeant "les autorités d'un État à accepter de reconnaître les mêmes effets aux décisions étrangères qu'aux décisions nationales, en dépit des différences qui opposent les ordres juridiques concernés",[5] elle facilite la coopération tout en respectant les droits nationaux. Consacrée dès le Conseil de Tampere de 1999 comme "pierre angulaire" de la coopération

[1] Proposition de Règlement COM(2018) 225 final du Parlement européen et du Conseil relatif aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale.

[2] Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[3] Art. 82(1) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [2016].

[4] Communiqué de presse du Conseil de l'Union européenne du 9 juin 2016, Lutte contre les activités criminelles dans le cyberespace: le Conseil convient de mesures pratiques et des prochaines étapes.

[5] F Tulkens, 'La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles. Enjeux et perspectives', in G de Kerchove et A Weyembergh (dir), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne* (Université de Bruxelles, coll. "Études européennes", 2001) 168.

judiciaire,[6] la reconnaissance mutuelle demeure, une fois de plus, préconisée par la proposition étudiée. Si, le choix de cette méthode demeure classique, l'innovation se situe en revanche dans son objet: les preuves électroniques. Volatiles, voire insaisissables, elles irriguent l'Internet, mais échappent souvent aux autorités répressives en se perdant dans les méandres des réseaux. Pourtant, à l'heure où les principaux services de messagerie — Facebook Messenger et WhatsApp — comptabilisent respectivement 1,3 milliard et 1,5 milliard d'utilisateurs et traitent près de 60 milliards de messages par jour, la nécessité d'appréhender leurs données se justifie au seul regard de la quantité des communications échangées. De surcroît, s'ils représentent des avantages indéniables pour les utilisateurs, ils offrent également aux délinquants un moyen rapide et discret[7] pour dialoguer avec des complices se trouvant partout dans le monde. Si l'Union européenne, consciente de cet intérêt, a d'ores et déjà adopté certains instruments s'appliquant aux preuves électroniques, aucun n'y est toutefois spécialement consacré, en dépit de leurs spécificités. Au-delà, l'empilement des actes de droit dérivé destinés à faciliter les échanges de preuves s'ajoute à la multiplicité des droits nationaux. Effectivement, la nature éminemment transfrontière de l'Internet apparaît difficilement compatible avec la compétence pénale, marquée par la souveraineté et la territorialité.[8] Dès lors, si les États ont développé leurs propres mécanismes, ceux-ci se révèlent profondément hétérogènes.

Précisément destinée à corriger ces carences, la proposition *e-evidence* prend le soin de définir son objet, les preuves électroniques: il s'agit de preuves stockées "sous forme électronique par un fournisseur de services ou en son nom" et "consistant en données stockées relatives aux abonnés, à l'accès, aux transactions et au contenu".[9] Également précisés par la proposition,[10] ces différents types de données présentent un réel intérêt probatoire. Ils permettent, par exemple, de prendre connaissance du contenu des communications tenues entre d'éventuels complices et d'obtenir des métadonnées grâce auxquelles il sera permis de découvrir les déplacements d'un individu, ses relations, ses loisirs et ses centres d'intérêt.[11] Si toutes sont nécessaires à la prévention et la lutte contre la criminalité, elles ne sont en revanche pas vectrices de la même atteinte aux droits fondamentaux, ce que le règlement prend en compte.[12] En définitive, la proposition *e-evidence* présente une dualité intéressante en mettant en œuvre une méthode ancienne au service d'un objet résolument moderne.

[6] Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Tampere du 15 et 16 octobre 1999, Vers une Union de liberté, de sécurité et de justice: les jalons posés à Tampere, para. 33.

[7] Notamment à la faveur des systèmes de cryptage des messages empêchant toute appréhension directe par une autorité répressive.

[8] M Masse, 'Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal' (2006) RSC 755.

[9] Art. 2(6) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[10] *Ibid*. art. 2(7-10).

[11] M Quemener, 'Le terrorisme face au cyberespace. De l'anticipation des risques à la répression' (2013) AJ Pénal 446.

[12] V. *infra*.

Finalement, la proposition *e-evidence* constitue-t-elle une simple tesselle dans la mosaïque européenne ou une œuvre nouvelle? Une fois encore, la réponse se situe au milieu du gué. Si elle apparaît, comme tous les instruments de reconnaissance mutuelle, venir corriger, tout en les conservant, les divergences des procédures pénales étatiques et faciliter l'échange des preuves, elle traduit également une évolution, voire une métamorphose, de la reconnaissance mutuelle. La rendant plus contraignante et la dotant de ses propres exigences, elle dessine une procédure pénale européenne originale et pensée à partir de ses propres standards: la protection des droits fondamentaux et le souci d'efficacité. Plus exactement, la proposition *e-evidence* reste-t-elle fidèle à la logique classique visant à faire fi des particularités étatiques, pour faciliter, seulement, la coopération et l'efficacité des procédures pénales nationales ? Ou alors, traduit-elle, plus insidieusement, l'élaboration d'une procédure pénale européenne suffisamment épanouie pour générer un droit européen de la procédure pénale qui transcenderait et modèlerait les droits nationaux?

À l'analyse, le compromis s'impose. En effet, la proposition *e-evidence*, conformément à la logique traditionnelle, tente de dépasser l'hétérogénéité des procédures pénales au sein de l'Union en matière de preuves électroniques (II). Pour autant, une étude approfondie démontre l'émergence d'une procédure pénale de l'Union européenne pensée à partir de ses propres standards, eux-mêmes influencés par les droits nationaux, mais dont la mise en œuvre reste encore excessivement soumise aux États (III).

