

**TOULOUSE  
CAPITOLE**  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

**L'injonction de production et de conservation des preuves  
électroniques : prémices d'un acte d'investigation de  
l'Union européenne**

**Mme HELENE CHRISTODOULOU**

**Maître de conférences**

**Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (IRDEIC)**

**Université Toulouse 1 Capitole**

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## **L'injonction de production et de conservation des preuves électroniques :** **prémices d'un acte d'investigation de l'Union européenne**

**Résumé** : Cinq ans après la proposition de règlement relatif aux preuves électroniques, le texte accompagné de sa directive ont enfin été définitivement adoptés le 12 juillet 2023 par le législateur de l'Union. Ces derniers ajoutent une nouvelle pierre à l'édifice de l'Europe pénale. Le droit dérivé, fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle, écarte l'autorité judiciaire d'exécution, en permettant au fournisseur de services de mettre en œuvre directement et dans des délais extrêmement courts l'injonction de production et de conservation des données, émanant de l'autorité judiciaire de l'État d'émission, dans le cadre d'une enquête transfrontière. Le règlement lie les États membres à tel point qu'il ne s'agit pas simplement d'un nouvel instrument de reconnaissance mutuelle facilitant la coopération pénale, mais d'un acte d'investigation de l'Union, ou plutôt ses prémices. En effet, il ne demeure pas encore purement européen dès lors que réapparaît, dans des hypothèses résiduelles, l'autorité nationale de mise en œuvre de la mesure et le droit des États membres.

- 1. L'omniprésence de la preuve numérique dans le cadre des procédures pénales.** Les médias sociaux, les services et les applications de messagerie sont utilisés, de manière exponentielle, par des millions de personnes à travers le monde. Néanmoins, ils peuvent être détournés à des fins malveillantes, facilitant corrélativement la commission d'infractions. Dès lors, la récolte des preuves électroniques, dans un contexte transfrontière, présente un enjeu majeur dont se sont saisis les États-Unis en adoptant le *Cloud Act*<sup>1</sup>, lesquels ont été suivis, la même année, par l'Union européenne à l'aune de la proposition de règlement de la Commission relative aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale<sup>2</sup>.
- 2. La longue adoption du règlement.** – Ce texte prévoyait la possibilité pour une autorité judiciaire nationale d'enjoindre directement à un fournisseur de services, situé dans un

---

<sup>1</sup> S. PEYROU, « Le projet de règlement « E-evidence » présenté par la Commission européenne : un « Cloud Act » européen », GDR ELSJ, 24 avr. 2018 ; R. BISMUTH, « Le Cloud Act face au projet européen e-evidence : confrontation ou coopération ? », Revue critique de droit international privé, 2019/3, p. 681 et s. ; R. BISMUTH, « Every Cloud Has a Silver Lining : une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du Cloud act », La Semaine juridique. Entreprise et affaires, 2018, n° 40, § 5.

<sup>2</sup> 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, 17 avr. 2018.

autre État membre, de conserver et de produire des données afin de faciliter la collecte et l'utilisation transfrontière des preuves numériques. Jusqu'alors aucun des outils envisagés par le législateur de l'Union ne le garantissait de manière satisfaisante<sup>3</sup>. Ce n'est que cinq ans plus tard, après de nombreux débats, que le règlement *e-evidence* a finalement été adopté<sup>4</sup>.

**3. Le choix significatif de l'instrument : le règlement.** – Le texte, fondé sur la méthode de la reconnaissance mutuelle en matière procédurale<sup>5</sup>, repose sur un règlement. Ce choix audacieux était justifié dans l'exposé des motifs de la proposition initiale : 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 »<sup>6</sup>. Pour autant, il est évident que le législateur français devra le réceptionner en intégrant des dispositions décrivant cette nouvelle mesure transfrontière, d'ici le 18 août 2026, au sein du code de procédure pénale, à l'image des articles propres au parquet européen<sup>7</sup>.

**4. Le maintien relatif de l'hétérogénéité des droits nationaux.** - Concrètement, les instruments de reconnaissance mutuelle viennent se superposer aux droits nationaux sans pour autant les modifier, contrairement à la méthode du rapprochement<sup>8</sup>. Or, à la lecture du règlement *e-evidence*, les nombreuses disparités nationales, en matière de récolte et de conservation des preuves électroniques transfrontières, apparaissent gommées à l'aune de

---

<sup>3</sup> H. CHRISTODOULOU, L. GAURIER et A. MORNET, « La proposition « e-evidence » : révélatrice des limites de l'émergence d'une procédure pénale européenne ou compromis nécessaire ? », *Revue European Papers*, juin 2021, p. 423 et s. ; V. FRANSSE, A. BERRENDORF et M. CORHAY, « La collecte transfrontière de preuves numériques en matière pénale. Enjeux et perspectives européennes », *Revue Justice actualités*, éd. Intranet École nationale de la magistrature (ENM), n° 21, juin 2019, p. 32 et s..

