

Le piège légaliste. La coopération policière après Tampere

Heiner BUSCH

Depuis plus d'un siècle, un des clichés de l'idéologie policière consiste à affirmer que la criminalité galope loin devant la police [1] . Les images utilisées ont varié en fonction de l'évolution de la technique des transports. Aujourd'hui, on évoque volontiers un criminel fonçant au volant d'une Ferrari, qui serait pourchassé par un policier chevauchant un vieux vélo rouillé. Dans ce contexte, on déplore régulièrement le fait que les pouvoirs des polices s'arrêtent aux frontières internationales et que la coopération transfrontalière ait à souffrir de chicaneries juridiques et de considérations politiques relatives à la souveraineté nationale.

Il ne fait pas de doute que cette « argumentation » vise à légitimer de nouvelles revendications, qui appellent justement à développer cette coopération aux niveaux technique et juridique, ainsi qu'en matière de personnel. Mais elle a toujours été fautive et trompeuse : la mission de la police et des autorités de poursuite pénale consiste en effet précisément à courir après les criminels. Dans un Etat de droit, la poursuite pénale est toujours de l'ordre de la réaction.

Or, étant donné la rapidité du développement de la coopération policière au sein de l'UE et autour d'elle, ces propos sont aujourd'hui devenus tout à fait absurdes. C'est aujourd'hui l'opinion publique qui doit s'engager dans une course-poursuite afin de suivre, non sans difficultés d'ailleurs, les projets toujours nouveaux élaborés par les groupes de travail du Conseil et évaluer leurs répercussions sur les droits des citoyennes et des citoyens.

Un des plus grands pièges que l'on cherche à éviter dans les discussions concernant la coopération policière, que ce soit au niveau politique ou scientifique, est celui du légalisme. Les argumentations de type légaliste nous poussent à nous arrêter seulement sur des détails juridiques et à négliger ainsi la critique de principe, la critique radicale, qu'il faut exercer du point de vue des droits des citoyens. En règle générale, les dispositions légales ne contiennent rien d'autre qu'une légalisation *post factum* de pratiques depuis longtemps considérées comme normales et de décisions politiques prises depuis longtemps.

Les institutions policières - : Europol, Eurojust

L'exemple d'Europol nous fournit une preuve très claire en faveur de notre thèse. C'est dans la première moitié des années 1970 qu'ont été lancés les premiers appels à la création d'une autorité centrale de police au niveau européen. En 1974, le « *Bund deutscher Kriminalbeamter* » (Fédération des fonctionnaires de police criminelle allemands) a lancé, pour la première fois, son « idée d'Europol ». Un projet qui avait alors été rejeté par les autorités politiques, aussi bien que par des directeurs de polices, comme le chef du BKA (*Bundeskriminalamt*, Office fédéral allemand de police criminelle) de l'époque, Horst Herold. A cette époque, la Communauté européenne n'offrait pas encore un cadre politique qui eût permis d'édifier une telle institution.

Ce n'est que dans la seconde moitié des années 1980 que ces positions sont revenues au premier plan. Une des raisons en a été le populisme politique, notamment celui qui s'est exprimé dans les appels de Helmut Kohl en faveur de la création d'un « FBI européen ». En 1988 encore, Kohl n'est pas parvenu à faire passer cette revendication – et c'était une bonne chose. C'est surtout aux discussions et à la pratique des milieux policiers dans le contexte de TREVI III que l'on doit le fait que cette idée n'ait pas été purement et simplement enterrée. Dans ce cadre, en effet, ont été développés, depuis 1987-88, des projets communs dans le domaine des renseignements, qui ont notamment mené à la demande de créer une Unité Européenne de Renseignements sur les Stupéfiants. En 1990, ce projet a été intégré dans le programme d'action TREVI, mais la question de savoir si cette unité devait être indépendante ou, au contraire, créée dans le cadre du secrétariat général d'Interpol, n'était encore à ce moment pas du tout clarifiée. Il n'est pourtant pas fortuit que le Conseil européen de Luxembourg, en 1991, ait estimé nécessaire de créer Europol – revenant ainsi sur sa première décision, prise trois ans auparavant.