II. La proposition *e-evidence*: un compromis classique face à la diversité des procédures pénales au sein de l'Union européenne

La proposition de règlement s'ajoute à l'amoncellement de textes traitant la question de l'échange des preuves dans le cadre de la coopération judiciaire européenne en détournant les difficultés posées par l'hétérogénéité des législations nationales au moyen traditionnel de la reconnaissance mutuelle. La fragmentation de la procédure pénale de l'Union européenne (II.1) se superpose alors à l'hétérogénéité des procédures pénales nationales (II.2).

II.1. La fragmentation de la procédure pénale de l'Union européenne

Alors que l'Europe connaît une multiplication de textes relatifs à l'échange d'informations ou de preuves, aucune de ces très nombreuses dispositions ne présente les caractéristiques adéquates pour répondre aux problèmes spécifiques soulevés par les données numériques.

L'exposé des motifs de la proposition souligne l'enchevêtrement d'instruments en matière d'échange de preuves pénales en visant la convention relative à l'entraide judiciaire,[13] la décision Eurojust,[14] la décision-cadre relative aux équipes communes d'enquête[15] ou encore le règlement Europol.[16] En vertu de ces textes, les preuves électroniques, obtenues selon les règles nationales en vigueur, peuvent être échangées si la loi d'un État membre concerné par une affaire en autorise la requête. Toutefois, à l'exception de la convention relative à l'entraide judiciaire,[17] aucun de ces textes ne prévoit de disposition spécifique aux preuves électroniques. De surcroît, l'ensemble de ces instruments repose essentiellement sur la bonne volonté des États en envisageant des possibilités plutôt que des obligations.

Au-delà des normes susvisées, la coopération entre les États membres a été remodelée à l'aune du principe de la reconnaissance mutuelle ayant permis d'aborder l'échange de preuves selon un format contraignant. L'amoncellement de textes en la matière démontre, là encore, l'existence d'une large fragmentation du cadre juridique de l'échange de preuves. D'abord, le législateur européen a doté l'Union d'un instrument permettant le gel de biens ou d'éléments de preuves[18] qui en raison de la définition très large de son objet est susceptible de s'appliquer aux données électroniques. En effet, la décision de gel peut porter sur tout bien "qu'il soit, corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur ce bien"[19] ou tout élément de preuve c'est-à-dire les "objets, documents ou données susceptibles de servir de pièces à conviction dans le cadre d'une procédure pénale".[20] Néanmoins, l'obtention de ces biens ou de ces preuves reste soumise aux dispositions nationales de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent et leur transfert ultérieur demeure régi par les procédures d'entraide judiciaire. Ensuite, en raison des faiblesses de la décision gel de biens, le Conseil a adopté, en 2008, le mandat européen d'obtention de preuves.[21] Son objet apparaît plus large et pré-

[13] Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant conformément à l'art. 34 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États Membres de l'Union européenne.

[14] Décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité.

[15] Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête.

[16] Règlement (UE) 2016/794 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relatif à l'agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol).

[17] Acte du Conseil du 29 mai 2000 cit.

[18] Décision-cadre 2003/577/JAI du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuves.

[19] Art. 2(d) Décision-cadre 2003/577/JAI cit.

[20] *Ibid*. art. 2(e).

[21] Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil 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.

voit spécifiquement "d'obtenir des données de communication conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou un réseau de communication public".[22] Toutefois, les mesures permettant d'obtenir les preuves restent soumises au respect du droit national de l'État d'exécution.[23] Face au constat selon lequel l'instrument de gel de biens "est rarement utilisé en pratique par les autorités compétentes"[24] et du fait que le mandat européen d'obtention de preuve "n'est applicable qu'aux éléments de preuve qui existent déjà",[25] le législateur européen a prévu un instrument plus ambitieux. Il s'agit de la décision d'enquête européenne[26] permettant de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquêtes spécifiques dans un autre État membre ou d'obtenir des preuves déjà en possession des autorités compétentes. Cependant, celle-ci ignore, toujours, la spécificité des preuves électroniques.

Si l'Union n'a pas pris de dispositions propres aux données électroniques, le Conseil de l'Europe a quant à lui adopté la convention de Budapest[27] qui a été ratifiée et signée par la quasi-totalité des États membres, à l'exception de l'Irlande et de la Suède.[28] Ne prévoyant pas de standardisation européenne des règles de conservation et de production des données électroniques, elle a cependant obligé les États à adopter des mesures permettant d'ordonner ou d'imposer leur conservation[29] et la divulgation rapide des données relatives au trafic.[30] Elle oblige également les États à se doter du pouvoir d'enjoindre leur détenteur à produire des données informatiques.[31]

Malgré l'existence de ces nombreux instruments, la Commission souligne que "il est préférable de créer un nouvel instrument pour les preuves électroniques plutôt que de modifier la directive concernant la décision d'enquête européenne en raison des difficultés spécifiques inhérentes à l'obtention des preuves électroniques"[32] sur l'Internet. "Anonymat, volatilité des preuves, absence de frontière, présence policière très limitée, communication quasiment instantanée à un coup modéré, complexité croissante",[33] tels sont les traits de cet espace qui pose un véritable défi pour les juristes contemporains. Au-delà des

[22] Art. 4(2)(e) Décision-cadre 2008/978/JAI cit.