<sup>4</sup> Règlement (UE) 2023/1543 du Parlement européen et du Conseil relatif aux injonctions européennes de production et aux injonctions européennes de conservation concernant les preuves électroniques dans le cadre des procédures pénales et aux fins de l'exécution de peines privatives de liberté prononcées à l'issue d'une procédure pénale, 12 juillet 2023 ; M. GIACOMETTI, « La récolte de preuves électroniques : un règlement européen pour une efficacité accrue », *Droit pénal*, n° 4, avr. 2023, p. 12 et s.

<sup>5</sup> Art. 82 §1 TFUE

<sup>6</sup> § 2 de la proposition initiale

<sup>7</sup> Art. 696-108 à 696-137 CPP

<sup>8</sup> En matière procédurale : 82 § 2 TFUE

son caractère à la fois précis et contraignant, laissant se dessiner les prémices d'un acte d'investigation de l'Union européenne<sup>9</sup>.

**5. Le contenu du règlement dans les grandes lignes.** - Tant les notions, comme les deux types d'injonctions, les différentes données, l'autorité d'émission ou encore le fournisseur de services, que les conditions, tenant aux délais ou encore au formalisme de l'injonction, y sont clairement déterminés, offrant peu de marges de manœuvre aux États membres. Concrètement, l'instrument tend vers une extraterritorialité des prérogatives de l'État membre d'émission lequel peut contraindre un fournisseur proposant des services dans l'Union, et établi dans un autre État membre, ou en dehors, de produire ou de conserver des preuves électroniques, quelle que soit la localisation des données<sup>10</sup>. Toutefois, dans certaines hypothèses résiduelles, la procédure est à nouveau confiée à l'autorité nationale chargée de la mise en œuvre de la mesure<sup>11</sup> et les droits des États peuvent être sollicités en complément. Afin de faciliter la procédure, un certificat standardisé contenant différentes rubriques à compléter est créé<sup>12</sup> et pour permettre des échanges d'informations transfrontières sécurisés et fiables, l'instauration d'un système informatique décentralisé demeure détaillée au sein du règlement<sup>13</sup>.

**6. L'adoption concomitante d'une directive.** - Concomitamment, le législateur de l'Union a adopté une directive d'harmonisation de la désignation des « établissements » des fournisseurs de services, établis dans l'Union, ou des « représentants légaux », s'ils se situent en dehors, à l'image des GAFAM<sup>14</sup>, afin de dépasser, une nouvelle fois, l'hétérogénéité des droits nationaux<sup>15</sup> lors de l'exécution de la mesure.

---

<sup>9</sup> V. à ce sujet : H. CHRISTODOULOU, L. GAURIER et A. MORNET, « La proposition e-evidence : révélatrice des limites de l'émergence d'une procédure pénale européenne ou compromis nécessaire ? », *op. cit.*,

<sup>10</sup> Art. 1 du règlement

<sup>11</sup> Art. 10 § 5 et s. du règlement

<sup>12</sup> Certificat d'injonction européenne de production (EPOC) et certificat d'injonction européenne de conservation (EPOC-PR)

<sup>13</sup> Art. 3 § 21 et art. 19 à 26 du règlement

<sup>14</sup> Acronymes pour Google, Apple, Facebook, Amazon, et Microsoft

<sup>15</sup> Directive (UE) 2023/1544 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant la désignation d'établissements désignés et de représentants légaux aux fins de l'obtention de preuves électroniques dans le cadre des procédures pénales, 12 juillet 2023

- 7. Le dépassement de la reconnaissance mutuelle.** - Ainsi, pour certains « l'instrument se trouve à mi-chemin entre la reconnaissance mutuelle et l'acte d'investigation »<sup>16</sup>. Même s'il s'appuie sur la première méthode, il y déroge en écartant l'exigence d'échanges entre autorités judiciaires nationales, pour permettre d'émettre directement la requête auprès du fournisseur de services disposant de la donnée requise, quelle que soit sa localisation.
- 8. Annonce du plan.** - Dès lors, à la lecture du règlement, il existe des signes laissant transparaître le dépassement des principes fondant la reconnaissance mutuelle (1) et même si des exigences nationales apparaissent maintenues, elles demeurent relatives (2), laissant émerger, en toile de fond, les prémices d'un acte d'investigation de l'Union européenne.

### **1. Le dépassement de la reconnaissance mutuelle**

Chronologiquement : l'injonction est d'abord émise par une autorité judiciaire d'un État membre (A), laquelle demeure ensuite réceptionnée directement par le fournisseur de services (B) qui devra conserver ou produire certaines données.

