



Faculté de droit et de science politique
Ecole doctorale « Sciences juridiques et politiques »
ED 67
Laboratoire de droit privé et sciences criminelles

Marie-Eve Morin

Le système pénal de l'Union européenne

Thèse présentée publiquement le 28 novembre 2017 pour obtenir le grade de
Docteur en droit privé et sciences criminelles

Membres du jury

Yves BOT <i>Avocat général à la CJUE</i>	Président du jury
Jocelyne LEBLOIS-HAPPE <i>Professeur à l'Université de Strasbourg</i>	Rapporteur
Etienne VERGES <i>Professeur à l'Université Grenoble-Alpes</i>	Rapporteur
Valérie MICHEL <i>Professeur à Aix-Marseille Université</i>	Suffragant
Philippe BONFILS <i>Professeur à Aix-Marseille Université, Doyen honoraire de la faculté de droit et de science politique</i>	Directeur de thèse

L'Université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises par cette thèse.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

J'adresse mes plus sincères remerciements et toute ma gratitude à mon directeur de thèse, Philippe BONFILS pour ses conseils, ses encouragements, son implication et la disponibilité dont il a fait preuve pendant ces années de doctorat, et sans qui ce travail n'aurait pas pu aboutir.

Je remercie très chaleureusement ma famille, mes amis et tous celles et ceux qui ont participé ou contribué, d'une manière ou d'une autre, à ce que cette thèse voit le jour.

Je remercie tout particulièrement Paul-Loup pour son aide, sa patience, sa compréhension et son précieux soutien quotidien.

À Hubert Millet
1946 – 2017

Le système pénal de l'Union européenne

PARTIE 1 : L'identification du système pénal de l'Union européenne : la délimitation du champ pénal de l'Union européenne

Titre 1 : La délimitation verticale du champ pénal de l'Union européenne

Chapitre 1 : L'exclusion de la dimension extra-communautaire

Chapitre 2 : L'emprunt de l'ordre juridique national

Titre 2 : La délimitation horizontale du champ pénal de l'Union européenne

Chapitre 1 : L'épreuve du « noyau dur » de la « matière pénale »

Chapitre 2 : Le droit de l'Union à l'épreuve du « noyau dur du droit pénal »

PARTIE 2 : La systématisation du champ pénal de l'Union européenne : l'identification du modèle pénal de l'Union européenne

Titre 1 : Les principes fondamentaux du système pénal de l'Union européenne

Chapitre 1 : Les principes fondamentaux de fond

Chapitre 2 : Les principes fondamentaux de procédure

TITRE 2 : Les branches du système pénal de l'Union européenne

Chapitre 1 : Le droit de la justice pénale dans l'Union européenne

Chapitre 2 : Le droit pénal de l'Union européenne

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ Pénal	Actualité juridique pénal
al.	Alinéa
Anc.	Ancien
Arch. Pol. Crim.	Archives de politique criminelle
Art.	Article
Av. gén.	Avocat général
BCE	Banque centrale européenne
C	Communication et information
c/	Contre
C. pén.	Code pénal
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE	Communauté économique européenne
Cf.	Confer, voir
Chron.	Chronique
CIJ	Cour international de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
Contra	Contre, dans le sens contraire
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPI	Cour pénale internationale
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Déc.	Décembre
Dév. et soc.	Déviance et société
Dir.	Sous la direction de
Doctr.	Doctrine
Dr. Pén.	Droit pénal
ELSJ	Espace de liberté, de sécurité et de justice
Fasc.	Fascicule
Fév.	Février
e. a.	Et autres
Éd.	Édition
Et s.	Et suivant(e)s
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Gde ch.	Grande chambre
GRD	Groupement de recherche
Ibid.	Ibidem, au même endroit
Idem	La même chose
Infra	Ci-dessous

JAI	Justice et affaires intérieures
Janv.	Janvier
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP G	La semaine juridique, édition Générale
Juill.	Juillet
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L	Législation
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
N°	Numéro
Not.	Notamment
Nov.	Novembre
Obs.	Observation
Oct.	Octobre
ONU	Organisation des Nations-Unies
Op. cit.	Opus citatum, ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
P.-B.	Pays-Bas
PESC	Politique extérieure de sécurité commune
PGD	Principe(s) général(ux) du droit
PIF	Protection des intérêts financiers
PNR	Passenger name record (données des dossiers des passagers)
pp.	Pages
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
Préc.	Précité
PSDC	Politique de sécurité et de défense commune
Pt.	Point
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rec.	Recueil
Réed.	Réédition
Rép. pén. Dalloz	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Req.	Requête(s)
Rev. dr. pén. crim.	Revue de droit pénal et de criminologie
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RFA	République fédérale d'Allemagne
RFDA	Revue française de droit administratif
RGDIP	Revue générale de droit international public
RICPT	Revue internationale de criminologie et de police technique
RID Pén.	Revue internationale de droit pénal
RMCUE	Revue du marché commun et de l'Union européenne
RMUE	Revue du marché de l'Union européenne
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de la recherche juridique et de droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.-U.	Royaume-Uni

Sept.	Septembre
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
T. corr.	Tribunal correctionnel
TCE	Traité sur les Communautés européennes
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
TSSL	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
TUE	Traité sur l'Union européenne
UE	Union européenne
Univ.	Université
V.	Voir
Vol.	Volume
Vs	versus, contre

Modèle de citation des arrêts du Tribunal ou de la Cour de Justice de l'Union et de la Cour EDH:

Sigle de la juridiction, date, nom(s) de(s) (la) partie(s), numéro de l'affaire ou de la requête, paragraphe cité

Ex : CJCE, 15 juill. 1964, Costa c/ E.N.E.L., aff. 6/64, § 3

Modèle de citation des actes publiés au Journal officiel :

Sigle du journal officiel, sigle de la série, numéro, date

Ex : JOUE C 306 du 17 déc. 2007

INTRODUCTION

1. Prendre pour objet d'étude le système pénal de l'Union européenne peut apparaître prématuré compte tenu de ce que les traités de l'Union ne parlent pas de « droit pénal », encore moins de « système pénal ». Pourtant, dans la mesure où l'existence d'un « droit pénal de l'Union européenne » est désormais acquise, l'idée de s'y intéresser sous le prisme du concept de « système » n'est pas dénuée de pertinence, ni d'intérêts. Apporter quelques précisions sur ces deux notions, celle de droit pénal de l'Union européenne et celle de système juridique (section 1), mettra sur la voie de l'utilité d'étudier la première à la lumière de la seconde (section 2) avant d'aborder la démarche qui sera adoptée (section 3).

SECTION 1 - L'OBJET DE LA RECHERCHE : LE SYSTEME PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

2. ***Décomposition de l'objet de la recherche*** - L'objet de la présente recherche, le système pénal de l'Union européenne, combine deux notions : celle de droit pénal de l'Union européenne, d'une part (§1), et celle de système juridique, d'autre part (§2).

§1 – PRESENTATION HISTORIQUE DU DROIT PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

3. ***Approche historique*** - A s'en remettre aux traités, l'histoire du droit pénal de l'Union européenne serait celle d'un droit de la coopération pénale entre Etats membres, né du traité de Maastricht en 1992 (A). Cette conception du droit pénal de l'Union européenne omet en réalité

quelques éléments qui, pris en considération, donnent une dimension différente de l'objet d'étude (B).

A- L'HISTOIRE RETENUE DU DROIT PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

4. *Genèse du droit de la coopération pénale entre Etats membres* - Le thème de la coopération judiciaire et policière en matière pénale s'immisça dans les débats et réflexions des Etats membres des Communautés et de leurs institutions dans les années 1970. Les deux facteurs qui présidèrent à l'émergence de cette dynamique sont, malheureusement, toujours ceux d'actualité : la prise de conscience de l'internationalisation du phénomène criminel, dans sa globalité, et les craintes suscitées par divers événements terroristes. Dans ce contexte, les ministres de la justice et/ou de l'intérieur se réunirent de manière informelle afin d'échanger autour de ces thématiques. Aucune action concrète n'en résulta mais ces rencontres posèrent les jalons de la coopération qui s'institutionnalisera par la suite : réunions politiques régulières, importance de l'échange d'informations, prise de conscience de la nécessité d'instaurer un climat de confiance entre les services répressifs nationaux, davantage enclins à se considérer comme des concurrents que comme des partenaires¹.

5. *Le traité de Maastricht* - Cet acquis, que l'on peut résumer à un accord politique sur l'opportunité d'institutionnaliser une structure permettant aux Etats membres d'adopter des mesures de coopération adaptées à l'espace sans frontière intérieure, fut intégré au traité de Maastricht. Ainsi, l'article B TUE donna à l'Union l'objectif de « développer une coopération étroite dans le domaine de la justice et des affaires intérieures ». Plus précisément, les Etats membres s'étaient accordés pour considérer comme des questions d'intérêts communs « la coopération judiciaire en matière pénale » et « la coopération policière en vue de la prévention et de la lutte contre le terrorisme, le trafic illicite de drogue et d'autres formes graves de criminalité internationale, y compris, si nécessaire, certains aspects de coopération douanière, en liaison avec l'organisation à l'échelle de l'Union d'un système d'échanges d'informations au sein d'un Office européen de police (Europol) »², notamment. Cependant, afin de respecter la souveraineté

1 De LOBKOWICZ, W., précité, pp. 19-21.

2 Anc. art. K. 1, 8) et 9) TUE tel qu'issu du traité de Maastricht.

traditionnelle du droit pénal, le traité de Maastricht pensa la première génération du droit pénal de l'Union comme du droit international et non comme du droit communautaire³. En effet, justement intitulé à l'époque « coopération dans les domaines de la justice et des affaires intérieures », le volet pénal du troisième pilier relevait d'un régime juridique purement intergouvernemental : initiative législative confiée aux seuls Etats membres, vote à la l'unanimité, création d'outils juridiques spécifiques dépourvus d'effet direct (conventions, positions et actions communes).

6. *Les réalisations sous le traité de Maastricht* - Bien que les initiatives conduites à partir de 1992 furent prometteuses, les réalisations concrètes furent globalement « décevantes »⁴, à l'exception de la convention (et ses protocoles) et du règlement pour la protection des intérêts financiers (PIF)⁵, toujours en vigueur⁶, et de la création d'Europol, dont les compétences ont été régulièrement renforcées⁷. Plusieurs conventions visant à améliorer la coopération judiciaire furent élaborées mais n'entrèrent jamais en vigueur, faute de ratification suffisante⁸. Une trentaine d'actions communes furent adoptées, mais leur très faible force contraignante et leur contenu – plus de l'ordre de l'orientation générale qu'autre chose – n'en firent pas des outils d'un grand intérêt juridique⁹. Sans doute, les possibilités offertes par le traité de Maastricht souffrirent de la concurrence des Accords Schengen. Il est apparemment plus facile d'intégrer de nouvelles parties à un texte existant, de l'améliorer, que de s'accorder sur un texte inédit. Les cinq Etats membres

³ BEAUVAIS, P., L'interaction normative dans le champ pénal, l'exemple de la lutte contre le terrorisme, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p. 293.