[23] *Ibid*. art.11(2).

[24] Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, préambule 3.

[25] Directive 2014/41/UE cit. préambule 4.

[26] *Ibid*. préambule 4.

[27] Conseil de l'Europe, Convention STE n. 185 sur la Cybercriminalité du 23 novembre 2001.

[28] Il faut par ailleurs noter la coïncidence selon laquelle les *data centers* européens de Facebook se trouvent à Luléa en Suède (2013) et à Clonee en Irlande (2018).

[29] Convention STE n. 185 sur la Cybercriminalité cit.

[30] *Ibid*. art. 17.

[31] *Ibid*. art. 18.

[32] Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit. 3.

[33] H Matsopoulou, 'Modalités de la preuve et transformations dans le recueil et l'administration de la preuve' in G Giudicelli-Delage (dir), *Les transformations de l'administration de la preuve pénale* (Archives de politique criminelle (Pédone 2004) 149.

obstacles posés par le cyberespace, la donnée prend une forme dématérialisée qui la rend "fragile et volatile".[34] La loi, par nature permanente et territoriale, appréhende difficilement cet électron libre. De surcroît, les systèmes de réseaux permettent aujourd'hui de stocker les données, non pas au sein d'un serveur unique, mais directement sur les ordinateurs des utilisateurs du service. Ainsi, "l'infrastructure de stockage des preuves électroniques et le fournisseur de service exploitant ladite infrastructure relèvent d'un cadre juridique national différent, au sein ou en dehors de l'Union, de celui de la victime ou de l'auteur de l'infraction".[35] Dès lors, il peut y avoir jusqu'à cinq États concernés par la donnée ciblée.[36]

Si la forme facultative de coopération n'est plus le format choisi par l'Union européenne, en raison de son absence d'efficacité, il semble que la reconnaissance mutuelle telle que définie jusqu'alors n'ait pas su, de son côté, répondre au défi posé par le numérique. À l'origine, la reconnaissance mutuelle s'entend comme l'exécution directe par un État membre — dit "État d'exécution" — d'une décision judiciaire prise par un autre État membre — dit "État d'émission". Elle repose donc sur l'intervention de deux autorités judiciaires compétentes. Dès lors, une application classique du principe en matière de preuve électronique cristallise la difficulté autour de l'identification de l'État d'exécution: s'agit-il de l'État sur lequel se situe l'infrastructure permettant la fourniture du service, de celui où se trouvent le ou les serveurs stockant les données, ou encore celui où est établi le fournisseur de service ? Pour surmonter ces difficultés, la proposition fait alors le choix de s'adresser directement au fournisseur de service. Responsable du moyen de communication et du stockage des données ainsi produites, celui-ci apparaît en effet le plus à même d'accéder aux données, quelle que soit leur localisation. Un tel choix permet donc d'agréger à l'instrument une accessibilité à des données stockées hors de l'Union dès lors que les fournisseurs de service proposent leur service en son sein[37] ; ce qui est entendu largement puisque le lien s'évalue selon des indices tels que le nombre d'utilisateurs dans un ou plusieurs États membres ou le ciblage des activités vers un ou plusieurs États membres.[38]

L'autre reproche pouvant être formulé à l'encontre des textes européens en vigueur en matière de preuve est de laisser aux États membres le soin de déterminer les règles applicables à la requête des données, malgré l'hétérogénéité de leurs législations.

[34] M Quéméner et F Dalle, 'L'accès à la preuve numérique, enjeu majeur de toute enquête pénale: pratique et perspectives' (2018) Dalloz IP/IT 418.

[35] Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit. 6.

[36] L'État sur lequel se trouve établi le fournisseur de service, l'État sur lequel se trouve établi l'infrastructure permettant le fonctionnement du service, l'État dans lequel se trouve le serveur de stockage des données et l'État de chacun des auteurs de la conversation donc *a minima* deux.

[37] Art. 3 Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[38] *Ibid*.

I. 2. L'hétérogénéité des procédures pénales nationales

La nécessité de légiférer en matière de production et de conservation de preuves électroniques doit tenir compte de l'hétérogénéité des législations nationales qui impose le recours à la reconnaissance mutuelle tout en prenant acte des défauts mis en exergue par une vingtaine d'années d'expérience de la méthode.

De nombreux auteurs soulignent la diversité générale des droits procéduraux des États au sein de l'Union européenne.[39] Face aux difficultés que représentent ces divergences, et afin de faciliter la coopération judiciaire, le législateur européen a, depuis le traité de Lisbonne, la possibilité d'harmoniser les législations étatiques en matière pénale.[40] Toutefois, aucune directive de rapprochement ne vise l'obtention de preuves. Ainsi, aucune législation de l'Union n'est venue modifier le droit des États membres relatif à la récolte des preuves électroniques.[41] Seule la grande Europe s'est saisie de ce sujet, obligeant les États à se doter de prérogatives permettant la conservation et la production de données numériques, sans pour autant poser d'exigence quant aux formalités, aux conditions et aux contenus de ces dernières. Alors, "la fragmentation qui en découle engendre une insécurité juridique et des obligations contradictoires, et soulève des questions relatives à la protection des droits fondamentaux et des garanties procédurales pour les personnes concernées par ce type de demandes".[42] Par exemple, les délais de conservation des données numériques varient grandement d'un État membre à l'autre,[43] ce qui avait conduit à l'adoption d'une directive[44] imposant à six mois le délai, mais cette tentative de convergence a été annulée par la Cour de justice.[45] Or les chances d'obtenir des données dépendent largement des dispositions relatives à leur conservation et soumettent donc l'efficacité de la coopération européenne à la politique criminelle des États.