A : L'émission de la demande par une autorité judiciaire

- 9. L'autorité judiciaire déterminée en fonction de la donnée concernée.** - Chacune des injonctions doit être « émise ou validée par une autorité judiciaire d'un État membre »<sup>17</sup>. Pour autant, sa composition varie au gré des États : certains excluent le ministère public du corps judiciaire alors que d'autres, au contraire, l'y incluent<sup>18</sup>. Parallèlement, l'Union européenne n'a pas constitutionnalisé la notion d'autorité judiciaire au sein du traité de Lisbonne. Or ce mutisme s'avère, désormais, remis en cause. Si au départ, les instruments de reconnaissance mutuelle, dont l'autorité judiciaire représente le rouage, ne définissaient pas la notion, les nouveaux textes s'avèrent plus précis pour transcender les disparités nationales et ainsi unifier l'application du droit de l'Union européenne<sup>19</sup>. La voie de la

---

<sup>16</sup> L. GAURIER, *La compétence de rapprochement de l'Union européenne : contribution à l'étude de l'harmonisation des procédures pénales*, Thèse soutenue à Toulouse, 12 avril 2023, § 607

<sup>17</sup> Art. 3 § 1 et §2 du règlement

<sup>18</sup> V. sur ce point : H. CHRISTODOULOU, *Le parquet européen : prémices d'une autorité judiciaire de l'Union européenne*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 201, 2021, § 31 et s.

<sup>19</sup> H. CHRISTODOULOU, « le rôle de l'autorité de poursuite suspendu aux juges de l'UE », *Revue de l'UE*, n° 659, juin 2022, p. 353 et s.

clarté semble donc empruntée par le règlement *e-evidence* lequel détermine expressément l'autorité judiciaire nationale compétente pour émettre l'injonction. Son sens apparaît variable en fonction de l'objet de l'injonction et de la donnée concernée. Le droit dérivé vise quatre catégories de données qu'il prend la peine de définir. Il y a celles relatives : « aux abonnés »<sup>20</sup>, « au trafic »<sup>21</sup>, « au contenu »<sup>22</sup> et « demandées à la seule fin d'identifier l'utilisateur »<sup>23</sup>. La terminologie employée s'écarte, partiellement, de celle issue de la proposition initiale, mais les mêmes données semblent en réalité concernées<sup>24</sup>. Qu'en est-il alors de l'autorité d'émission ou de validation de l'injonction de production et de conservation de ces données ? D'une part, les injonctions de production visant à obtenir des données propres aux abonnés ou dans l'unique but d'identifier l'utilisateur<sup>25</sup> et les injonctions de conservation concernant les données de toute catégorie<sup>26</sup> peuvent être émises ou contrôlées en amont par « un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur compétents dans l'affaire concernée »<sup>27</sup>, à moins d'une urgence justifiant un contrôle *a posteriori* dans un délai de quarante-huit heures<sup>28</sup>. D'autre part, les injonctions de production visant à obtenir les seules données relatives au trafic ou au contenu<sup>29</sup>, considérées comme plus sensibles, ne peuvent être émises que par une autorité juridictionnelle à savoir, « un juge, une juridiction ou un juge d'instruction compétents dans l'affaire concernée », excluant alors les Parquets nationaux, sans dérogation possible.

**10. La conformité du règlement à la jurisprudence de la Cour de justice et les influences sur le droit national.** - Ce choix doit être mis en perspective avec la jurisprudence de la Cour de justice relative aux réquisitions des données de connexion, autrement appelées données de trafic, lesquelles constituent des métadonnées. Dans le cadre d'une procédure purement interne, elle a considéré que le ministère public estonien, au regard de son manque d'impartialité objective, n'était pas en mesure d'autoriser l'accès d'une autorité

---

<sup>20</sup> Art. 3 § 9 du règlement

<sup>21</sup> Art. 3 § 11 du règlement

<sup>22</sup> Art. 3 § 12 du règlement

<sup>23</sup> Art. 3 § 10 du règlement

<sup>24</sup> Étaient déjà mentionnées les données relatives aux abonnés et au contenu, outre les données de transactions, s'intitulant au sein du règlement les données de trafic, et celles relatives à l'accès lesquelles apparaissent avoir été aspirées par ces mêmes données (proposition initiale art. 2 § 7 à 10)

<sup>25</sup> Art. 4 § 1 du règlement

<sup>26</sup> Art. 4 § 3 du règlement

<sup>27</sup> Art. 4 § 1 du règlement

<sup>28</sup> Art. 4 § 5 du règlement. Pour une définition de l'urgence : V. art. 3 § 18 du règlement