⁴ WEYEMBERGH, A., A la recherche d'un espace judiciaire pénal européen, précité, p. 40.

⁵ Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOCE C 316 du 27.11.1995) et règlement (CE, Euratom) n°2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOCE L 312 du 23.12.1995).

⁶ Quoique pour un temps limité. La directive « PIF » remplacera la convention le 6 juill. 2019 (art. 16 de la directive 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal).

⁷ Création mentionnée par le traité de Maastricht (anc. art. K3 TUE), la convention Europol (acte du Conseil du 26 juillet 1995, JOCE C 316 du 27 nov. 1995) est entrée en vigueur le 1er oct. 1998 et Europol a commencé à exercer ses activités le 1er juill. 1999.

⁸ Notamment : la Convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition et la Convention du 27 septembre 1994 relative à l'extradition entre Etats membres, laquelle prévoyait de manière très avant-gardiste la suppression de la condition de double incrimination pour deux types d'infractions (conspiration et association de malfaiteurs).

⁹ L'action commune de 1998, relative à la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, l'une des actions communes les plus abouties, illustre bien l'extrême prudence avec lesquelles elles ont été rédigées, réduisant l'intérêt des actions communes à l'aspect politique. En effet, son article 1er, dispose : « Aux fins d'orienter les États membres dans l'application de la présente action commune, et sans préjudice des définitions plus précises pouvant exister dans la législation des États membres, on entend, dans le cadre de la présente action commune, par : (...). L'article 2 dispose : « Chaque État membre réexamine sa législation et ses pratiques pour assurer que: a) les comportements visés à la partie B du titre I soient érigés en infractions pénales; (...) - 97/154/JAI: Action commune du 24 février 1997 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants - JOUE L 63 du 4 mars 1997.

signataires en 1985 furent rejoints par plusieurs autres¹⁰ et les Accords devinrent le centre de gravité de l'entraide pénale entre Etats membres de l'Union, en marge de celle-ci. En effet, une fois l'espace Schengen effectif, les bases juridiques offertes par le traité de Maastricht à la coopération entre Etats membres apparaissent insuffisantes pour concurrencer les Accords et répondre aux besoins créés par la disparition des frontières physiques.

7. *Le traité d'Amsterdam et l'amorce du droit pénal de l'Union européenne de seconde génération* – Le traité d'Amsterdam¹¹ rationalisa la coexistence de la Communauté et de son marché intérieur, d'un côté, et de l'espace Schengen, de l'autre, en intégrant le second au droit de l'Union. En parallèle, précisant et approfondissant le sens de l'intérêt de l'Union pour le droit pénal, ce traité attribua un nouvel objectif autonome à l'Union, celui d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. La création de la décision-cadre, inspirée de la directive communautaire mais dépourvue d'effet direct, l'attribution d'un droit d'initiative législative à la Commission et l'introduction du rapprochement des législations marqua une certaine volonté – et une volonté certaine - des Etats membres de se donner de réels moyens d'approfondir leur coopération en la matière. Ils veillèrent cependant à éviter tout risque d'une communautarisation non désirée en excluant expressément que les décisions-cadres soient d'effet direct, en maintenant la règle du vote à l'unanimité et en limitant les compétences de la Cour de Justice. Le Conseil européen des 15 et 16 octobre 1999 marqua le tournant politique nécessaire au déploiement des possibilités offertes par le traité. En s'accordant sur le principe de mettre en place des organes européens de coopération entre les autorités nationales et en faisant de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice pénale « la pierre angulaire » du volet pénal de l'ELSJ, les Etats membres intégrèrent une logique d'intégration à la logique de pure coopération qui présidait encore.

8. *Le droit pénal de l'Union européenne de deuxième génération* – Le droit pénal de l'Union européenne « de deuxième génération » s'initia avec l'adoption de la première décision-cadre. Celle-ci ne fut ni celle relative au mandat d'arrêt européen, ni celle relative à l'harmonisation des infractions terroristes en 2002, ainsi que l'on pourrait le penser, mais par la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des

¹⁰ L'Italie a rejoint les rangs de l'espace Schengen en 1990, suivie de l'Espagne et du Portugal en 1991, de la Grèce en 1992 et de l'Autriche en 1995. En 1996, ce fut le tour du Danemark, de la Suède et de la Finlande.

¹¹ JOUE C 340 du 10 nov. 1997.

sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro¹². Les attentats du 11 septembre 2001 ont donné une nouvelle dimension aux possibilités offertes par le traité d'Amsterdam et engendré l'impulsion politique nécessaire à leurs concrétisations. Alors que la création d'Eurojust prit près de vingt mois¹³, les décisions-cadres relatives à l'harmonisation des infractions terroristes et au mandat d'arrêt européen furent adoptées en seulement dix¹⁴. Plusieurs autres décisions-cadres d'harmonisation des législations ou portant application du principe de reconnaissance mutuelle étaient en cours d'adoption lorsque la France et l'Irlande rejetèrent le traité établissant une constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004¹⁵.

9. *La prémisse du droit pénal de l'Union européenne de troisième génération* – Dans une ambiance institutionnelle difficile et tendue, que la Commission saisit la Cour de Justice de l'annulation d'une décision-cadre d'harmonisation d'infractions à l'environnement, estimant que la mesure aurait dû relever du premier pilier, de la politique de l'environnement, et non de la coopération pénale, faute pour les articles 29 et 31 TUE de viser cette forme de délinquance. Démontrant, si tant est qu'il en fut encore besoin, son adresse dans la promotion de la construction européenne et du droit de l'Union, la Cour de Justice consacra un élément majeur de la réforme pénale avortée : l'autonomisation d'une compétence pénale accessoire à une politique de l'Union. Bien qu'« en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté [cela] ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement »¹⁶. Rapidement, la Commission exprima son intention de tirer pleinement les conséquences de l'arrêt rendu¹⁷.

¹² JOUE L 140 du 14 juin 2000.

¹³ Décision du Conseil 2002/187/JAI du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité - JOUE L 63 du 6 mars 2002. La proposition législative avait officiellement été initiée le 12 mai 2000.

¹⁴ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JOUE L 190 du 18 juill. 2002) et décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme (JOUE L 164 du 22 juin 2002). Les procédures législatives avaient été initiées conjointement le 19 sept. 2001.

¹⁵ JOUE C 310 du 16 déc. 2004.

¹⁶ CJCE, 13 sept. 2005, Commission et Parlement c/ Conseil, aff. C-176/03, §§47-48.

¹⁷ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 sept. 2005 (C-176/03 Commission contre Conseil) [COM(2005) 583 final].

Toutefois, ses ambitions furent quelque peu affectées par la pondération que la Cour apporta à sa solution : bien qu'elle réaffirma que « le législateur communautaire (...) peut imposer aux États membres l'obligation d'instaurer [des sanctions pénales] pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte (...) S'agissant, en revanche, de la détermination du type et du niveau des sanctions pénales à appliquer, il convient de constater que, contrairement à ce que soutient la Commission, celle-ci ne relève pas de la compétence de la Communauté »¹⁸. Cette nouvelle jurisprudence ne se concrétisa pas au-delà des actes concernés. En effet, le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et consacrant le droit pénal de l'Union européenne de troisième génération, entra en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

10. *Le traité de Lisbonne* - S'inscrivant dans la continuité des traités antérieurs, le droit pénal de l'Union européenne est toujours considéré comme un droit de la coopération judiciaire et policière en matière pénale¹⁹ s'inscrivant dans l'établissement de l'ELSJ. Les nouveaux traités comportent, malgré tout, des changements notables, tant du point de vue du droit institutionnel que du droit matériel. En droit institutionnel, le traité de Lisbonne a « communautarisé » l'ensemble de l'ELSJ, ce qui signifie, en particulier, l'abandon de l'unanimité au profit de la majorité qualifiée, un vrai rôle de colégislateur pour le Parlement et le déploiement des pleines compétences de la Cour de Justice pour l'ensemble de la matière. Les conventions, décisions-cadres et actions communes qui composaient le support formel du droit pénal de l'Union européenne ont été remplacées par les règlements, les directives et les décisions, avec une nette préférence des institutions pour la directive. Enfin, la communautarisation complète implique désormais une plus grande contrainte sur les États membres, justiciables du recours en manquement dans le cadre de l'ELSJ. En droit purement matériel, si l'objectif général attribué au volet pénal de l'ELSJ est globalement inchangé²⁰, les moyens d'y parvenir, en revanche, ont été sensiblement modifiés. La reconnaissance mutuelle se voit consacrée par les traités comme « pierre angulaire » de la coopération judiciaire entre États membres²¹. Le champ d'application de

¹⁸ CJCE, 23 oct. 2007, Commission et Parlement c/ Conseil, aff. C-440/05, §§66, 70.

¹⁹ Ainsi que l'exprime l'intitulé des chapitres 4 et 5 du titre V TFUE.

²⁰ Art. 67, §3 TFUE : « L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci (...) ».

Pour comparaison, le traité d'Amsterdam énonçait que « l'objectif de l'Union est d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté, de sécurité et de justice, en élaborant une action en commun entre les États membres dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, en prévenant le racisme et la xénophobie et en luttant contre ces phénomènes ».

²¹ Art. 82, §1 TFUE : « La coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires ».

du rapprochement des législations s'est notablement étendu : outre l'entérinement des harmonisations déjà opérées²², le traité de Lisbonne permet le rapprochement d'infractions destinées à garantir l'effectivité d'une politique de l'Union²³, aux règles d'admissibilité des preuves, aux droits des personnes concernées par une procédure pénale et aux droits des victimes²⁴. En outre, le Conseil peut décider à l'unanimité d'étendre les domaines d'harmonisation des législations²⁵. Eurojust et Europol voient leurs compétences sensiblement étendues²⁶. Enfin, et surtout, le traité permet et encadre la création d'un Parquet européen spécialisé pour la poursuite des infractions portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union²⁷.

11. Cette consensuelle histoire du droit pénal de l'Union européenne n'est pas parfaitement exacte. Il est en effet erroné de considérer qu'antérieurement au traité de Maastricht le droit pénal était parfaitement étranger au droit de l'Union.