Mais ce qu'Europol devait représenter n'était clair ni au Luxembourg, ni, un an plus tard, à Maastricht. Néanmoins, avec l'accord ministériel de 1993, on a été placé devant un fait accompli. Formellement, les travaux de l'Unité Drogues Europol (*Europol Drugs Unit*, EDU) dès le début de 1994, jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention Europol en 1999, se sont certes déroulés sur la base des divers droits nationaux et des dispositions en vigueur en matière d'entraide judiciaire, mais ce n'était que sur le papier que cette unité était provisoire. Si elle ne pouvait constituer ses propres banques de données, elle incluait déjà des éléments essentiels de ce qui allait être fixé dans la convention Europol, en 1995 : le schéma des officiers de liaison et la fonction de coordonner les opérations de police transfrontalières. Dès ce moment,

il était clair que cet office serait chargé, à l'avenir, de fonctions de renseignement opérationnel aussi bien que stratégique.

Lorsque la convention a été signée, en juillet 1995, la structure provisoire d'Europol était déjà en place depuis un an et demi. Il n'était plus possible de revenir en arrière, car on avait déjà investi dans cet office et on avait déjà échangé des officiers de liaison depuis longtemps. Les parlements se voyaient condamnés à ratifier la convention. La date de l'entrée en vigueur de la convention, en 1999, quatre ans après sa signature, n'a guère eu d'importance pour le développement d'Europol. Tout d'abord, l'office était déjà en fonction depuis plus de cinq ans. L'unité des stupéfiants n'était plus une simple unité des stupéfiants, son mandat ayant été élargi en 1995. Ensuite, les discussions qui allaient conduire à conférer à Europol un rôle opérationnel étaient en cours depuis 1996. Cet objectif a été fixé dans le Traité d'Amsterdam. La convention était donc dépassée au moment de son entrée en vigueur.

Après le Conseil européen de Tampere, la question qui se pose n'est plus « avons-nous besoin d'élargir la convention ? », mais bien « quand la convention sera-t-elle élargie ? ». Ce qui fait obstacle, en fait, ce sont les procédures parlementaires : pour les responsables du dossier, il faut trop de temps pour modifier un traité international. Mais la substance des modifications est d'ores et déjà évidente. On cherche à retarder autant que possible l'élaboration du protocole additionnel qui devra compléter Europol et comme on l'a fait en 1993, on recherche une possibilité de mettre en place une politique du fait accompli en se basant sur le droit existant. En pratique, la formulation juridique qui sera adoptée dans ce protocole additionnel n'aura qu'une importance minime.

En effet, il y a déjà longtemps qu'Europol joue dans les faits un rôle opérationnel important. On s'en rend compte en considérant le nombre des opérations coordonnées recensées dans le rapport annuel de l'EDU, c'est-à-dire d'Europol. Pour 1998, le rapport mentionne 123 opérations, dont 46 livraisons contrôlées d'une certaine importance. Dans le texte du rapport, les autorités nationales de police sont maintenant priées de ne plus faire appel à l'aide d'Europol que dans le cas où plus de deux Etats sont impliqués dans une opération. Ceci ne signifie rien d'autre si ce n'est qu'Europol est déjà surchargée par cette tâche. Il en va de même des équipes communes d'enquête dont on a demandé la création avec véhémence à Tampere. Dans un document du 8 février 2000 (Europol 1- 5845/00), Europol déclare que de telles équipes fonctionnent déjà régulièrement. La question n'est donc pas

de savoir si nous voulons qu'Europol participe à ces équipes d'enquête, mais s'il convient de légaliser explicitement son rôle dans ces groupes et si Europol doit y jouer un rôle plus actif. Dans ce contexte, la discussion sur la question de savoir si les fonctionnaires d'Europol participant à ces équipes d'enquête doivent disposer formellement de pouvoirs exécutifs n'est plus que secondaire.