<sup>29</sup> Art. 4 § 2 du règlement

publique à ces données<sup>30</sup>. Elle impose aux États que cet accès soit contrôlé par une autorité administrative indépendante ou une juridiction. Les juges luxembourgeois ont d'ailleurs réitéré leur solution en affirmant que le parquet bulgare ne pouvait pas obtenir ces mêmes données par le biais de la décision d'enquête européenne<sup>31</sup>. À ce titre, le règlement *e-evidence* respecte bien ces exigences jurisprudentielles, en prévoyant l'intervention d'une autorité juridictionnelle concernant l'injonction de production des données de trafic et de contenu, mais le droit national continue de les ignorer, dans le cadre des enquêtes de droit commun<sup>32</sup>, concernant les réquisitions des données de connexion ou encore lors de la mise en œuvre d'une mesure de géolocalisation<sup>33</sup>. Dès lors, l'application de l'instrument à partir du 18 août 2026 devrait contraindre, en amont, le législateur français à entreprendre la réforme qu'il ne cesse de repousser<sup>34</sup>, en dépit de la jurisprudence de la Cour de justice confirmée par la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>35</sup>. En effet, il serait étonnant qu'il prévienne l'intervention d'un juge pour la mise en œuvre d'un acte d'enquête européen et qu'il ne le fasse pas concernant le même acte à l'échelle purement nationale. Sous l'influence du droit de l'Union, le juge des libertés et de la détention devrait donc intervenir durant l'enquête pour autoriser la réalisation de ces mesures<sup>36</sup>. Néanmoins, la véritable révolution organique du règlement repose sur l'autorité d'exécution de la mesure : le fournisseur de services.

## B : Le fournisseur de services exécutant directement la demande

---

<sup>30</sup> CJUE, gr. ch., 2 mars 2021, aff. C-746/18, *H. K. c/ Prokuratuur*, AJDA 2021. 1086, chron. P. Bonneville, C. Gänser et A. Iljic ; D. 2021. 470 ; *ibid.* 1564, obs. J.-B. Perrier ; AJ pénal 2021. 267, obs. S. Lavric ; Dalloz IP/IT 2021. 468, obs. B. Bertrand ; Dr. pénal 6 juin 2021, comm. M. Lassalle ; Europe 2021. Comm. 146, obs. D. Simon.

<sup>31</sup> CJUE, 4<sup>e</sup> ch., 16 déc. 2021, aff. C-724/19, *Spetsializirana prokuratura c/H. P.*, D. 2022. 13 ; Europe févr. 2022, no 2, comm. 45, note L. Idot.

<sup>32</sup> Durant l'information judiciaire, le droit français apparaît déjà conforme en exigeant l'intervention du juge d'instruction concernant les réquisitions (art. 99-4 CPP) et la géolocalisation (art. 230-33, 2<sup>o</sup> CPP).

<sup>33</sup> Concernant l'organe de mise en œuvre ou de contrôle des réquisitions des données de connexion : art. 60-1 dans le cadre de la flagrance ; art. 77-1-1 dans le cadre de l'enquête préliminaire ; concernant la géolocalisation : art. 230-33, 1<sup>o</sup> CPP.

<sup>34</sup> Le Conseil constitutionnel a conforté le législateur national en validant l'intervention du ministère public pour la mise en œuvre des réquisitions durant l'enquête préliminaire (Cons. const., 3 déc. 2021, n<sup>o</sup> 2021-952 QPC ; D. 2021. 2182, et les obs. ; Légipresse 2022. 253, obs. N. Mallet-Poujol ; Lexbase pénal, 23 déc. 2021, n<sup>o</sup> 44, note M. Audibert ; Procédures, 4 avr. 2022, n<sup>o</sup> 4, note J. Buisson ; JCP 2022. 133, obs. P. Collet) et de flagrance (Cons. const., 20 mai 2022, n<sup>o</sup> 2022-993 QPC) et pour la mise en œuvre de la géolocalisation (Cons. const., 23 sept. 2021, n<sup>o</sup> 2021-930 QPC, AJ pénal 2021. 543, obs. G. Roussel ; Dalloz IP/IT 2022. 51, obs. E. Daoud et L. Coudon-Morini ; RSC 2021. 887, obs. A. Botton).

<sup>35</sup> Crim 12 juill. 2022, n<sup>o</sup> 21-83.710, 21-83.820, 21-84.096 et 20-86.652, D. actu. 5 sept. 2022, obs. Nicaud, AJ pénal 2022, obs. M. Bendavid, C. Quendolo ; Légipresse 2022, p. 253, obs. N. Mallet-Poujol ; Dr. Pén 2022, étude n<sup>o</sup> 20, A. Gogorza ; Dr. Pen 2022, étude n<sup>o</sup> 9, J. Bossan, Procédure 2022, étude n<sup>o</sup> 10, A.-S Chavent-Leclère, JCP G, oct. 2022, n<sup>o</sup> 40, O. Cahn

<sup>36</sup> V. sur cette proposition, A. MORNET, « Vers un droit commun de la preuve numérique ? », Lexbase pénal, n<sup>o</sup> 57, fevr. 2023