B- L'HISTOIRE MECONNUE DU DROIT PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

12. *Le droit pénal méconnu de l'Union* - Alors que les Communautés européennes sont généralement perçues comme ayant été totalement dépourvues de compétences pénales²⁸, les traités EURATOM et CEE de 1957 comportaient des dispositions relevant indiscutablement du domaine pénal²⁹, toujours en vigueur : des privilèges concernant les biens de l'Union³⁰ et des

²² Art. 83, §1 TFUE.

²³ Art. 83, §2 TFUE.

²⁴ Art. 82, §2 TFUE.

²⁵ Art. 82, §2 d) TFUE : [Ces règles minimales (...) portent sur] « d'autres éléments spécifiques de la procédure pénale, que le Conseil aura identifiés préalablement par une décision ; pour l'adoption de cette décision, le Conseil statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

Art. 83, §1, der. al. TFUE : « En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

²⁶ Art. 85 et 87 TFUE.

²⁷ Art. 86 TFUE.

²⁸ Notamment : DELMAS-MARTY, D., La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne, in Mélanges offerts à Pierre COUV RAT, La sanction du droit, PUF, 2001, p. 231 ; De LOBKOWICZ, W., L'Europe et la sécurité intérieure, une élaboration par étapes, Les études de la Documentation française, 2002, p. 20 ; BOULOC, B., L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, in : Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, Le droit pénal européen, Litec, 1992, p. 104 ; McKEE, J.-Y., Un point de vue sur les perspectives de formation d'un droit de l'Union européenne, RCS 1996 – 1, p. 192 ; GRASSO, G., Les perspectives de formation d'un droit pénal de l'Union européenne, Archives de politiques criminelles, 1996, n°18, pp. 10-11 ; HERVOUËT, F., Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? in : La sanction du droit, Mélanges offerts à P. COUV RAT, PUF, Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 2001, pp. 243-254.

²⁹ Voir : MISTRAL, J.-J., Droit pénal et marché commun, thèse dactyl. Univ. de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1975, p. 130.

³⁰ Les biens, les locaux et les bâtiments, les archives de l'Union sont inviolables ; ils ne peuvent faire l'objet de perquisition, réquisition, ou confiscation. Les biens et avoirs de l'Union ne peuvent être l'objet d'aucune contrainte administrative

immunités bénéficiant aux membres des institutions, fonctionnaires de l'Union et représentants des Etats membres³¹ font obstacle au principe de territorialité de la loi pénale.

13. *L'incertitude concernant la nature pénale de certaines dispositions des traités originaires* - Pour de rares auteurs, les traités originaires n'étaient pas parfaitement dépourvus des bases juridiques nécessaires à l'introduction de sanctions pénales, voire d'un système pénal³². Au sein du traité EURATOM, l'article 83 prévoyait l'imposition de sanctions en cas de violations des règles relatives aux contrôles de sécurité. L'article 194 prescrivait aux Etats membres de sanctionner les violations du secret comme des atteintes à la sûreté de l'Etat ou la divulgation du secret professionnel. L'article 25 du protocole sur le statut de la Cour prévoyait une amende pour refus de témoigner ou de prêter serment. Du côté du traité CEE, les amendes de la concurrence suscitaient déjà des questions sur leurs natures prétendument non pénales³³. Rien n'affirme ou n'infirme au-delà de tout doute raisonnable la nature pénale de ces dispositions. En effet, le retrait total ou partiel des matières brutes ou fissiles, prévu par l'article 83 EURATOM, n'est pas sans évoquer une confiscation, sanction parfois pénale. L'obligation d'assimiler une violation du secret entourant les activités relatives à l'énergie atomique à une atteinte à une sûreté de l'Etat sonne comme une obligation implicite de pénalisation. De même, les amendes sanctionnant les outrages à la justice que sont le refus de témoigner ou de prêter serment relèvent de la matière pénale pour la Cour EDH³⁴.

14. *Le postulat d'une absence de droit pénal avant le traité de Maastricht* - Faute d'avoir été qualifiées, ces sanctions ont été considérées comme non pénales³⁵. Il est vrai que les objectifs purement économiques des traités fondateurs plaident en défaveur d'un quelconque transfert de

ou judiciaire sans autorisation de la Cour de justice (art. 1^{er} et 2 du protocole n°7 sur les privilèges et les immunités des biens et des personnes annexé au TUE) bénéficient d'immunités dans l'exercice de leurs fonctions, voire à l'issue de celles-ci pour certains.

³¹ Les parlementaires, les représentants des États membres, les membres des organes consultatifs de l'Union ainsi que leurs conseillers et experts, les fonctionnaires et agents de l'Union (art. 9 à 11 du protocole n°7 sur les privilèges et les immunités) ainsi que les juges, avocats généraux, greffiers et rapporteurs adjoints des juridictions de l'Union (art. 3, §1 et §4 du protocole n°3 sur la Cour de Justice).

³² MISTRAL, J.-J., précité, p. 129 et s. ; JEAGER, M., Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal : l'institution d'une communauté de droit, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2004, n°12, p. 1099 ; DAVID, E., *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2009, p. 1196 – 1209 (étudiant les infractions portant atteintes aux intérêts financiers et le manquement d'Etat comme des infractions pénales).

Voir sur cette question : GRASSO, G., *Les perspectives de formation d'un droit pénal de l'Union européenne*, Archives de politiques criminelles, 1996, n°18, pp. 11-13 ; BOSCARRELLI, M., *Réflexions sur l'influence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres*, *in* : *Droit communautaire et droit pénal*, Colloque du 25 oct. 1979, Bruylant, 1981, pp. 90-91.

³³ Argument soulevé, et rejeté par la Cour, dans l'affaire 56/64, *Consten c/ Commission* (arrêt du 13 juill. 1966).

³⁴ CEDH, 15 déc. 2005, *Kyprianou c/ Chypre*, req. n°73797/01, §64.

³⁵ *Loc. cit.* note n°28.

compétences pénales. En outre, au cours des années 1970 à 1990, plusieurs Etats membres se sont opposés à l'ouverture des compétences des Communautés à la coopération pénale³⁶, reconnaître l'existence de sanction de nature pénale dans les traités aurait probablement été risqué pour la stabilité politico-institutionnelle des Communautés de l'époque. Aussi, non sans éluder la question de la compétence pénale des Communautés, la Cour de Justice estima prudemment qu'en l'absence d'une disposition dans la réglementation communautaire prévoyant des sanctions particulières, les Etats membres sont alors compétents pour choisir les sanctions qui leur semblent appropriées³⁷, ou autrement dit, qu'« en principe³⁸, la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des Etats membres »³⁹. On notera que ces formulations ne déniaient nullement toute possibilité de pénaliser certains comportements. Non sans raison. A l'évidence, les idéaux d'une communauté de droit et d'un marché intérieur commun ne peuvent être parfaitement atteints que si le droit communautaire est appliqué et, dans le cas contraire, sanctionné, de manière homogène⁴⁰.

15. Le postulat selon lequel antérieurement au traité de Maastricht le système juridique communautaire était parfaitement dépourvu de droit pénal apparaît donc discutable et mérite à lui seul d'être clarifié. Cela étant, « la simple constatation de la diversité des règles (...) n'a globalement aucun intérêt. Ce qui compte dans le droit, c'est le cadre permanent dans lequel sont ordonnées des règles changeantes, les méthodes utilisées pour en fixer le sens et les harmoniser, le « donné » sur lequel elles sont établies, la civilisation qu'elles reflètent »⁴¹. Autrement dit, ce qui

³⁶ La proposition française de créer un « espace judiciaire pénal européen » lors du Conseil européen de décembre 1977 rencontra l'opposition des Pays-Bas, notamment, qui préféraient, semble-t-il, privilégier le cadre du Conseil de l'Europe plutôt que les Communautés. Lors de la Conférence des Ministres de la Justice du 25 octobre 1982 la proposition, toujours française, d'instituer une Cour pénale européenne devant laquelle renvoyer une personne dont l'extradition aurait été refusée sans que l'Etat requis ne soit compétent pour la poursuivre. Rétrospectivement, le projet était éminemment avant-gardiste comprenant, outre des dispositions précises concernant le fonctionnement de la Cour, un régime d'exécution des peines, l'exercice du droit de grâce et les voies de recours qui incluaient le renvoi de la Cour EDH. Non sans surprise, le projet échoua. (De GOUTTES, R., De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen *in* : Mélanges offerts à Georges Levasseur – droit pénal, droit européen, Gazette du Palais, Litec, 1992, p. 6 ; De LOBKOWICZ, W., L'Europe et la sécurité intérieure, une élaboration par étapes, Les études de la Documentation française, 2002, p. 22). Faute de consensus sur la question, cinq Etats membres instituèrent ce qui fut, finalement, la première coopération renforcée, les Accords Schengen.

³⁷ CJCE, 2 fév. 1997, Amsterdam Bulb, 50/76, §33.

³⁸ Nous soulignons.

³⁹ CJCE, 11 nov. 1981, Casati, aff. 203/80, §27 ; 19 janv. 1999, Calfa, aff. C-348/96, §17.

⁴⁰ En ce sens : JEAGER, M., précité, p. 1101. Voir également : LABAYLE, H., Entre désir et réalités : quelles voies pour une répression pénale des violations du droit communautaire ?, RMCUE, 2003, p. 293.

⁴¹ BERGEL, J.-L., Théorie générale du droit, précité, n°131.

importe, c'est le système de droit qu'un ensemble de règles constituent, une notion qui nécessite d'être précisée.

§2 – PRESENTATION THEORIQUE DE LA NOTION DE SYSTEME JURIDIQUE

16. *Première approche* - « La générosité de la science juridique dans l'emploi de la notion de système n'a d'égal que la disparité des significations qu'elle lui attribue⁴² ». Il ressort toutefois des différentes définitions une convergence, non pas des réponses mais des interrogations. Cette récurrence de certaines thématiques conduit à les considérer comme les critères principaux de reconnaissance d'un système juridique⁴³ : interaction des éléments⁴⁴, organisation et/ou ordonnancement⁴⁵, structure⁴⁶, unité⁴⁷, identité⁴⁸, cohérence⁴⁹, complétude⁵⁰, modèle⁵¹,

⁴² TIMSIT, G., V° Système, in ALLAND, D. et RIALS, S., (dir.), « Dictionnaire de la culture juridique » ; Lamy et PUF, p. 1462 ; COMBACAU, J., Le droit international : bric-à-brac ou système ? in : Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, p. 85.

⁴³ En ce sens : OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, PUF, 1988, p. 22.