[39] A Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, (Université de Bruxelles 2004) paras 140 ff.

[40] Art. 82(2), Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne cit.

[41] Il faut toutefois noter qu'il existe des accords internationaux conclus par l'UE avec des États tiers: v. not. Décision 2009/820/PESC du Conseil du 23 octobre 2009 concernant la conclusion au nom de l'UE, de l'accord d'extradition entre l'UE et les États-Unis d'Amérique et de l'accord d'entraide judiciaire entre l'UE et les États-Unis d'Amérique; Décision 2010/616/UE du Conseil du 7 octobre 2010 relative à la conclusion de l'accord sur l'entraide judiciaire en matière pénale entre l'Union européenne et le Japon.

[42] Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit. 1.

[43] Ex.: France: délai de conservation d'un an (art. L.34-1, III Code des postes et des communications électroniques); Allemagne: dix semaines pour la date, le début et la fin de la communication, les numéros de téléphone et les adresses IP et un mois pour la localisation des terminaux (arts 100(a) et 100(h) du Code de Procédure Pénale allemand); Royaume-Uni: rétention des données minimale d'un an, mais sanctionné par la Cour de Justice de l'Union européenne: affaires jointes C-203/15 et C-298/15 *Tele2 Sverige* ECLI:EU:C:2016:970.

[44] Directive 2006/24/CE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la Conservation de Données Générées ou Traitées dans le Cadre de la Fourniture de Services de Communications Électroniques Accessibles au Public ou de Réseaux Publics de Communications, et Modifiant la Directive 2002/58/CE.

[45] Affaires jointes C-293/12 et C-594/12 *Digital Rights Ireland Ltd.* ECLI:EU:C:2014:238.

À cette première difficulté s'ajoute l'absence d'harmonisation des dispositions relatives à l'obtention des preuves électroniques. En droit français, par exemple, leur recherche se fait par le biais de réquisitions aux opérateurs de télécommunication ou à des sociétés,[46] mais le refus d'y répondre n'est sanctionné que d'une amende de 3750 euros pour les personnes physiques, et de 18750 euros pour les personnes morales.[47] De plus, les fournisseurs de services de communication ne relèvent pas, la plupart du temps, du droit national. Ces données peuvent également être obtenues par le biais du matériel informatique sous le régime de la perquisition judiciaire.[48] De manière générale, ces réquisitions sont jugées inadaptées[49] et "dépendantes du bon vouloir des grands opérateurs de l'internet".[50] Ainsi, aux obstacles posés par la nature numérique des preuves s'ajoute la diversité des droits nationaux dont l'efficacité variable au sein de l'espace de liberté de sécurité et de justice (ELSJ) pourrait mettre à mal la confiance mutuelle dans l'Union européenne.[51]

Pour remédier à l'hétérogénéité des législations étatiques, en particulier dans des domaines où l'harmonisation apparaît trop ambitieuse, l'Union européenne recourt au principe de reconnaissance mutuelle dont le mécanisme permet une circulation des décisions de justice, quelles que soient les divergences entre les droits nationaux, mais la méthode présente des limites. En premier lieu, elle n'offre pas à l'Union européenne un droit complet de la procédure pénale. Les instruments laissent alors de nombreuses notions centrales à l'appréciation discrétionnaire des droits nationaux[52] et mettent corrélativement à mal l'efficacité de la coopération. Le législateur européen, en pensant le dispositif de la proposition *e-evidence*, semble tenir compte de ce défaut en proposant, parallèlement, une directive d'harmonisation de la désignation de représentants légaux devant "permettre l'identification du destinataire des injonctions émanant des autorités des États membres".[53] En second lieu, la reconnaissance mutuelle fait classiquement craindre

[46] Art. 77-1-1 du Code de Procédure Pénale (préliminaire) et 60-1 du Code de Procédure Pénale (flagrance) français.

[47] Art. 60-2 du Code de Procédure Pénale et art. 131-38 du Code Pénal français.

[48] Art. 57-1 du Code de Procédure Pénale français cit.

[49] O Violeau, 'Les techniques d'investigations numériques: entre insécurité juridique et limites pratiques' (2017) AJ Pénal 324.

[50] M Quéméner et F Dalle, 'L'accès à la preuve numérique, enjeu majeur de toute enquête pénale: pratique et perspectives' cit.

[51] D Flore, 'La notion de confiance mutuelle: l' "alpha" ou l' "oméga" d'une justice pénale européenne?' in G de Kerchove et A Weyembergh (dir), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen* (Université de Bruxelles 2005) 26.

[52] H Christodoulou, *Le parquet européen: prémices d'une autorité judiciaire de l'union européenne* (Dalloz coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses vol. 201 2021) para. 419; A Weyembergh, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions* (Université de Bruxelles 2004) para. 211.