**11. L'identification du destinataire.** – La reconnaissance mutuelle implique l'exécution par un État membre d'une décision judiciaire prise par l'État d'émission. Cette méthode repose donc sur l'intervention de deux autorités judiciaires compétentes. Pour autant, en matière de preuves électroniques, comment identifier l'État d'exécution de la mesure ? Trois hypothèses, au moins, se dessinent. L'État en question peut être celui sur lequel se situe l'infrastructure permettant la fourniture du service ou celui où se trouvent le ou les serveurs stockant les données ou encore de celui où est établi le fournisseur de services. Pour remédier à cette difficulté, le règlement pose une nouvelle règle allant jusqu'à transformer la conception classique de la reconnaissance mutuelle, en évinçant l'intervention de l'autorité judiciaire de l'État d'exécution. Dès lors, devra directement être saisie une entreprise privée, à savoir le fournisseur proposant des services dans l'Union<sup>37</sup>. Le règlement entend largement ce lien de rattachement afin de lui permettre une pleine application. Le fournisseur propose ses services sur le territoire d'un État membre, dès lors que deux conditions sont cumulativement remplies : quand il permet à des personnes physiques ou morales d'utiliser ses services et qu'il y a, avec cet État, « un lien substantiel »<sup>38</sup>. Ce dernier est réputé exister quand le fournisseur de services dispose d'un établissement dans ledit État membre ou, en l'absence d'un tel établissement, lorsqu'un nombre significatif d'utilisateurs ou un ciblage d'activité<sup>39</sup> sont caractérisés sur ledit territoire<sup>40</sup>.

**12. L'harmonisation de la désignation du destinataire.** Plus loin, le règlement s'avère plus précis en affirmant que les injonctions européennes de production et de conservation « sont adressées directement à un établissement désigné ou à un représentant légal du fournisseur de services concerné »<sup>41</sup> et face à une urgence, s'il ne réagit pas, « à tout autre établissement ou représentant légal du fournisseur de services dans l'Union »<sup>42</sup>. Alors que l'établissement fait référence à une entité dotée de la personnalité juridique établie dans un État membre participant à l'instrument<sup>43</sup>, le représentant légal est, quant à lui, une

---

<sup>37</sup> Le règlement définit cette expression : art. 3 § 3 et §4.

<sup>38</sup> Art. 2 § 2 et 3 de la directive et art. 3 § 4 du règlement

<sup>39</sup> V. sur ce point le § 11 de la directive

<sup>40</sup> Art. 2 § 2 et 3 de la directive et art. 3 § 4 du règlement

<sup>41</sup> Art. 7 § 1 du règlement

<sup>42</sup> Art. 7 § 2 du règlement

<sup>43</sup> Art. 3 § 6 du règlement ; Tous les États membres, même l'Irlande (§ 100) y participent sauf le Danemark (§101).

personne physique ou morale, en dehors de cet État<sup>44</sup>, mais y proposant ses services. Le législateur de l'Union est allé plus loin en adoptant une directive « établissant des règles harmonisées concernant la désignation d'établissements désignés et de représentants légaux aux fins de l'obtention de preuves électroniques dans le cadre des procédures pénales »<sup>45</sup>. Ainsi, l'autorité judiciaire de l'État d'émission se comporte comme si elle agissait sur son propre territoire en contactant directement un fournisseur de services. Hormis le fait que le support de la demande soit standardisé, elle met en œuvre une réquisition comme si elle le faisait directement dans son État. S'il ne s'exécute pas, le destinataire sera d'ailleurs sanctionné. À ce titre, le droit dérivé exige, en reprenant la formule classique dégagée par la Cour de justice<sup>46</sup>, des sanctions pécuniaires « effectives, proportionnées et dissuasives ». Pour autant, il va plus loin que la proposition initiale en prévoyant qu'elles puissent aller « jusqu'à 2 % du chiffre d'affaires annuel mondial total du fournisseur de services pour l'exercice précédent »<sup>47</sup>. En somme, la reconnaissance mutuelle se trouve dépassée au regard du contenu du règlement lequel se détache des prévisions des États membres en posant des conditions précises et contraignantes. Pour autant, des liens persistent avec les exigences nationales.

## **2. Le maintien relatif des exigences nationales**

Le droit dérivé ne peut constituer que les prémices d'un acte d'investigation de l'Union européenne, face : d'une part, à la présence relative de l'autorité nationale chargée de la mise en œuvre de l'injonction (A) et d'autre part, au maintien en filigrane du droit des États membres (B).