⁴⁴ OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., précité, p.25, pp. 53 et s. ; TROPER, M. Système juridique et Etat, in : Le système juridique, Archives de philosophie du droit, tome 31, Sirey, 1986, p. 42 ; PLESKA, K et GIZBERT-STUNDNICKI, T., Le système du droit dans la dogmatique juridique, in Le système juridique, précité, p. 109, 115 ; PONCELA, P., Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal, in Le système juridique, précité, p. 122 ; DURAND, D., La systémique, PUF, 2013, p. 10 ; GASSIN, R., Système et droit, RRJ, 1981-3, pp. 357, 361 ; SAMPER, C., Argumentaire pour l'application de la systémique au droit, Archives de philosophie du droit, tome 43, 1999, p. 329 ; LEBEN, C., v° Ordre juridique, in ALLAND, D., et RIALS, S., Dictionnaire de la culture juridique, Lamy – PUF, 2003, p. 1114 ; V° Système, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 1993 p. 596, n°6, 8 ; V° Système (en sociologie du droit), in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précité, p.599 ; ATIAS, C., Epistémologie juridique, PUF, 1985, n°63 ; WALLISER, B., Systèmes et modèles, introduction critique à l'analyse des systèmes, Seuil, 1977, p. 9 ; COMBACAU, J., Le droit international : bric-à-brac ou système ?, in : Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, p. 85, 86.

⁴⁵ OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., précité, p.25 ; LEBEN, C., précité, p. 11118 ; TROPER, M., précité, p. 41 ; SEVE, R., Système et code, in Le système juridique, précité, p. 81, 83 ; PLESKA, K et GIZBERT-STUNDNICKI, T., précité, p. 113, 115 ; GASSIN, R., Système et droit, RRJ, 1981-3, pp. 358, 362 ; SAMPER, C., précité, pp.331 (« agencement » s'opposant au « désordre »), 335 ; TIMSIT, G., précité, p. 1463 ; COMBACAU, J., précité, p. 85 ; DURAND, D., précité, p. 12.

⁴⁶ OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., précité, p.25 ; SAMPER, C., précité, p. 329 ; SEVE, R., précité, p. 81 ; PONCELA, P., précité, p. 122 ; GASSIN, R., Système et droit, RRJ, 1981-3, p. 358 ; LEBEN, C., précité, p. 1114 ; TIMSIT, G., précité, p. 1463 ; V° Système, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précité, p. 596, n°6, 10 ; LE MOIGNE, J.-L., Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? RRJ 1985-1, p. 162.

Dans le même sens : PLESKA, K et GIZBERT-STUNDNICKI, T., précité, p. 109 (« ordonné »), p. 110, 113 (« ordonnancement »).

⁴⁷ LUHMAN, N., L'unité du système juridique, in Le système juridique, précité, p. 163 et s. ; KELSEN, H., précité, p. 258 ; TROPER, précité, p. 32 ; SEVE, R., précité, p. 83 ; SAMPER, C., précité, p. 329 ; OST, F., et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, PUF, les voies du droit, 1988, p. 24 ; LEBEN, C., précité, p. 1114, 1116 ; TIMSIT, G., v° Système, in ALLAND et RIALS, précité, p. 1463 - 1464 ; V° Système, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précité, p. 596, n°6, 8 (sous le terme d'identité, toutefois) ; V° Système (en sociologie du droit), précité ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., précité, p. 25.

⁴⁸ OST, F., et VAN de KERCHOVE, M., De la pyramide au réseau, précité, pp. 183 et s. ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, p.25 ; COMBACAU, J., précité, p. 87, DURAND, précité, p. 16.

⁴⁹ CHARPENTIER, J.-L., Eléments de cohérence entre ordres juridiques distincts, in Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS, Au carrefour des droits, Dalloz 2002, p. 293 ; LEBEN, C., précité, p. 1117 ; MANACORDA, S., Le droit pénal de l'Union Européenne : esquisse d'un système, RSC, 2000, p.97 : un système y est défini comme « un ensemble cohérent et fonctionnel de disposition » ; TROPER, précité, p. 32 ; SEVE, R., précité, pp. 81, 83 ; RIALS, S., Supraconstitutionnalité et systématisme, in Le système juridique, Archives de philosophie du droit, précité, p. 71 ; PLESKA, K et GIZBERT-STUNDNICKI, T., précité, p. 113 ; PONCELA, P., précité, p. 122 ; DELMAS-MARTY, D., L'enjeu d'un code pénal (réflexions

temporalité⁵², environnement⁵³, outre l'évidence étymologique qu'un système est nécessairement un « ensemble »⁵⁴. En tenant compte de ces récurrentes occurrences, et des différentes acceptions que désignent, selon les auteurs, l'emploi de certains de ces termes, un système juridique semble pouvoir être assez complètement défini comme « un modèle logique qui entend donner une représentation de la réalité observable comme étant un ensemble d'éléments en interaction, évoluant dans un environnement déterminé, destiné à satisfaire une ou plusieurs finalités définies, structuré en fonction de ces finalités, agissant sur son environnement et se transformant avec le temps sans perdre son identité⁵⁵. Toutefois, ayant constaté que des vocables identiques peuvent désigner, selon les auteurs, des concepts différents, il convient de s'accorder sur l'acception de ces notions qui définissent et caractérisent un système de droit.

sur l'inflation des lois pénales en France, Mélanges offerts à Robert LEGROS, Bruxelles, 1985, p. 176 ; V° Système, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précité, p. 596, n°3 et 13 ; V° Système (en sociologie du droit), précité ; GREGORCZYK, C., précité ; COMBACAU, J., précité, p. 85.

Dans le même sens : HEIDEGGER, Encyclopédie des sciences philosophiques, I, La science de la Logique, 1970, p. 158 (cité par SEVE, R., précité, p. 71) : « l'ambition systémique suppose l'affirmation de l'intelligibilité absolue du réel ».

⁵⁰ TROPER, précité, p. 30 ; PLESKA, K et GIZBERT-STUNDNICKI, T., précité, pp. 110, 112 ; GASSIN, R., Système et droit, RRJ, 1981-3, p. 363 (abordée sous l'angle des lacunes) ; LEBEN, C., précité, p. 1117 ; V° Système, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précité, p. 597, n°1 (sous l'angle des lacunes) ; V° Système (en sociologie du droit), précité ; GREGORCZYK, C., précité.

⁵¹ ATIAS, C., Epistémologie juridique, PUF, 1985, n°63 ; LE MOIGNE, J.-L., Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? précité, p. 163 ; BERGEL, J.-L., V° Système (en sociologie du droit), précité ; WALLISER, B., Systèmes et modèles, introduction critique à l'analyse des systèmes, Seuil 1977, p. 9 ; COMBACAU, J., précité, p. 85.

⁵² V° Système, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précité, p. 596, n°6 : « comment identifier le système juridique en vigueur (...) à un moment donné » ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, p.25, pp. 205 et s. ; LE MOIGNE, J.-L., Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? précité, p. 162 ; SAMPER, C., précité, p. 343 ; PONCELA, P., Analyse systémique et systèmes normatifs dans le champ pénal, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, Sirey, 1986, tome 31, p. 123 et s. ; GASSIN, R., précité.

⁵³ SAMPER, C., précité, p. 330 ; V° Système, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, précité, p. 596, n°6 : « comment identifier le système juridique en vigueur sur un territoire donné » ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, p. 25, pp. 149 et s. ; LE MOIGNE, J.-L., Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique ? précité, p. 162 ; ARNAUD, A.-J., Le Droit, un ensemble peu convivial, Droit et société, n°11-12, 1989, p. 79 et s. ; COMBACAU, J., précité, p. 87 ; DURAND, précité, p. 16.

⁵⁴ La racine grecque de « système » est « systema » qui signifie assemblage, ce qui implique donc un qu'un système soit un ensemble, élément invariable des définitions données - DELATTRE, P., « Système, structure, fonction, évolution – essai d'analyse épistémologique », 1985, p.11. Dans le même sens : CARBONNIER, J., Sociologie du juridique, PUF, coll. Quadriga, p. 346 ; LEMOIGNE, J.-L., précité ; COING, H., Histoire et signification de l'idée du système dans la science juridique, (en allemand) Francfort, 1956, p. 26 – cité par N. LUHMAN, L'unité du système juridique, Archives de philosophie du droit, tome 31, Le système juridique, Sirey, 1986 ; DE SAUSSURE, cité par DURAND, La systémique, PUF, p. 9 ; COMBACAU, J., précité ; GASSIN, précité ; PONCELA, P., précité ; SEVE, R., Introduction, in : Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, p.5 ; OST, F., et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, PUF, les voies du droit, 1988, p. 25 ; SAMPER, C., précité, p. 328.

⁵⁵ BERGEL, J.-L., Théorie générale du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} édition, 2012, p. 10 ; GRZEGORCZYK, C., Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit, Archives de philosophie du droit, 1986, tome 31, p. 281 et s.

Dans le même sens, MM. OST et VAN de KERCHOVE identifie un système juridique par quatre points fondamentaux : les éléments du système, les relations entre les éléments, le système et son environnement, le système et sa temporalité (Le système juridique, entre ordre et désordre, PUF, les voies du droit, 1988).

17. *Un système est un ensemble d'éléments* – Un système est d'abord un ensemble d'éléments effectifs⁵⁶, c'est-à-dire non désuets et observés⁵⁷, et hétérogènes, c'est-à-dire non exclusivement normatifs⁵⁸. En effet, « il faut remarquer que les normes sont des impératifs formés de l'association de concepts »⁵⁹, plus ou moins généraux, plus ou moins transversaux⁶⁰. D'autre part, il faut « prendre en considération non seulement les normes elles-mêmes et les rapports qu'elles entretiennent entre elles, mais aussi la totalité de l'espace où se déploie le droit selon sa fonction, et observer notamment à ce titre les diverses activités auxquelles donnent lieu l'exécution, l'application et le contrôle des normes »⁶¹. Ainsi, la notion de système est profondément imprégnée par la fonction juridictionnelle⁶², c'est en tout cas elle qui a donné beaucoup de sa consistance au système juridique de l'Union⁶³. C'est également indiscutablement

⁵⁶ « Juridique » signifie « qui produit un effet de droit ; qui est dotés de conséquences juridiques » (v° Juridique, sens 2, *in* : CORNU, G., *vocabulaire juridique*, PUF, 2000). Ainsi, « juridique » suppose l'effectivité (En ce sens : LEBEN, C., *De quelques doctrines de l'ordre juridique*, *Droits*, 2002/1, n°35, p. 29), étant précisé que l'effectivité ne doit pas être confondu avec l'efficacité. L'efficacité renvoie à la réalisation des effets attendus. Toutefois, on ne saurait réduire l'efficacité du droit ou du système pénal à la réalisation de son but : la paix publique car le droit, pénal en particulier, se nourrit de l'incapacité, l'impossibilité selon Durkheim, d'atteindre la paix publique (DURKHEIM, E., *in* : *Les règles de la méthode sociologique*, 1894, F. Alcan (consulté sur Gallica.bnf.fr), p. 81 et s., spéc. p. 83 : « le crime est normal parce qu'une société qui en serait exempte est tout à fait impossible »). L'efficacité d'un système pénal ne peut se mesurer qu'au regard de sa mise en œuvre. Si les transgressions de ses prescriptions sont réprimées, si les peines sont appliquées, alors on peut considérer que le système pénal est efficace. Pour autant que l'on puisse lier effectivité et efficacité ce n'est qu'en considérant que l'efficacité de la norme consiste en ce qu'elle est effectivement observée et, dans le cas contraire, appliquée » (KELSEN, H., *Théorie générale des normes*, p. 4).