[53] Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant la désignation de représentants légaux aux fins de la collecte de preuves en matière pénale, COM(2018) 226 final 3.

que l'abolition des procédures intermédiaires et des contrôles aboutisse à une vérification allégée et partant, à une exigence moindre en matière de droits fondamentaux,[54] mais également que l'hétérogénéité des législations soit en elle-même problématique.[55] À ce titre, de nombreuses jurisprudences témoignent de la défiance quant à la protection accordée par l'État d'émission.[56] Les États refusent donc d'exécuter une décision qui serait contraire à la protection des droits fondamentaux. Néanmoins, ce choix est critiquable en opérant qu'une protection négative de ces droits puisqu'il ne fait que faire obstacle à la circulation des décisions de justice. Partant, la proposition *e-evidence* propose un autre mode de protection des droits fondamentaux: le législateur européen ne se contente plus de se placer en retrait, en procédant par référence à des normes existantes, mais il en devient au contraire l'instigateur.

III. La proposition *e-evidence*: une preuve de l'émergence d'une procédure pénale de l'Union européenne

La proposition de règlement *e-evidence* illustre le rôle croissant du législateur européen quant à l'émergence d'une procédure pénale de l'Union européenne.[57] Néanmoins, à y regarder de plus près, au sein de l'Union comprenant plus largement les normes nationales, l'apparition d'un droit européen de la procédure pénale semble plus délicate face aux considérations souverainistes persistantes. Partant, si la proposition de règlement *e-evidence* révèle une procédure pénale de l'Union européenne garante et efficace (III.1) ; l'existence d'un droit européen de la procédure pénale au sein de l'Union européenne peine à se détacher des normes nationales même si, à terme, ce dernier devrait se révéler (III.2).

III.1. Une procédure pénale de l'Union européenne protectrice et efficace

Comme le démontre l'étude de la proposition, l'Union crée des normes pénales de forme, s'imposant aux États membres avec plus ou moins de vigueur, sans perdre de vue tant le respect des droits fondamentaux que l'efficacité de la procédure pénale.
La proposition de règlement *e-evidence*, en considération de sa nature intrusive, pourrait remettre en cause certains droits fondamentaux qu'elle prend la peine de lister exhaustivement comme le droit à la protection des données à caractère personnel, le droit au

[54] A Weyembergh, 'La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États Membres de l'Union européenne: mise en perspective' in G de Kerchove et A Weyembergh (dir), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne* (Éditions de l'Université de Bruxelles 2001) 58.

[55] N Aloupi, 'La décision d'enquête européenne: un mandat européen pour la recherche des preuves' (2013) Revue Générale de Droit International Public 677.

[56] V. pour un exemple récent relatif au procureur français: affaires jointes C-566/19 et C-626/19 *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours)* ECLI:EU:C:2019:1077.

[57] Art. 82 Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne cit.

respect de la vie privée et familiale, le droit à la liberté d'expression ou encore le droit à un recours effectif du fournisseur de services.[58] Ainsi, pour contrebalancer cette nature attentatoire, "de tels outils sont subordonnés à l'existence de solides mécanismes de protection des droits fondamentaux".[59] À cette fin, le texte s'inscrit dans un contexte général protecteur de ces droits dans l'Union européenne, tout en prévoyant, parallèlement, des règles "garantistes" liées à la spécificité des preuves électroniques.[60] Partant, la proposition de règlement affirmait ne pas avoir pour finalité d'amoindrir les garanties procédurales existantes au sein de l'Union européenne.[61] Néanmoins, elle ne se contente pas de viser des normes protectrices des droits fondamentaux déjà existantes, mais prévoit, également, des règles spécifiques face aux atteintes liées à la récolte des preuves électroniques, comme l'avait préconisé le Parlement européen.[62] Concrètement, diverses dispositions "garantistes" retiennent l'attention. D'abord, les injonctions européennes ne peuvent intervenir que dans le cadre de procédures pénales en cours.[63] En outre, les caractères de nécessité, supposant qu'il n'y ait pas d'autres moyens moins intrusifs pour atteindre le même résultat, et de proportionnalité, impliquant un rapport entre l'acte d'enquête et la gravité du comportement, doivent être vérifiés voire motivés;[64] ces deux principes fondamentaux sont d'ailleurs évoqués à plusieurs reprises.[65] Ensuite, pour les injonctions de production des seules données liées aux transactions et au contenu,[66] considérées comme des mesures plus intrusives, l'intervention d'une autorité judiciaire indépendante et impartiale est exigée.[67] Enfin, les personnes concernées par la mise en œuvre de ces injonctions doivent être informées[68] et pouvoir exercer un recours juridictionnel,[69] à moins de démontrer l'entrave à la procédure pénale en cours que cette information susciterait. De surcroît, les autorités nationales d'exécution disposent de divers motifs de refus listés exhaustivement, en lien avec la protection des droits fondamentaux, dont la teneur sera étudiée ultérieurement.

De telles dispositions témoignent de l'émergence d'une procédure pénale européenne, dotée de ses propres standards, devant toujours trouver un équilibre entre la sécurité des

[58] Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit. 10.

[59] *Ibid*. 2.

[60] C Vial et R Tiniere (dir), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne – entre évolution et permanence* (Bruylant 2015).

[61] Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit. 10-12.

[62] Proposition de Directive COM(2018) 226 final cit. 3.

[63] Art. 3(2) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[64] La décision d'enquête européenne allait déjà dans le même sens: v. Directive 2014/41/UE du Parlement Européen et du Conseil concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, art. 6(1)(a).

[65] Art. 5(1) et 5(I) et art. 6(2) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[66] *Ibid*. art. 4(2)(a).