Le Conseil européen de Tampere a en outre adopté une recommandation d'après laquelle Europol devrait recevoir des services de police nationaux des données opérationnelles. Dans le document que nous avons déjà cité, la délégation Europol se borne à renvoyer aux dispositions de la convention concernant les fichiers de travail à des fins d'analyse. Mais, dans les faits, ces fichiers contiennent soit des données de renseignement stratégique, soit, précisément, des données « opérationnelles ». A la fin de l'année prochaine, les Systèmes informatiques d'Europol (TECS – *The Europol Computer Systems*) fonctionneront à plein régime. Le système qui assure actuellement l'intérim correspond pour l'essentiel à la partie du système qui gèrera les fichiers d'analyse. Ses capacités techniques sont telles qu'il peut en principe traiter simultanément près de 5 000 de ces fichiers, comprenant chacun plusieurs milliers de jeux de données [2]. Notons, enfin, qu'Eurojust n'amènera pas un contrôle par la justice de l'activité d'Europol. Bien au contraire, l'équipe de juges d'instruction, de procureurs, de fonctionnaires de police et autres « représentants » (c'est-à-dire des collaborateurs du service de la sécurité intérieure britannique) ne constituera rien d'autre qu'un appendice judiciaire d'Europol. Eurojust aura pour tâche d'examiner, sur la base des analyses d'Europol, dans quel Etat ou, le cas échéant, dans quels Etats, une procédure d'instruction judiciaire doit être formellement ouverte contre une organisation criminelle, ou supposée telle. Avec cette façon de faire, on risque de choisir le siège du tribunal compétent avec un objectif très précis, c'est-à-dire de façon à ce que les mesures de contrainte liées à l'enquête soient approuvées sans restriction et à ce que les condamnations prononcées soient plus dures. Certes, on ne pourra éviter, à long terme, une harmonisation des codes de procédure pénale et l'instauration d'une réelle instance d'instruction judiciaire au niveau de l'UE. En attendant, on se contentera, ici encore, d'une réglementation informelle. Comme dans le cas de l'EDU, l'embryon de cette future instance (c'est-à-dire Eurojust, dont l'activité repose exclusivement sur les juridictions nationales) se dispense de tout ancrage dans une convention spécifique. Il n'y a pas de débat sur le sens et le rôle de cette nouvelle institution. On laisse ainsi de côté la question de savoir si le grand marché judiciaire qui se prépare est souhaitable pour l'Etat de droit.

Les méthodes d'enquêtes secrètes

Dans le domaine des méthodes policières, nous avons assisté à une évolution comparable à celle qui s'est produite avec les nouvelles institutions policières européennes. Depuis les années 1980, les polices d'Europe occidentale cherchent à renforcer leur collaboration dans le domaine des enquêtes secrètes. Il y a longtemps que les observations, les livraisons contrôlées, l'utilisation d'agents infiltrés et d'agents secrets ne se déroulent plus seulement dans un cadre national.

Au milieu des années 1980, cette forme de coopération rencontrait encore des problèmes pratiques considérables. Les accrocs étaient à l'ordre du jour. Des équipes de surveillance allemandes ont été appréhendées aux Pays-Bas et, lorsque se produisaient des accidents de la circulation liés à des observations qui n'avaient pas été annoncées, on ne savait pas comment comptabiliser les dégâts. De plus, dans la lutte contre le trafic de stupéfiants, le critère d'une opération réussie était la confiscation de la plus grande quantité possible de drogues illégales et chaque pays essayait ensuite de s'attribuer ce succès.

Or la conception et la pratique des enquêtes secrètes ont changé. On doit constater à ce niveau tout à la fois une professionnalisation et une internationalisation des activités. Le changement de conception en matière de lutte contre le trafic de stupéfiants a obéi à la devise « cessons de nous fixer sur les kilos ». Au lieu de rechercher la prise maximale, on s'est mis à essayer de démasquer des organisations criminelles (ou supposées telles) dans leur ensemble. Or ceci n'était possible, dans cette optique, qu'à condition de laisser de côté les égoïsmes nationaux et de miser sur la coopération internationale. Les livraisons contrôlées sont en effet tout à fait impensables comme opérations nationales : elles sont toujours transfrontalières. En matière d'utilisation d'agents secrets, la collaboration au niveau des polices ne s'est mise en place que marginalement au sein de l'UE. Le groupe de travail de nature purement policière fondé en 1989, « *International Working Group on Undercover Policing* », a joué un rôle beaucoup plus décisif : non seulement il s'est chargé d'harmoniser les méthodes, mais il a aussi créé un réseau reliant les services responsables des enquêtes secrètes dans les centrales des polices nationales. Depuis un certain temps, ce réseau s'occupe de l'échange d'agents secrets, qu'il organise en fonction de l'identité de couverture appropriée à chaque cas, de la logistique à disposition dans la police concernée, etc. Il ne s'agit donc plus seulement du prolongement à

l'étranger, à la suite d'une demande d'entraide judiciaire, d'enquêtes secrètes menées au niveau national, mais d'une sorte de « prêt d'organes ». Lorsque, par exemple, l'Office fédéral allemand de police criminelle (BKA) prête un agent secret au CRI néerlandais, la RFA n'a du point de vue juridique rien à faire avec le cas en question.

Il convient de distinguer de ce processus de professionnalisation policière le développement de ses garanties juridiques : jusqu'à aujourd'hui, dans ce domaine de la police secrète, une grande partie des collaborations passe par le biais de l'entraide judiciaire.