⁵⁷ Nombreux sont les auteurs qui s'accordent sur le fait que l'inobservation ou la désuétude de quelques normes, sporadiquement, n'affecte pas l'efficacité et l'effectivité d'un système ; celle-ci doit s'apprécier « en gros et de façon générale » (En ce sens : LEBEN, C., précité, p. 31). Quant à savoir si toutes les inobservations ont la même importance, ou quand peut-on considérer qu'un système est inexistant car insuffisamment efficace, donc insuffisamment effectif, ce sont des questions relevant plutôt de la sociologie du droit auxquelles on ne prétendra pas répondre.

⁵⁸ JEANMAUD, A., *La règle de droit comme modèle*, Dalloz 1990, p. 199. Dans le même sens, spécifiquement à propos de la notion de système pénal, définit comme l'organisation composée d'éléments divers, principalement des normes et des institutions judiciaires, concourant tous à l'élaboration d'un produit spécifique : la sanction pénale : D. VERNEUIL, *Fonctions et processus du système pénal ce qu'on en dit dans le public, Déviance et Société*, 1981, vol. 5, n°3, p. 223-245 ; dans le même sens : MIREL, P., *Le nouveau système pénal du Sud Vietnam*, RSC 1978, p.289 ; MANACORDA, S., *Le droit pénal et l'Union Européenne : esquisse d'un système*, RSC 2000 p. 97 ; RICO, J.-M., *Le droit de punir, Criminologies*, vol. 19, n°1, 1986, p. 129.

Contra : Pour certains auteurs, un système juridique un ensemble homogène exclusivement composé de normes (notamment : KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, p. 329 s. PLESZKA, K., et GIZBERT-STUDNICKI, T., *Le système de droit dans la dogmatique juridique*, *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, tome 31, Sirey, 1986 ; DURAND, P. *La dynamique de l'ordre juridique*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2010, p. 4 ; V° *Système juridique*, *in* : *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, 1993, 2^{ème} éd. Toutefois, cela conduit à appauvrir le concept de « système » en le réduisant à celui de droit positif ou d'ordre juridique (voir *infra*, n°42).

⁵⁹ GASSIN, R., précité, p. 361. Dans le même sens : OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., *Le système juridique, entre ordre et désordre*, précité, p. 50 ; CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, précité, p. 246, sous l'appellation d'« institutions ».

⁶⁰ Par exemple, la présomption est un concept très général⁶⁰ et transversal en ce qu'on le trouve dans divers branches du droit. L'intérêt de l'enfant est un concept beaucoup moins général, mais tout autant transversal. L'élément moral de l'infraction, en revanche, est un concept très précis, et exclusivement attaché à la sphère pénale.

⁶¹ ORIANNE, P., *Introduction au système juridique*, Bruylant, 1982, p. 130 ; M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, les voies du droit, 1988, p. 52.

⁶² MONJAL, P.-Y., précité, n°87. Dans le même sens : GASSIN, R., précité, p. 361 : « d'autre part, à côté de la loi, il y a la jurisprudence ».

⁶³ Sur le rôle essentiel des juridictions de l'Union, en particulier le rôle de la Cour de Justice, dans la construction et le développement du droit communautaire et de l'Union, notamment pénal : TIZZIANO, A., *Note sur le drôle de la Cour de Justice*, *in* : *Mélanges MENGOZZI, De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Bruylant, 2013, p. 225 et s. ; MALENOVSKY, J., *La contribution ambivalente de la CJUE à la saga centenaire de la domestication*

la conception qu'a la Cour de Justice du système juridique de l'Union, une conception qualifiée de « systématique-judiciaire »⁶⁴. Dans l'arrêt Costa, l'ordre juridique communautaire est « intégré au système juridique des Etats membres (...) et s'impose à leurs juridictions »⁶⁵. De même, dans l'arrêt « Les Verts », on peut lire que « le traité a établi un système complet de voies de recours et de procédures destinées à confier à la Cour de Justice le contrôle de la légalité des actes des institutions »⁶⁶. Enfin, un système, de quelque nature qu'il soit, est « quelque chose qui fait quelque chose dans quelque chose »⁶⁷. De sorte qu'il convient également de rechercher, au titre des éléments du système, ceux qui en assurent « l'unité stable et permanente : les personnes qui en font partie, ses moyens, ses intérêts, ses bénéficiaires, etc... »⁶⁸ ; chacun de ces éléments ayant plus ou moins d'intérêt ou d'importance selon les problèmes à résoudre⁶⁹.

18. *Un système est un ensemble d'éléments en interactions* – L'existence d'un ensemble d'éléments n'est évidemment pas suffisante pour caractériser un système. Encore faut-il qu'il existe des interactions entre ces éléments⁷⁰, des relations qu'il convient d'identifier⁷¹. Dans la notion générale de système, les rapports sont pré-supposément stables⁷², pour autant qu'ils puissent être variés, et bien souvent combinés : linéaires, arborescents, centrés, bouclant, de cause à effet, subordination, attraction, répulsion⁷³. Tout cela pouvant aisément apparaître abscons, il n'est sans doute pas inutile d'illustrer ces concepts. La procédure QPC ou le renvoi préjudiciel

du droit international public, in : Mélanges en l'honneur de Paolo MENGOZZI, précité, p. 33 et s. ; BERRAMDANE, A., La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques, in : Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin, Pédone, 2010, p. 227 ; MANACORDA, S., Judicial activism dans le cadre de l'ELSJ de l'Union européenne, RSC, 2005-4, p. 941 et s. ; MONJAL P-Y, Reconnaissance d'une compétence pénale communautaire par la CJCE, Dalloz 2005, n°44 p. 3065 ; de BELLESCIZE, R., La Communautarisation silencieuse du droit pénal, à propos de l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 2007, Droit pénal, Janvier 2008, n°1, p. 8 ; GORGORZA, A., Le rôle de la CJUE en matière pénale, Dr. pén. 2010, oct., n°10, étude 26, not. n°3 ; Plus synthétique : ALOMAR, B., DAZIANO, S., GARAT, C., Grandes questions européennes, Edition Sedes 2007, pp. 112 et s.

⁶⁴ MONJAL, précité, n°87.

⁶⁵ CJCE, 15 juill. 1964, Costa c/ E.N.E.L., aff. 6/64, somm. §3.

⁶⁶ CJCE, 23 avril 1986, Les verts c/ Parlement européen, aff. 294/83, §23.

⁶⁷ LE MOIGNE, J.-L., « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique? », RRJ, 1985-1, p. 162 ; DURAND, P., La dynamique de l'ordre juridique, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2010, p. 4-5.

⁶⁸ SANTI, R., L'ordre juridique, Dalloz, 1975 p. 15.

⁶⁹ OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, précité, p. 52.

⁷⁰ SAMPER, C., précité, p. 329 ; GASSIN, R., précité, p. 357 ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, le système juridique entre ordre et désordre, précité.

⁷¹ GASSIN, R., système et droit, RRJ 1981/3, p. 361-362.

⁷² H. ROTTLEUTHNER, Les métaphores biologiques dans la pensée juridique, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986 ; LEMOIGNE, J.-L., « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique? », RRJ, 1985-1, p. 162. Déjà HOBBS, T. (Léviathan, 1651, (trad. FOLLIOU, P., 2003), http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan_partie_2/leviathan_2e_partie.pdf p. 54) qualifie les différents types de société comme des « systèmes réglés » (« regular systems »).

Cette caractéristique procède essentiellement de l'application de la systémique aux sciences physiques et du vivant : les rapports entre les éléments du système solaire, des organismes vivants.

⁷³ DURAND, P., La systémique, PUF, p. 10 -13 ; SAMPER, C., précité.

devant la Cour de Justice sont des procédures mettant des éléments hétérogènes (règles de procédure, règles de fond, juridictions) en relations de type bouclant : la procédure consiste à poser une question de droit à une autre juridiction qui renverra sa réponse à son auteur initial. Le syllogisme juridique est typiquement horizontalement linéaire ; les propositions s'enchaînent suivant une logique dépourvue de subordination. La hiérarchisation des juridictions ou un ordre de succession, en revanche, relèvent d'un modèle de relations linéaires verticales, induisant une certaine subordination. La pyramide des normes de KELSEN relie ses éléments de manière arborescente, tel un arbre généalogique. L'adage *specialia generalibus derogant* exprime un axiome de répulsion. La primauté de la loi sur le règlement ou de la constitution sur la loi traduit un axiome de subordination. L'interprétation analogique relève d'une logique d'attraction qui applique une règle à une situation analogue de celle qu'elle a vocation à régir ; l'interprétation téléologique, en revanche, relève d'une relation de coordination de la lettre d'un texte avec l'intention de son auteur. L'ancien article 12 du code pénal français, qui disposait « tout condamné à mort aura la tête tranché », ou l'article 1240 du code civil, qui dispose « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », illustrent une relation de cause à effet. L'existence d'interactions entre les éléments du système est nécessaire mais non suffisante : la typologie et la variété de celles-ci sont indifférentes à la reconnaissance du système comme tel.

19. *Un système évolue dans un environnement* - Un système, en général, s'inscrit « dans quelque chose »⁷⁴ ; « tout système baigne dans un certain environnement, avec lequel il entretient des relations réciproques d'échanges »⁷⁵. Loin d'apporter des réponses satisfaisantes quant à savoir « qu'est-ce qu'un système juridique ? », ce constat soulève, au contraire, plusieurs questions. Qu'est-ce que l'environnement d'un système juridique ? Dans l'absolu, l'environnement d'un système juridique est vaste et hétérogène. Le droit influence, et est influencé, par la société, le politique, l'économie, la morale, la religion, etc... La réponse dépend surtout de la démarche scientifique sous-jacente. Le juriste aura, sauf exception, une approche spécifique du phénomène juridique, étudié en lui-même et pour lui-même⁷⁶ ; adoptant cette

⁷⁴ LE MOIGNE, J.-L., Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique?, RRJ, 1985-1, p. 162.