A : La présence relative de l'autorité nationale chargée de la mise en œuvre de l'injonction

### **13. La notification à l'autorité nationale chargée de la mise en œuvre de l'injonction. –**

Si le règlement adopté présente d'importantes similitudes avec la proposition initiale, il existe, néanmoins, une nouvelle prévision ayant fait l'objet de vifs débats. En effet, lors des discussions en trilogue entre les institutions de l'Union un point de divergence

---

<sup>44</sup> Art. 3 § 7 du règlement

<sup>45</sup> Directive (UE) 2023/1544

<sup>46</sup> CJCE, 21 sept. 1989, *Commission c. République hellénique* (arrêt di du maïs grec), aff. 68/88

<sup>47</sup> Art. 15 § 1 du règlement

fondamental résidait dans l'éventuelle nécessité pour l'autorité judiciaire d'émission de notifier celle-ci, outre au fournisseur de services, à l'autorité nationale chargée de sa mise en œuvre<sup>48</sup>. Alors que la Commission l'avait initialement évincée, les discussions au sein du Conseil<sup>49</sup> ont mis en exergue des choix antinomiques : une notification limitée, favorisée par les États membres et une généralisation de l'information, préférée par les députés européens<sup>50</sup>. En définitive, le règlement adopté retient la proposition plutôt restrictive du Conseil, en prévoyant de notifier l'autorité nationale chargée de la mise en œuvre de l'injonction lorsqu'elle a pour objet la production des seules données relatives au trafic et au contenu<sup>51</sup>. En suivant, il atténue cette nécessité, en excluant la notification lorsque deux hypothèses cumulatives sont réunies : d'une part, l'infraction est ou devrait être commise dans l'État d'émission ; d'autre part, la personne dont les données sont demandées y réside<sup>52</sup>. L'objectif de cette notification, laquelle a un effet suspensif sur les obligations du destinataire<sup>53</sup>, est de permettre à l'autorité nationale chargée de la mise en œuvre d'invoquer, dans un délai de dix jours, ou dans les quatre-vingt-seize heures en cas d'urgence<sup>54</sup>, suivant la réception de l'injonction<sup>55</sup>, un, ou plusieurs, motif de refus fondé, par exemple, sur le risque de violation des droits fondamentaux<sup>56</sup>. Au regard de ce souhait, la reconnaissance mutuelle classique reprend toute sa place, mais détourne en partie l'objectif du texte<sup>57</sup>. Il est possible de relativiser cette affirmation puisque la notification demeure finalement exigée dans peu d'hypothèses. Cette prévision constitue en réalité le fruit d'un compromis permettant de maintenir l'équilibre entre l'efficacité de la mesure et le respect des droits fondamentaux des personnes concernées par la collecte et l'utilisation de données. En droit national une question se pose : qui sera l'autorité concernée ? En fonction du cadre d'investigation, le contrôle de la mise en œuvre des réquisitions pour accéder aux données de connexion relève pour le moment du procureur de la République

---

<sup>48</sup> Art. 3 § 17 du règlement

<sup>49</sup> Conseil de l'UE, Regulation of the European Parliament and of the Council on European production and preservation orders for electronic evidence in criminal matters - general, approach, art. 7 a, 11 juin 2019, 10206/19.

<sup>50</sup> Parlement européen, Injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale, amendements n° 268-582 et n° 583-841, 11 déc. 2019, 2018/0108 (COD), 11 dec. 2019, p. 176 et s.

<sup>51</sup> Art. 8 § 1 du règlement

<sup>52</sup> Art. 6 § 2 a) et b) du règlement

<sup>53</sup> Art. 8 § 4 du règlement

<sup>54</sup> Art. 10 § 4 du règlement

<sup>55</sup> Art. 10 § 2 du règlement

<sup>56</sup> Art. 8 § 3 du règlement

<sup>57</sup> D. FLORE, *Droit pénal européen - Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruylant, 3<sup>ème</sup> éd., 2022, p. 766 et 767.

ou de l'officier de police judiciaire, en flagrance<sup>58</sup>, du ministère public seul, lors d'une enquête préliminaire<sup>59</sup> ou du juge d'instruction si une information judiciaire est ouverte<sup>60</sup>. Afin de se conformer au droit de l'Union européenne, l'autorité compétente devrait être probablement le juge des libertés et de la détention, et non une autorité de poursuite.