[67] *Ibid*.

[68] *Ibid*.

[69] *Ibid*. art. 17.

citoyens et la protection des droits fondamentaux. Partant, si les droits fondamentaux semblent être pris en compte par la proposition de règlement, qu'en est-il de son efficacité ?

La proposition *e-evidence*, en raison de son originalité, démontre un changement de paradigme s'agissant de l'élaboration des normes de procédure pénale par le législateur de l'Union européenne ; la reconnaissance mutuelle y est alors exigée plus rigoureusement voire y apparaît métamorphosée. Cette force contraignante s'explique par l'instrument de droit dérivé sur lequel repose le texte à savoir, un règlement. Le législateur européen prend la peine de justifier son choix en affirmant qu'un "règlement est directement applicable, est gage de clarté et de sécurité juridique renforcée, et évite les interprétations divergentes par les États membres et d'autres problèmes de transposition rencontrés avec les décisions-cadres relatives à la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires. En outre, un règlement permet d'imposer une même obligation uniformément au sein de l'Union". [70] Jusqu'à présent, la directive demeurait l'instrument privilégié du droit pénal de l'Union européenne en ce qu'elle préservait les souverainetés nationales.[71] Par conséquent, ce nouveau "petit pas" est un signe d'une réelle avancée dans la construction d'une Europe pénale toujours plus intégrée, renforçant corrélativement la confiance et donc la reconnaissance mutuelle. À ce titre, le texte impose aux États membres, dans le cadre des procédures transfrontières, diverses normes procédurales permettant à l'instrument de fonctionner efficacement à deux égards: d'une part, par la rédaction de définitions communes tant fonctionnelles qu'organiques afin de permettre aux États membres d'user du même langage et ainsi de faciliter l'exécution de la mesure d'enquête ; d'autre part, par la prévision d'exigences strictes et uniformisées quant à la récolte des preuves électroniques par les États membres de l'Union européenne.

S'agissant des précisions notionnelles, l'instrument le fait dans un premier temps, d'un point de vue fonctionnel en définissant plusieurs éléments essentiels à son efficacité. Sont d'abord visés les deux types d'injonctions, dont la nature contraignante est précisée, à savoir, aux fins de production[72] et de conservation[73] de la preuve électronique demandée par l'autorité d'émission d'un État membre et s'imposant à un fournisseur "proposant des services dans l'Union et établi ou représenté dans un autre État membre".[74] Sont ensuite définis les différents fournisseurs de services concernés;[75] il s'agit de toute personne physique ou morale qui fournit différents services listés exhaus-

[70] Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit. 6.

[71] Le règlement vient d'être également privilégié par l'Union européenne dans le règlement (UE) 2018/1805 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 concernant la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et des décisions de confiscation.

[72] Art. 2(1) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[73] *Ibid*. art. 2(2).

[74] *Ibid*. art. 2(1) et (2).

[75] *Ibid*. art. 2(4).

tivement par la proposition de règlement à savoir, en matière de communications électroniques,[76] de sociétés d'informations "pour lesquels le stockage de données est un élément déterminant du service fourni à l'utilisateur, y compris les réseaux sociaux, les marchés en ligne facilitant les transactions entre leurs utilisateurs et autres fournisseurs de services d'hébergement"[77] ou encore de services de noms de domaine et de numérotation internet.[78] Sont enfin décryptées les catégories de données[79] que les preuves électroniques peuvent renfermer à savoir, celles relatives aux abonnés, à l'accès, aux transactions et au contenu. Dans un second temps, le texte apporte des précisions de nature organique en affinant les caractères dont doit disposer l'organe d'émission ou de contrôle de la mesure. Il prévoit que "toute autre autorité compétente" peut intervenir dès lors que l'injonction est validée par une" autorité judiciaire ", laquelle dispose d'un sens variable en fonction du degré d'atteinte de l'acte d'enquête réalisé. S'avérant très disparate au sein de l'Union, cette notion constitutionnelle nécessitait quelques éclaircissements.[80] À cet égard, la proposition de règlement l'entend largement, en comprenant aux côtés des juges, le procureur, lorsqu'il s'agit d'une injonction aux fins de conservation[81] et de production de données relatives à l'identité de l'individu.[82] Or concernant la production des données liées aux transactions et au contenu,[83] dotées d'un caractère plus sensible, elle évince l'intervention du ministère public national, restreignant corrélativement la notion d'autorité judiciaire. Le degré de l'atteinte détermine donc l'organe de contrôle, "laissant se dessiner une autorité judiciaire à deux visages".[84]

S'agissant des conditions entourant l'exécution de la mesure, plusieurs règles sont, également, posées. À ce titre, la proposition envisage concrètement une solution commune au sein de l'Union européenne afin de remettre uniformément la demande au fournisseur de services par le biais d'un représentant légal.[85] Sa détermination est strictement encadrée par la proposition de directive relative à l'harmonisation de la désignation du représentant légal aux fins de la collecte des preuves en matière pénale. Ce dernier peut donc exécuter sa demande comme s'il le faisait au sein de son propre territoire.

[76] *Ibid*. art. 2(3)(a).

[77] *Ibid*. art. 2(3)(b).

[78] *Ibid*. art. 2(3)(c).

[79] *Ibid*. art. 2(7-10), à ce sujet, le Contrôleur européen de la Protection des Données déplore le caractère artificiel de la catégorie des données relatives à l'accès, v. CEPD, Avis 7/2019 concernant les propositions relatives aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale, 9-11.