⁷⁵ CHEVALLIER, J., L'ordre juridique, in CHEVALLIER, J., (dir.), Le droit en procès, 1983, p. 19. Dans le même sens : PARDINI, J.-J., Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques, in : Liber Amicorum Jean-Claude ESCARRAS, La communicabilité entre les systèmes juridiques, Bruylant 2005, p. 134.

⁷⁶ Par exemple, « le sociologue aura tendance à aborder le droit, dans son ensemble, comme un sous-système de régulation social, prenant place dans la systémique sociale globale au côté d'autres phénomènes de régulation telle que la famille ou la

perspective, l'environnement d'un système juridique sera donc ramené à un environnement exclusivement juridique⁷⁷. Comment identifier les frontières entre un système juridique et d'autres ? Toutes les théories du droit contiennent un critère d'isolation de l'objet d'étude, parfois sous la thématique de l'identité⁷⁸, parfois sous celle d'unité⁷⁹. Derrière une apparente variété de critères, c'est finalement celui de l'origine qui prédomine⁸⁰. Ainsi, sera élément d'un système étatique tout élément lié, de façon directe ou indirecte mais néanmoins certaine, à la constitution dudit Etat. Sera élément du système juridique de l'Union tout élément lié, de façon directe ou indirecte mais néanmoins certaine, aux traités de l'Union.

20. *Un système est un ensemble structuré* - « La simple constatation de la diversité des règles (...) n'a globalement aucun intérêt »⁸¹. Un amas de matériaux n'est pas un bâtiment. Sans être assemblés selon certaines exigences, ce ne sera jamais qu'un amas de matériaux. Pour être un

religion » -TIMSIT, G., V° Système, in ALLAND, D., et RIALS, R. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Lamy et PUF, p. 1462.

⁷⁷ ARNAUD, A.-J., Le Droit, un ensemble peu convivial, précité, p. 80; PARDINI, J.-J., Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques, précité.

Contra: OST, F., et VAN de KERCHOVE, M., L'ordre juridique, entre ordre et désordre, précité, p. 149 et s. : ces auteurs étudient, au titre de l'environnement d'un système juridique, l'ordre social, des « ordres normatifs non juridique » et d'autres systèmes juridiques.

⁷⁸ En ce sens : DELATTRE, P., précité ; LEBEN, C., précité, p. 30.

⁷⁹ En ce sens, C. LEBEN présente l'exigence d'« unité » comme le fait qu'il soit nécessaire d'identifier un élément unificateur des normes, afin de les faire apparaître non pas comme un agrégat disparate mais comme un ensemble structuré où chaque norme à une place vis-à-vis des autres normes et du système (précité). Voir également : V° Système juridique (sociologie du droit), Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit, LGDJ, 1993 ; SAMPER, C., précité, p. 329 ; CHEVALIER, J., précité, p.14 ; GASSIN, R., précité, p. 362 ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., précité, p. 14 ; SEVE, R., précité, p. 3 ; LUHMANN, N., L'unité du système juridique, Archive de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986 ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., De la pyramide au réseau, Publication de la Faculté universitaire de Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 188.

⁸⁰ Pour H. KELSEN, c'est la norme fondamentale qui détermine l'appartenance d'un système. Il a été suffisamment que cette conception ne permet pas de remonter à une norme plus fondamentale que peut l'être une constitution (AMSELEK, AMSELEK, P., Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques, 2007, http://paul-amselek.com/textes/fausse_idee_claire.pdf, p. 2 et s.).

Pour Hart, c'est la règle de la reconnaissance qui fournit les critères d'identification des règles appartenant au système juridique, il s'agit d'« une forme de coutume judiciaire qui n'existe que si elle est acceptée et mise en pratique par les juridictions dans leurs activités d'identification et d'application du droit » (HART, H.-L.-A., Le concept de droit (trad. VAN DE KERCHOVE, M.), Publications des facultés universitaires Saint Louis 2^{ème} édition, p. 274), qui procède notamment de la Constitution (GERARD, P., L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes, RIEJ, 2010-2, p. 246 et s.). Pour MM. OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., l'unité d'un système juridique peut s'identifier à l'aune de trois critères : l'autonomie sociale, organique et organisationnelle. L'autonomie sociale implique l'existence d'un corps social spécifique dont relève un système juridique distinct d'un autre. L'autonomie organique suppose l'absence de lien de subordination. Ainsi, les collectivités déconcentrées n'ayant aucune autonomie organique, puisque ses agents agissent par délégation de pouvoir et d'autorité, ne se distinguent pas de l'Etat ; à l'inverse, les collectivités décentralisées ont une autonomie organique qui leur permet de s'opposer à l'Etat, et de les en distinguer. Enfin, l'autonomie organisationnelle renvoie à la capacité d'auto-organisation. Elle permet notamment de distinguer l'Etat fédéral de la collectivité décentralisée : l'Etat fédéral se dote de sa propre constitution, de sa propre organisation, alors que celle de la collectivité décentralisée n'a guère plus qu'une faculté d'auto-administration. (OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., De la pyramide au réseau, Publication de la Faculté universitaire de Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 188 et s.). Cela étant, dans la mesure où ces trois autonomies sont déterminées par une constitution cette conception tridimensionnelle de l'unité d'un système se ramène, là également, à la/aux normes ayant fonction et valeur constitutionnelle.

⁸¹ BERGEL, J.-L., Théorie générale du droit, précité, n°131.

système, l'ensemble doit être organisé, structuré. La notion de structure est une notion statique⁸², la description à un instant précis de l'objet d'étude, le squelette⁸³, l'image⁸⁴, voire un arrêt sur image⁸⁵. Elle renvoie à l'idée qu'un système n'est pas qu'une juxtaposition d'éléments, mais un complexe organisé⁸⁶, ce que la structure a précisément pour fonction d'éclairer⁸⁷. Le droit a toujours fait l'objet d'un effort de structuration, d'organisation logique⁸⁸. Les codes ne sont-ils pas des structururations du droit⁸⁹ ? La question n'est donc pas de savoir si tous les systèmes de droit sont structurés mais de savoir s'ils le sont tous de la même manière. La thèse la plus célèbre est celle de l'Ecole de Vienne, menée par H. KELSEN : chaque droit positif est une structure hiérarchique de normes en ordre décroissant de généralité, chaque acte de création d'une norme étant l'application d'une norme du niveau supérieur, et communément présentée sous la forme d'une pyramide. En réalité, la notion de structure est éminemment relative, en ce qu'elle ne peut être que celle d'un système donné, dans le cadre du modèle théorique choisi⁹⁰. Dans le cas de l'Ecole de Vienne, la structure prétendument commune à tous les systèmes juridiques « ne s'inscrit que dans une hypothèse de droit public limité »⁹¹, envisageant l'ensemble juridique considéré de manière isolée⁹². Si tous les systèmes n'ont pas la même structure, comment établir celle d'un système non encore modélisé ? Une fois identifiés et dénombrés les éléments du système⁹³, il convient de regrouper les éléments profondément semblables afin de former des

⁸² DELATTRE, P., « Système, structure, fonction, évolution – essai d'analyse épistémologique », 1985, p. 42.

⁸³ GASSIN, R., précité, p. 362.

⁸⁴ LE MOIGNE, J.-L., *Théorie du système général : théorie de la modélisation* ; PUF, 1984, p. 168.

⁸⁵ DUPERRIN, J.-C., et GODET, M., *Prospective des systèmes et constructions de scénarios à partir d'une nouvelle méthode d'impacts croisés*, Métra, vol. 13, 1974, vol. 4, p. 516.

⁸⁶ SAMPER, C., précité, p. 329.

⁸⁷ Si quatre fonctions (pratique, didactique, de communication et de hiérarchisation - MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *Rapport général*, in : MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, 2003, p.65 – et les rapports nationaux cités) ont été attribuées à l'effort de structuration, toutes alimentent l'efficacité d'une seule : la compréhension. En effet, la seule « utilisation de la notion de système témoigne d'un besoin de rendre compte de manière unifiée d'un certain nombre de questions qui se posent » (TIMSIT, G., précité, p. 1462).

⁸⁸ En ce sens : MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *Rapport général*, in : MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, 2003, p.36 : « constater l'absence de structure dans certains systèmes juridiques (...) s'effectue le plus souvent au départ d'une certaine ignorance – pour ne pas dire une ignorance certaine – de la part de l'observateur » ; BERGEL, J.-L., précité, n°178 : « la taxonomie est inhérente au droit et à la pensée juridique ».

⁸⁹ En ce sens : OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, 1988, p. 111 : « de toutes les formes de systématisation du droit, celle qu'opère le législateur sous forme de codification des solutions juridiques est assurément la plus opératoire » ; SEVE, R. a examiné le code civil français sous le prisme du concept de système (*Système et code*, in *Archives de philosophie du droit, Le système juridique*, tome 31, 1986, p. 77 et s.). A noter que si les rédacteurs du code civil se sont âprement défendu d'avoir voulu élaborer un « système », le terme n'est pas employé pour désigner un ensemble ordonné d'éléments – ce que constitue indiscutablement le code civil – mais comme synonyme de doctrine, une théorie, détachée de la réalité (SEVE, R., précité, p. 81-82 et références citées) ; TERRE, F., *Esprit juridique et esprit de système*, A propos d'un livre de Thierry de MONTIBIAL, *Archives de philosophie du droit*, tome 47, 2003, p. 360.

⁹⁰ DELATTRE, P., précité, p. 41-43.

⁹¹ CARRE de MALBERG, R., *Théorie de la formation du droit par degrés*, Sirey, 1933, p. 16.

⁹² SAMPER, C., précité, p. 335.