C'est dans la Convention d'application de l'accord de Schengen, de 1990, qu'a été accompli le premier pas vers un ancrage de ces pratiques au niveau des conventions internationales. Cet accord régleme la surveillance transfrontalière – mais seulement à la suite de délits déjà commis et justifiant l'extradition et seulement à l'encontre des suspects. Dans ces cas, les demandes d'entraide judiciaire doivent se régler entre les services centraux nationaux. L'accord prévoit de plus des livraisons contrôlées – mais seulement pour la lutte contre le trafic de stupéfiants.

La convention Naples II des États de l'UE relative à la coopération entre les administrations douanières de 1997, prévoit pour ces dernières la possibilité de recourir, notamment, à la surveillance transfrontalière, aux livraisons contrôlées et à l'utilisation d'agents secrets. Ces méthodes sont autorisées pour tous les délits de contrebande graves et non seulement dans le cadre de la lutte contre la drogue. Les administrations douanières règlent cette forme de coopération par le biais de l'entraide administrative.

La convention de l'UE relative à l'entraide judiciaire signée en juillet 2000 élargit encore ce cadre y incluant les livraisons contrôlées pour tous les délits justifiant l'extradition, l'utilisation d'agents secrets et l'écoute transfrontalière de lignes téléphoniques et de tous les moyens de télécommunication.

Dans le domaine répressif, ressortissant de la justice pénale, la plus grande partie du répertoire aujourd'hui imaginable en matière de méthodes d'enquêtes secrètes a ainsi reçu une base juridique. Ceci n'implique bien sûr pas qu'on ne fasse pas recours à des formes *préventives* de surveillance transfrontalière ou d'enquêtes secrètes. Simplement, elles ne sont pas encore ancrées dans un accord au sein de l'UE (à l'exception de la coopération douanière). Cela pourrait se modifier dans les prochaines années : en 1999 déjà – peu de temps

avant l'inclusion de la coopération de Schengen au sein de l'UE – le Ministère de l'Intérieur allemand s'est adressé dans un mémorandum à ses partenaires de l'accord de Schengen, en prônant un élargissement des méthodes prévues par l'accord. La RFA a montré dans son accord de coopération policière avec la Suisse comment cet élargissement devrait se faire. Cet accord, signé en avril 1999, prévoit des observations transfrontalières également à titre préventif et également à l'encontre de l'entourage de la personne proprement visée. Il prévoit de plus la possibilité de procéder à des livraisons contrôlées et de coopérer pour l'utilisation d'agents secrets – ceci non seulement au titre de l'entraide judiciaire, mais aussi comme simple prêt et de plus, également dans des cas d'opérations préventives. En mars 2000, la Conférence des ministres de l'Intérieur de la République fédérale et des Länder de RFA a demandé que l'accord passé avec la Suisse serve de modèle pour d'autres accords à conclure avec d'autres pays – notamment avec l'Autriche, la Pologne, la République tchèque, etc. – ainsi que pour les négociations au sein de l'UE.

En résumé, nous pouvons retenir les conclusions suivantes. Premièrement, le cautionnement des méthodes susmentionnées par des accords internationaux, auquel il faut s'attendre dans un proche avenir, va, sur plusieurs points, beaucoup plus loin que ce que les Etats membres ont sanctionné juridiquement au niveau national. Deuxièmement, il n'est plus possible de repérer une limite juridique qui marquerait définitivement l'illégalité de certaines méthodes policières. Troisièmement, les questions concernant les droits des citoyens ne jouent aucun rôle dans ce processus de négociation – abstraction faite de la poésie ridicule que les conventions récitent sur le thème de la protection des données. Quatrièmement, il s'agit pour l'essentiel d'une légalisation *post factum* de pratiques déjà en cours.

Pour la recherche et pour le débat politique sur la coopération policière dans l'UE, tout ceci signifie certes, d'une part, que le droit nous donne des informations sur la pratique effective (mais de façon limitée) et que la codification de cette pratique dans la loi ou dans les traités internationaux entraînera une extension de la pratique ainsi cautionnée ; mais aussi, d'autre part, que c'est de la pratique elle-même dont nous devons nous occuper. Notre critique reste à mi-chemin si elle demeure purement legaliste. Les droits du citoyen doivent être notre critère et ils sont fortement menacés par l'internationalisation policière dans le secteur des enquêtes secrètes préventives.

[1] . Conférence prononcée en juin 2000 dans le cadre d'un séminaire organisé par le CERI et le Centre d'Etudes sur les Conflits.

[2] . Cf. Bürgerrechte & Polizei/CILIP 61, 1998, n° 3, p. 52 sq.