[80] H Christodoulou, *Le parquet européen: prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne* cit. paras 33 et s.; C Lazerges (dir), *Figures du parquet* (PUF 2006).

[81] Art. 4(3)(a) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[82] *Ibid*. art. 4(1)(a).

[83] *Ibid*. art. 4(2)(a).

[84] H Christodoulou, *Le parquet européen: prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne* cit. para. 174.

[85] Art. 1(3) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

En d'autres termes, l'instrument tend vers une extra-territorialité de l'État membre d'émission qui peut contraindre un fournisseur de service se situant sur le territoire d'un autre État à fournir des informations nécessaires à une enquête judiciaire ; ce n'est qu'à défaut de coopération de l'interlocuteur que la procédure est à nouveau confiée aux autorités compétentes des États membres.[86] Par ailleurs, la proposition de règlement élabore un certificat commun au sein de l'Union.[87] La nécessité de créer un tel document standardisé y est alors motivée ; il permettrait de réduire les sources d'erreur, d'identifier facilement les données et d'éviter au maximum les textes libres afin de réduire les coûts de traduction. Il enserre, ensuite, les obligations des fournisseurs de services dans des délais courts et strictement encadrés. À titre d'illustration, dès la réception de la demande d'injonction le prestataire est tenu de répondre dans un délai de dix jours voire,[88] en cas d'urgences, de six heures,[89] contre cent vingt jours dans le cadre de la décision d'enquête européenne.[90] Le texte contraint, enfin, les États à prévoir des sanctions pécuniaires "effectives, dissuasives et proportionnées",[91] pour lesquelles elle ouvre une voie de recours,[92] afin de donner aux dispositions envisagées leur plein effet.

En somme, l'instrument met en exergue à plusieurs égards ce phénomène tendant à européaniser les mesures procédurales liées à la récolte des preuves électroniques dont l'uniformisation, dans les seules enquêtes purement européennes, pourrait avoir une influence plus large en irriguant les procédures pénales internes. En effet, cette mesure d'enquête respectant le principe de subsidiarité[93] en se superposant aux systèmes nationaux sans les modifier pourrait, à terme, inspirer les États dans le cadre de leurs enquêtes purement internes. Avant d'en arriver là, certaines difficultés devraient se dresser face à la proposition de règlement.

III.2. Une procédure pénale inexorablement entravée

S'il est indéniable qu'une procédure pénale de l'Union européenne parallèle aux systèmes nationaux se dessine afin de rendre les enquêtes transfrontières toujours plus efficaces, qu'en est-il de l'articulation systémique entre le droit de l'Union européenne et les droits étatiques face à la mise en œuvre de la proposition de règlement *e-evidence* ? Même si le texte est innovant et transcende sur certains points les disparités nationales, les droits internes occupent toujours une place certaine dans la mise en œuvre de la procédure pénale de l'Union européenne. En effet, le texte devrait être rapidement freiné

[86] *Ibid*. art. 7(2), (3) et (4) et art. 14.
[87] *Ibid*. art. 8.
[88] *Ibid*. art. 9(1).
[89] *Ibid*. art. 9(2).
[90] Directive 2014/41/UE cit. art. 12.
[91] Affaire C-68/88 *Commission c République hellénique* ECR I-2965.
[92] Art. 14(10) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.
[93] Protocole n. 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au TUE et au TFUE par le Traité de Lisbonne [2007].

par l'existence de limites d'ordre souverainistes comme la dépendance encore trop prégnante tant aux droits des États membres qu'à l'appréciation des autorités nationales.

Au sein de la proposition *e-evidence*, plusieurs limites liées à la dépendance aux droits nationaux se dressent devant l'émergence d'une procédure pénale de l'Union. Le maintien de ces normes se superposant aux règles européennes devrait créer des disparités dans la mise en œuvre de l'instrument et ainsi remettre en cause la légalité pénale, l'égalité entre les justiciables de l'Union et donc plus largement leur sécurité juridique.

La première limite s'explique par la nécessité pour l'État d'émission de l'injonction de disposer dans son arsenal législatif pour "la même infraction pénale dans une situation nationale comparable" d'une mesure similaire.[94] Or le manque d'harmonisation devrait, dans certains cas, paralyser l'instrument.

La deuxième limite est liée au seuil des peines qui conditionne l'injonction de production, hormis pour une liste exhaustive d'infractions,[95] et rend corrélativement la mesure inégalement applicable en fonction du *quantum* de la peine variant d'un État membre à l'autre.[96] En effet, l'infraction pénale doit être punissable dans l'État d'émission d'une peine privative de liberté d'une durée maximale d'au moins trois ans.[97]

La troisième limite s'explique par la possibilité pour les droits nationaux de maintenir d'éventuels privilèges et immunités liés à certaines professions ou encore de faire passer les intérêts fondamentaux de sécurité et de défense au-dessus du texte, tant au moment de l'enquête[98] que du jugement.[99] Pour autant, le contenu de ces notions demeure propre à chaque système national en ce qu'elles entretiennent un lien certain avec leur souveraineté. Par conséquent, leurs contours sont difficilement perceptibles d'un État membre à l'autre.