⁹³ En ce sens, GASSIN, R., précité, p. 361-362.

catégories d'éléments soumis à un même régime⁹⁴. Pour articuler ces catégories et mettre en évidence la structure du système⁹⁵, « tout dépend, en réalité, de la finalité des classifications opérées »⁹⁶. L'analyse purement théorique, sans rapport direct avec un droit en particulier, cherchera une structure applicable à divers contextes juridiques⁹⁷; la hiérarchie pyramidale des normes de KELSEN relève de cette catégorie, jusque dans ses travers⁹⁸. L'approche empirique⁹⁹, quant à elle, s'intéressant à un phénomène juridique en particulier, réduit au minimum les références aux considérations théoriques¹⁰⁰ au profit du contenu matériel et des relations organiques ou téléologiques que la structure doit représenter¹⁰¹. A cette fin, un certain nombre de modèles existent déjà et sont à même d'être mis à contribution. L'architecture d'un système peut organiser les branches du droit distinguant, par exemple, le droit civil du droit pénal, du droit commercial, etc. ou, à un autre niveau, le droit matériel et le droit procédural. Elle peut s'appuyer sur la valeur normative ce qui permet, par exemple, de différencier les normes fondamentales des normes ordinaires ou d'opposer les normes générales aux normes « spéciales ». Ou encore, le code civil français est, au moins partiellement, structuré en traitant successivement de différentes institutions que sont le mariage, le divorce, la filiation, etc. Toutes les architectures existantes pouvant, évidemment, être combinées.

⁹⁴ BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll Méthodes du droit, 2012, n°178 et s.; GASSIN, R., précité, p. 360. Dans le même sens : DELATTRE, P., *Système, structure, fonction, évolution – essai d'analyse épistémologique*, 1985, p.47-48 qui s'exprime en termes de « classe-repère » : le dénombrement des éléments dans chaque classe repère ; la détermination des relations entre classes-repères ; la définition des relations entre classes-repères, c'est-à-dire assemblages des caractéristiques ; C. SAMPER, précité, pp. 336 et s. qui souligne que la démarche d'ordonnement juridique nécessite d'assimiler qu'il existe des sous-systèmes au sein d'un système ; DURAND, P., précité, p. 16 : « tous les systèmes (...) doivent être structurés, organisé, de manière efficace en niveaux et modules ».

⁹⁵ GASSIN, R., *ibid.* ; DELATTRE, P., *ibid.* lorsqu'il prescrit, après la détermination de l'ensemble des « classe-repère », le dénombrement des éléments dans chaque classe repère et des relations qu'elles entretiennent ; C. SAMPER, *id.* ; BERGEL, J.-L., *ibid.* ; DURAND, P., *ibid.*

⁹⁶ BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, précité, n°131.

⁹⁷ MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *Rapport général*, in MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, 2003, p.32 (sous la notion de « dimension spéculative »). Dans le même sens : OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., *Le système juridique, entre ordre et désordre*, précité, p. 64 (sous l'appellation de « systématisation formelle »).

⁹⁸ Dans la démarche empirique, il a été observé que la structure qui sera retenue dose généralement, dans des proportions variables, la restitution de la réalité du corpus de normes et d'institutions propres au système, la structure que perçoit l'observateur-interprète et celle qu'il souhaiterait que le système possède (MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *Rapport général*, in MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, 2003, p.32). Avec le recul et les critiques adressées par les auteurs autorisés, elle se fait évidemment le reflet d'une certaine réalité du droit ; elle est surtout l'expression de l'interprétation de H. KELSEN et, semble-t-il aussi, de ce qu'il aurait souhaité que le droit soit (Voir : AMSELEK, P., *Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques*, 2007, http://paul-amselek.com/textes/fausse_idee_claire.pdf, p. 2 et s.).

⁹⁹ Ou formelle (OST, F., et VAN de KERCHOVE, M., *Le système juridique, entre ordre et désordre*, précité, p. 64).

¹⁰⁰ MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., *Rapport général*, précité, p. 31.

¹⁰¹ En ce sens, sous la dénomination de matérielle : OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., *Le système juridique, entre ordre et désordre*, précité, p. 64.

21. *Un système est un ensemble structuré en fonction de finalités* - Ces indications sont toutefois d'un apport limité pour déterminer comment, à partir de toutes ces options, structurer un système inédit. Dans la définition retenue, un système juridique est structuré en fonction des finalités qu'il est destiné à satisfaire¹⁰². Un système, de quelque nature qu'il soit, fait quelque chose - faire et non pas être - pour quelque chose¹⁰³, ce qui implique un/des projet(s) par rapport au(x)quel(s) le système est intelligible¹⁰⁴. De manière très prosaïque, on peut dire qu'un système pénal est destiné à produire de la « peine »¹⁰⁵. La logique du code pénal et du code de procédure pénale, comme celle de l'enseignement du droit pénal dans son ensemble, suivent cette finalité.

22. *Un système se transforme dans le temps* - Dans la définition retenue, un système juridique « se transforme avec le temps »¹⁰⁶. Aussi, la structure doit, pour rendre le plus fidèlement compte de la réalité observable, intégrer cette donnée. La relation entre le temps, le droit et le système juridique est complexe et paradoxale. Le droit n'est jamais figé, toujours susceptible d'être modifié. Cependant, un système juridique est supposé être stable¹⁰⁷. Face à ce paradoxe consubstantiel aux fonctions du droit, deux approches théoriques sont possible : insister sur les éléments relativement stables du système, ses structures invariantes qui définissent les propriétés synchroniques du système ou, à l'inverse, mettre l'accent sur les éléments variables, ses facteurs d'évolution qui définissent des propriétés diachroniques¹⁰⁸. Le propre de la méthode systémique serait, précisément, d'articuler les deux approches¹⁰⁹ : s'efforcer, en s'appuyant principalement sur les éléments ou les catégories stables, de prendre en compte leur dynamique évolutive dans le temps. Autrement dit, à chacun de ses niveaux, la structure doit à la fois exprimer l'identité profonde du système et pouvoir absorber les éléments qui s'ajouteraient par la suite.

¹⁰² Supra n°16.

¹⁰³ LEMOIGNE, J.-L., « Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique? », RRJ, 1985-1, p. 162.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ D. VERNEUIL, Fonctions et processus du système pénal ce qu'on en dit dans le public, *Déviance et Société*, 1981, vol. 5, n°3, p. 223-245 ; dans le même sens : MIREL, P., Le nouveau système pénal du Sud Vietnam, RSC 1978, p. 289 ; MANACORDA, S., Le droit pénal et l'Union européenne : esquisse d'un système, RSC 2000 p. 97 ; RICO, J.-M., Le droit de punir, *Criminologies*, vol. 19, n°1, 1986, p. 129.

¹⁰⁶ Supra n°16.

¹⁰⁷ En ce sens : BERGEL, J.-L., précité, n°97-98, 102-103 ; LEMOIGNE, J.-L., Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique? , RRJ 1985-1, p. 155 et s. ; CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, PUF, coll. Quadrige, 1994, p. 346, 350 ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, je système juridique, entre ordre et désordre, précité, p. 203.

¹⁰⁸ OST, F. et VAN de KERCHOVE, je système juridique, entre ordre et désordre, précité, p. 203 ; dans le même sens : WALLISER, B., *Systèmes et modèles, introduction critique à l'analyse de systèmes*, Seuil, 1977, p. 225.

¹⁰⁹ *Ibid.*

23. *Un système se transforme avec le temps sans perdre son identité* – Un autre élément à prendre en compte pour l'élaboration de la structure du système vient d'être évoqué : celle de son identité. Cette thématique peut s'entendre de différentes manières. Déclinée de l'identité, l'identité renvoie à l'unité, le critère qui permet de savoir si deux éléments sont suffisamment semblables pour appartenir au même système, une question déjà abordée. Selon une conception plus abstraite, déclinée du concept juridique de l'identité d'une personne, elle désigne l'ensemble des traits et des caractéristiques qui permettent de reconnaître un certain système et de le distinguer d'un autre. Ce qui renvoie alors à celle de modèle.

24. *Un système est modélisable* - La notion de modèle « correspond à une sorte de maquette qui reproduit, sous une forme simplifiée et uniformisée, les propriétés d'un objet plus vaste et diversifié, et qui est destiné à fournir à la fois une représentation et un schéma de reproduction (...), en procédant par simplification et en dégagant une construction d'ensemble, fondée sur une structure d'analyse commune »¹¹⁰. La notion de modèle renvoie à celle de structure mais intègre ce qui, grâce à ses caractéristiques, à ses qualités, peut servir de référence à l'imitation ou à la reproduction¹¹¹. Considérés dans leur globalité, les droits peuvent se regrouper par tradition : common law, romano-germanique, socialiste ou islamique, par exemple¹¹². Des modèles plus spécifiques aux branches du droit existent également. En droit constitutionnel, par exemple, l'organisation du pouvoir politique a été rationalisée en distinguant les Etats unitaires, fédéraux et les confédérations ; ceux-ci connaissant eux-mêmes des sous-distinctions, telles que la déconcentration et la décentralisation, sous-organisations du pouvoir des Etats unitaires. En droit international, les organisations ont pu être classifiées selon le modèle d'« intégration » ou de « coopération » qu'elles suivent¹¹³. En procédure pénale, deux modèles procéduraux s'opposent : le modèle inquisitoire et le modèle accusatoire. A l'appui de l'essence du droit pénal dans son ensemble – la punition - deux modèles principaux ont été distingués : le modèle autoritaire et le modèle libéral, selon la terminologie consacrée¹¹⁴.

¹¹⁰ BERGEL, J.-L., Justice et modélisation, RRJ, 2005-5, pp. 2842 -2845. Dans le même sens ; ATIAS, C., Epistémologie juridique, PUF, 1985, n°63 : la modélisation est « un processus cognitif de conception-construction des modèles intelligibles par lesquels s'expriment, se créent et se désignent les connaissances ».

¹¹¹ V° modèle, Dictionnaire Trésors de la langue française.

¹¹² v. LEAGEAIS, R., Grands systèmes de droit contemporains - approche comparative, Litec, 2008.

¹¹³ Voir en particulier : BERNARD, E., La distinction entre organisation de coopération et organisation d'intégration : l'Union européenne au carrefour des méthodes, in ; DUBIN, L. et RUNAVOT, M.-C., Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ? Pedone, 2014, p. 103 et s.