#### **14. L'intervention de l'autorité nationale chargée de la mise en œuvre de l'injonction. –**

Même si la proposition *e-evidence* demeure particulièrement contraignante pour les États, par rapport aux autres instruments fondés sur le principe de la reconnaissance mutuelle, la circulation de la preuve numérique suppose dans deux hypothèses résiduelles l'intervention de l'autorité nationale. D'une part, lorsque le destinataire de principe ne respecte pas les délais impartis par l'injonction de production et de conservation<sup>61</sup>. À ce titre, le règlement apparaît révolutionnaire en fixant des délais courts, ne laissant aucune marge aux droits nationaux. Concernant les délais de production des données, le fournisseur de services dispose de dix jours maximum, ou de quatre jours en cas d'urgence<sup>62</sup>, pour y répondre, contre cent-vingt jours pour la décision d'enquête européenne ou dix mois pour une procédure d'entraide judiciaire<sup>63</sup>. Il s'agit de délais stricts imposés par le règlement que les législateurs nationaux devront réceptionner, sans les modifier. Le délai d'exécution d'une injonction de conservation demeure encore plus limité en ce que le droit dérivé impose que les données soient conservées sans « retard injustifié » dès la réception de l'injonction pour une durée de soixante jours maximum, pouvant être prolongées de trente jours à la demande de l'autorité d'émission<sup>64</sup>. D'autre part, l'autorité nationale peut s'immiscer, dans la réalisation de l'injonction, lorsqu'elle invoque des motifs de refus<sup>65</sup>. À ce titre, en comparaison avec la proposition initiale, plusieurs différences peuvent être dénombrées : les motifs visés ne sont pas toujours analogues et l'autorité nationale est seule à pouvoir les invoquer de manière très restrictive, exclusivement en matière d'injonction de production des données de trafic et de contenu et non dans les autres hypothèses<sup>66</sup>. Quatre motifs sont visés, lesquels peuvent

---

<sup>58</sup> Art. 60-1 CPP

<sup>59</sup> Art. 77-1-1 CPP

<sup>60</sup> Art. 99- 4 CPP

<sup>61</sup> Art. 16 du règlement

<sup>62</sup> Art. 10 § 2 et § 4 du règlement

<sup>63</sup> M. QUEMENER et F. DALLE, « L'accès à la preuve numérique, enjeu majeur de toute enquête pénale : pratique et perspectives », Dalloz IP/IT, 2018, p. 418 et s.

<sup>64</sup> Art. 10 § 1 du règlement

<sup>65</sup> Art. 8 § 3 ; Art. 8 § 5 du règlement

<sup>66</sup> Art. 14 § 4 et § 5 de la proposition initiale

être soulevés cumulativement, après consultation de l'autorité d'émission<sup>67</sup>, lorsque : « les données demandées sont protégées par des immunités ou des privilèges accordés en vertu du droit de l'État chargé de la mise en œuvre » ou « sont couvertes par des règles relatives à la détermination ou à la limitation de la responsabilité pénale liées à la liberté de la presse ou à la liberté d'expression dans d'autres médias » ; qu'il existe à titre exceptionnel « des motifs sérieux de croire, sur la base d'éléments précis et objectifs, que l'exécution de l'injonction entraînerait, dans les circonstances particulières de l'espèce, une violation manifeste d'un droit fondamental pertinent énoncé à l'article 6 du traité sur l'Union européenne et dans la Charte » ; « l'exécution de l'injonction serait contraire au principe *ne bis in idem* » ou encore si la condition liée à la réciprocité d'incrimination n'est pas remplie. Ces motifs peuvent être invoqués partiellement<sup>68</sup> ou totalement auquel cas « le destinataire met fin à l'exécution de l'injonction européenne de production et ne transfère pas les données »<sup>69</sup>. Or le contrôle préalable de l'autorité judiciaire d'émission n'était-il pas suffisant ? En effet, un premier contrôle est déjà effectué par un juge, indépendant et impartial, de l'État membre d'émission, alors pourquoi en exiger un second ? Même si cette possibilité laissée à l'autorité nationale chargée de la mise en œuvre de l'injonction a pour objet de renforcer les droits fondamentaux, elle témoigne d'une certaine défiance mutuelle, allant à rebours de l'objectif du règlement et réduisant corrélativement son efficacité. Quoi qu'il en soit, son rôle n'apparaît pas omniprésent. Parallèlement, des renvois aux droits nationaux sont opérés en filigrane au sein du règlement justifiant le titre de l'étude : il ne s'agit pas d'un acte d'investigation de l'Union européenne, mais seulement de ses prémices.

B : Le maintien en filigrane du droit national

**15. Le complément apporté par le national.** – À la lecture du texte, même s'il demeure très européen, des allusions aux droits des États membres apparaissent, lesquelles devraient créer des disparités quant à la mise en œuvre de l'instrument. À titre d'illustration, l'émission des injonctions de production, contrairement aux injonctions de conservation<sup>70</sup>, est tributaire à certains égards des droits nationaux. Ainsi, elle doit être nécessaire et