La quatrième limite est liée au maintien de la compétence des juridictions nationales quant aux sanctions et aux recours prévus.[100] Ainsi, qu'en serait-il d'une preuve électronique récoltée en violation des normes procédurales posées par la proposition de règlement? Elle est globalement sanctionnée par la nullité. Or d'un État membre à l'autre, cette dernière ne répond pas aux mêmes règles.[101] De surcroît, une difficulté supplémentaire

[94] Art. 5(2) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[95] *Ibid*. art 5(4)(b).

[96] *Ibid*. art. 5(4), à l'inverse l'injonction de conservation en ce qu'elle est moins intrusive peut être émise "pour toutes les infraction pénales", art. 5(3) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[97] Art. 5(4)(a) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[98] *Ibid*. art. 5(7).

[99] *Ibid*. art. 18.

[100] *Ibid*. art. 17.

[101] J Pradel, *Droit pénal comparé* (Dalloz 3ème éd 2016) 334.

apparaît: dès lors qu'une preuve est annulée, qu'en est-il de celles ultérieurement récoltées?[102] Une nouvelle fois, les droits nationaux ne sont pas harmonisés et plusieurs systèmes se confrontent.[103] En somme, la question de la légalité de la preuve électronique récoltée uniformément fait en réalité l'objet d'une admissibilité hétérogène, allant corrélativement à l'encontre de l'existence d'un droit européen de la procédure pénale.

La cinquième limite enfin, s'explique par une application matérielle de la proposition de règlement qu'en présence d'enquêtes transfrontières ; *a contrario* si l'enquête est purement interne, l'hétérogénéité des normes nationales sera maintenue.[104]

Si les droits nationaux persistent, ils ne sont pas les seuls ; les autorités nationales continuent, également, de jouer un rôle dans la mise en œuvre de l'instrument freinant eux aussi l'émergence d'un droit européen de la procédure pénale. En effet, même si la proposition *e-evidence* dispose d'une force contraignante certaine par rapport aux autres instruments de droit pénal de l'Union européenne, la circulation de la preuve électronique validée en amont par l'État d'exécution suppose concrètement l'intervention des autorités nationales dont l'appréciation demeure maintenue. Son fonctionnement repose sur la reconnaissance mutuelle, permise par la confiance réciproque existant entre les États membres, leur imposant de reconnaître les caractéristiques de leur système judiciaire respectif. Afin de faciliter ce processus, le droit dérivé envisage le rapprochement des législations nationales comme en matière procédurale.[105] Néanmoins, il ne faut pas occulter les défiances mutuelles en matière pénale, parfois justifiées par la protection des droits fondamentaux.[106] À ce sujet, un double contrôle peut être effectué: par le représentant légal désigné, autrement appelé "le destinataire" ou à défaut par tout établissement du fournisseur de service présent au sein de l'Union voire, dans des cas dérogatoires, par l'autorité répressive de l'État chargée de la mise en œuvre de la mesure.[107] Or le contrôle de l'autorité judiciaire d'émission n'était-il pas suffisant ?

En outre, le représentant légal est censé mettre en œuvre "sans autres formalités" l'injonction comme si elle venait de son propre État. Pour autant, le texte relativise son propos en listant exhaustivement différents motifs pour lesquels il pourrait refuser son exécution.[108] En effet, à titre d'illustrations, il le peut si la mesure n'a pas été émise ou

[102] *Ibid*. 340.

[103] V. par exemple, cass. crim., 26 mai 1999, n. 99-81.764; cass. crim., 21 juin 2016, n. 16-80.126; S Fucini, 'Nullités de procédure: état des lieux de la jurisprudence de la Chambre criminelle' (2018) AJ pénal 359.

[104] Art. 1(1) Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[105] Art. 82(2)(a) Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne cit.

[106] H Haguenau-Moizard, 'Les bienfaits de la défiance mutuelle dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice' in C Mestre (dir), *Europe(s) droit(s) européen(s) une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco* (Bruylant 2013) 228; LS Rossi, 'Droits fondamentaux, primauté et autonomie: la mise en balance entre les principes "Constitutionnels" de l'Union européenne' (2019) RTD eur 67.

[107] Art. 14 Proposition de Règlement COM(2018) 225 final cit.

[108] *Ibid*.

validée par l'autorité judiciaire telle que définie au sein du texte;[109] si l'injonction "ne concerne pas les données stockées par le fournisseur de services ou pour son compte" au moment de la réception de la demande,[110] s'il est évident que le certificat "enfreint manifestement la Charte ou qu'il est manifestement abusif"[111] ou encore si les données concernées sont protégées par une immunité ou un privilège à la lumière de la législation nationale ou si la divulgation peut porter atteinte à ses intérêts comme la sécurité ou la défense nationale. Ces divers motifs de refus voulant harmoniser la protection des droits fondamentaux pourraient réduire l'efficacité de l'instrument. En effet, certains sont intimement liés à la souveraineté. Ainsi ils dépendront d'une appréciation subjective d'une autorité nationale alors même que le texte avait vocation à dépasser ces considérations.

En somme, il existe bien une procédure pénale de l'Union européenne démontrant qu'il y a un réel mouvement vers un droit européen de la procédure pénale, même si cette avancée sera nécessairement semée d'embûches face aux volontés de préserver les souverainetés nationales.

[109] *Ibid*. art. 14(4)(a) et art. 14(5)(a).
[110] *Ibid*. art. 14(4)(d) et 14 (5)(c).
[111] *Ibid*. art. 14(4)(f) et (5)(e).