---

<sup>67</sup> Art. 12 § 3 du règlement

<sup>68</sup> Art. 12 § 4 du règlement

<sup>69</sup> Art. 12 § 2 du règlement

<sup>70</sup> Art. 6 du règlement

proportionnée aux fins de la procédure « compte tenu des droits du suspect ou de la personne poursuivie, et ne peut être émise que si une injonction similaire avait pu être émise dans les mêmes conditions dans le cadre d'une procédure nationale similaire »<sup>71</sup>. De surcroît, concernant l'injonction de production visant à obtenir les seules données relatives au trafic et au contenu, des conditions supplémentaires sont exigées comme la réciprocité d'incrimination ou encore le quantum de la peine encourue qui doit s'élever à au moins trois ans d'emprisonnement<sup>72</sup>, hormis en matière de terrorisme<sup>73</sup> et concernant certaines infractions relevant de la cybercriminalité<sup>74</sup>. Néanmoins, l'harmonisation relative des incriminations et des peines dans l'Union pourrait paralyser la mise en œuvre de l'instrument. En outre, certains privilèges et immunités peuvent être maintenus<sup>75</sup>. Or, ce motif de refus apparaît intimement lié à la souveraineté des États. De plus, l'autorité d'émission doit informer « sans retard injustifié » la personne dont la production des données est demandée, mais en suivant le texte prévoit la possibilité d'y déroger « conformément au droit national de l'État d'émission »<sup>76</sup>. Enfin, « sans préjudice d'autres recours légaux disponibles conformément au droit national, toute personne dont les données ont été demandées au moyen d'une injonction européenne de production a droit à des recours effectifs contre cette juridiction »<sup>77</sup>, au regard du droit de l'Union<sup>78</sup>. Pour autant, les règles entourant l'admissibilité des preuves obtenues de manière illégale sont particulièrement hétérogènes au sein des États membres<sup>79</sup>. Pour y remédier, l'Union pourrait aller plus loin en ce qu'elle apparaît compétente pour rapprocher, par le biais des directives, les normes nationales en matière d' « admissibilité mutuelle des preuves » sur le fondement de l'article 82 § 2 TFUE.

**16. Propos conclusifs.** En somme, le règlement *e-evidence*, accompagné de sa directive, semble être une nouvelle étape dans la construction de l'Europe pénale en ce qu'il témoigne des prémices de l'avènement d'un acte d'investigation propre à l'Union dans le cadre de procédures transfrontières. Pour autant, le législateur, dans certaines, hypothèses,

---

<sup>71</sup> Art. 5 § 2 du règlement

<sup>72</sup> Art. 5 § 4 a) du règlement

<sup>73</sup> Art. 5 § 4 c) du règlement

<sup>74</sup> Art. 5 § 4 b) du règlement

<sup>75</sup> Art. 12 § 1 a) du règlement

<sup>76</sup> Art. 13 § 2 du règlement

<sup>77</sup> Art. 18 du règlement

<sup>78</sup> Au regard du règlement (UE) 2016/679 et de la directive (UE) 2016/680

<sup>79</sup> J PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd, 2016, p. 334 et 340

essentiellement concernant l'injonction de production des données de trafic et de contenu, demeurant plus sensibles, recule par rapport à son ambition, en faisant réapparaître l'autorité nationale de mise en œuvre et en écartant, corrélativement, le fournisseur de services. Il redonne ainsi à la reconnaissance mutuelle l'ensemble de ces lettres de noblesse. Au-delà du regard purement européeniste et du nouveau pas franchi, l'avènement du règlement devrait influencer le droit national et contraindre le législateur français à entreprendre la réforme qu'il tente de contourner depuis les arrêts rendus par la Cour de justice. Dès lors, il est urgent d'exiger que seul un juge puisse mettre en œuvre ou contrôler les réquisitions des données de connexion et les géolocalisations, mais aussi l'accès aux données de contenu à l'image des perquisitions informatiques ou encore des captations et fixations d'images dans les lieux publics au moyen de dispositifs aéroportés.

**L'essentiel à retenir :**

- Un nouvel instrument procédural fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle, reposant sur un règlement, vient d'être adopté par le législateur de l'Union européenne.
- Le texte prévoit la possibilité pour une autorité judiciaire nationale d'enjoindre directement à un fournisseur de services, situé dans un autre État membre, de conserver ou de produire des données, dans des délais particulièrement courts - pour la production 10 jours ou 96h en cas d'urgence et pour la conservation « sans retard injustifié » - afin de faciliter la collecte et l'utilisation transfrontière des preuves numériques.
- La directive qui l'accompagne harmonise la désignation par les États membres du fournisseur de services. Il devra désigner : s'il est situé dans un État membre, l'établissement compétent ; s'il est établi en dehors, un représentant légal.
- L'autorité nationale de mise en œuvre de la mesure peut néanmoins réapparaître dans des hypothèses résiduelles : d'une part, elle doit être notifiée pour la seule injonction de production des données de trafic et de contenu pour avancer éventuellement un ou plusieurs motifs de refus ; d'autre part, elle doit pallier la défaillance du destinataire qui n'exécuterait pas la demande dans les délais.
- La réception du règlement en droit national, lequel sera applicable à partir du 18 août 2026, devrait contraindre le législateur français à légiférer en exigeant que seul un juge puisse mettre en œuvre ou contrôler certaines mesures d'investigation.