¹¹⁴ PRADEL, J., Droit pénal comparé, Dalloz, coll. Précis, 2008, 3^{ème} édition, p. 713 et s. Adoptant la terminologie « autoritaire » et « libérale » : LAZERGES, C., La politique criminelle, PUF, Que sais-je ?, 1987, p. 25-54 ; DELMAS-MARTY,

25. *Systèmes pénaux et modèles pénaux* – Historiquement, le premier modèle pénal est caractérisé par une confiance absolue dans la punition orchestrée par l'Etat¹¹⁵. « Très soucieuse de la cohésion de la communauté et de ses valeurs fondamentales comme la vie, l'intégrité de la personne ou le patrimoine, [le] modèle autoritaire entend préférer la société à l'individu : ce dernier, s'il trouble la société, doit être puni »¹¹⁶. En droit pénal de fond, ce modèle peut se résumer en deux axes : une responsabilité pénale engageable le plus largement possible - incriminations vagues ou extensives, incrimination des actes préparatoires et des simples résolutions criminelles, existence d'une responsabilité des personnes morales, auteurs ou complices d'infractions, etc - et des réponses les plus neutralisantes possible - sanctions sévères telles que la peine privative de liberté, voire la peine de mort, peu de considérations pour la réhabilitation ou l'individualisation de la peine, ou encore l'existence de mesures de sureté¹¹⁷. Une procédure pénale d'inspiration autoritaire privilégiera les impératifs de la répression au respect des libertés individuelles et des droits de l'accusé et sera d'inspiration inquisitoire, en donnant de larges pouvoirs aux autorités policières, acceptant le recours à des mesures proactives et provocatrices, entre autres exemples¹¹⁸. Le modèle libéral, quant à lui, peut être défini comme la « reconnaissance, face à l'appareil étatique, de l'individu en tant que valeur autonome, impliquant le respect et la dignité du délinquant, et le souci de la réinsertion sociale. Le libéralisme pénal entend assurer un équilibre entre la lutte contre le crime et la protection des droits et des libertés de l'individu¹¹⁹. Ce modèle conduit, par exemple, à ne pas incriminer les simples résolutions criminelles ou à exclure la responsabilité du fait d'autrui¹²⁰. Deux variantes procédurales ont été observées. La variante « modération du système pénal »¹²¹ privilégie le principe de l'accusatoire et le recours aux jurys populaires, est attaché à la présomption d'innocence, ne connaît pas de juridictions d'exception mais surtout, est soumis au respect des droits fondamentaux et des

M., L'analyse systémale et la politique criminelle, in Archives de politiques criminelles, n°8, Pedone, 1985, p. 27 et s. ; FOFE MALEWA, Djofia, Contribution à la recherche d'un système de justice pénale plus efficient au Zaïre, th. Dactyl. Aix-Marseille III, 1990, pp. 249-250.

A noter qu'un troisième modèle a été dégagé, le modèle totalitaire, dans lequel l'Etat s'affranchit de toute subordination à la loi. Ce modèle est à exclure compte tenu de ce que, l'Union européenne comme les Etats membres sont des « Etats de droit ».

¹¹⁵ Il connaît toutefois deux variantes : l'une met la sévérité de la punition au service de la protection de l'ordre public, l'autre la met au service d'un changement politique et social. Celle-ci étant exclusivement connue des pays d'héritage communiste alors que l'Union est imprégnée d'une idéologie libérale, ce modèle peut d'ores et déjà être exclu de l'étude (*Ibid.*, p. 717).

¹¹⁶ *Ibid.* p. 717.

¹¹⁷ *Ibid.* pp. 717-738.

¹¹⁸ Pour une présentation plus exhaustive de ce modèle, voir : PRADEL, J., précité, p. 717 et s.

¹¹⁹ *Ibid.* p. 746 et s.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.* p. 749.

libertés individuelles¹²². La seconde variante, celle du « repli du système pénal », est caractérisée par une externalisation de la sanction des infractions, soit par la déjudiciarisation¹²³, soit par la dépénalisation absolue¹²⁴ ou relative¹²⁵

26. *Un système est logique* – Dernier élément de définition d'un système, un système est logique. Logique signifie « conforme au bon sens, aux règles de la logique (abstraction, argumentation, déduction, démonstration, explication) »¹²⁶ mais également « qui constitue un enchaînement cohérent »¹²⁷, « harmonieux »¹²⁸, exempt de contradictions¹²⁹. A cet égard, la méthode systémique cherche à dominer par des « connexions systématiques » les hasards de l'observation »¹³⁰. En outre, si l'on exige, plus littéralement, d'un système qu'il soit « logique », cela induit qu'il ne pourrait y avoir des incompatibilités ou des contradictions dans son contenu. En réalité, pour la grande majorité des auteurs, c'est inévitable¹³¹. Il y a nécessairement des contradictions au sein d'un système juridique ; la seule existence de l'adage *specialia generalibus derogant* ne l'atteste-t-il pas ? La bonne question n'est donc pas de savoir si, lorsque des anomalies systémiques existent, cela affecte la qualification de « système », mais de savoir si le système est à même de les régler, le cas échéant. En opérant un parallèle avec le corps humain, qui constitue indiscutablement un système, sa vulnérabilité exogène (accident, blessure) et endogène (maladie) ne peut raisonnablement être considérée comme une « anomalie » que lorsque le corps humain n'a pas les moyens de se guérir.

27. A l'appui de ces précisions relatives aux notions que sont le droit pénal de l'Union et un système de droit, l'objet de l'étude sera donc l'appréhension du corpus pénal de l'Union en tant

¹²² *Ibid.* pp. 749-756.

¹²³ Entendu comme l'ensemble des mécanismes visant à éviter l'intervention du juge pénal, remplacée par celle de la police, du procureur ou encore d'un médiateur - *Ibid.* pp. 764 et s.

¹²⁴ Ou décriminalisation, qui ôte tout caractère illicite à un comportement. *Ibid.* p. 785 et s.

¹²⁵ C'est-à-dire qui ôte le caractère d'infraction pénal à un comportement, pour autant que celui-ci reste illicite. Cela se manifeste concrètement par l'administrativisation des infractions pénales, notamment. *Ibid.* pp. 774-785.

¹²⁶ V° Logique, dictionnaire Trésor de la langue française.

¹²⁷ V° Logique, dictionnaire de l'Académie française.

¹²⁸ V° Cohérent, sens B, Dictionnaire Trésor de la langue française.

¹²⁹ En ce sens, v° Cohérence, sens B, Dictionnaire Trésor de la langue française.

¹³⁰ BERGEL, J.-L., Justice et modélisation, RRJ, 2005-5, pp. 2842 -2845. Dans le même sens ; ATIAS, C., Epistémologie juridique, PUF, 1985, n°63 : la modélisation est « un processus cognitif de conception-construction des modèles intelligibles par lesquels s'expriment, se créent et se désignent les connaissances ».

¹³¹ LEBEN, C., précité, pp. 33-34 ; ATIAS, C., Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? Archives de philosophie du droit, Sources du droit, tome 27, Sirey, 1982, p. 222-223, spéc. p. 223 : « une règle qui est prétendument le droit peut être réduite à néant soit dans un de ses sens possible par une interprétation contradictoire, soit dans tous son sens par une autre règle contradictoire ».

que système, de le considérer comme un ensemble de textes, de doctrines et d'organismes dont l'existence et le fonctionnement sont reliés, par leur origine, aux traités de l'Union, et par leur finalité au problème criminel et à la réaction sociale qu'il suscite¹³². Cette approche présente divers intérêts qui vont permettre de préciser le sujet de l'étude, sa ou ses problématiques.

SECTION 2 - LE SUJET DE LA RECHERCHE : L'ETUDE DU DROIT PENAL DE L'UNION EUROPEENNE SOUS LE PRISME SYSTEMIQUE

28. Intérêts du sujet – La particularité de la perspective systémique est d'accorder une attention particulière au caractère de « totalité », notamment aux mécanismes de surveillance de son fonctionnement¹³³, une approche toute indiquée (§2) eu égard au besoin manifeste de compréhension du droit pénal de l'Union européenne (§1).

§1 – POURQUOI S'INTERESSER AU DROIT PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

29. Développement du droit pénal de l'Union et incidence sur les droits pénaux nationaux – Entrant directement en conflit avec la souveraineté pénale traditionnellement étatique, les relations entre droit de l'Union et droit pénal ont assez tôt suscité l'intérêt de la doctrine¹³⁴. Toutefois, il ne s'agit plus de s'intéresser à l'effet, positif ou négatif, du droit de l'Union sur le droit pénal national. ces phénomènes sont désormais bien connus et ne nécessitent pas plus de développements que ceux déjà existants et auxquels il convient de se référer¹³⁵. Il est

¹³² A l'exception de la mention de l'origine, définition empruntée à : RICO, J.-M., Le droit de punir, Criminologies, vol. 19, n°1, 1986, p. 129.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Voir, par exemple, dès les années 1970 : BIGAY, J., Droit communautaire et droit pénal, RTD eur. 1972, p. 727 ; MISTRAL, J.-J., Droit pénal et marché commun, thèse dactyl., Univ. de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille, 1975 ; GASSIN, R., Incriminations pénales et marché commun, in : Mélanges Jauffret, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p. 21.

¹³⁵ Sur la question, voir notamment : BARBE, E., L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière, AJ pénal 2011, octobre, p. 438 ; BOULOC, B., L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, in : Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, Le droit pénal européen, Litec, 1992, p. 13 et s. ; JEAGER, M., Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal : l'institution d'une communauté de droit, Revue de droit pénal et de criminologie, dec. 2004, p. 1099 et s. ; BORE, J., La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire,

désormais davantage pertinent de se concentrer sur l'intervention directe de l'Union dans le champ pénal. Il est acquis que celle-ci n'a cessé de gagner en importance, aussi bien quantitativement par l'adoption régulière de nouveaux actes, que qualitativement, par l'accroissement progressif de leur normativité. Celle-ci édicte désormais ses propres règles de droit pénal, ses propres définitions, ses propres conceptions des grands principes de la matière. Or, d'une part, la construction de l'Union a toujours été « un processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples »¹³⁶ et, pour l'heure, rien ne permet de penser raisonnablement que la tendance s'inversera¹³⁷. D'autre part, par l'effet de « vases communicants » qui caractérise les rapports entre le droit de l'Union et des Etats membres, ce que l'Union acquiert, les Etats membres le perdent. Cela étant, la compétence pénale de l'Union n'étant pas complètement généralisée, puisque non exclusive, le droit pénal de l'Union coexiste avec celui de ses Etats membres. Or, selon une règle implicite mais fondamentale du droit, deux conceptions – l'une unioniste, l'autre nationale – d'un même objet ne peuvent coexister¹³⁸. Enfin, le droit de l'Union primant le droit national, il est donc essentiel de bien comprendre le droit pénal de l'Union afin d'en tirer les conséquences pour le droit pénal national. En effet, désormais, « méconnaître le droit communautaire revient à mal connaître son droit national »¹³⁹.

30. *La difficile délimitation du corpus pénal unioniste* – S'il est naturel que les études et les recherches sur cette nouvelle branche du droit se soient multipliées, celles-ci ne portent souvent que sur une partie plus ou moins importante de celle-ci¹⁴⁰. Non sans raison. Bien qu'il ne soit guère douteux qu'il existe un droit pénal de l'Union européenne, son contenu exact reste

Mélanges André VITU, Cujas, 1989, p. 26 ; MASSE, M. L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français, RSC 1996 – 4, p. 935 et s.

¹³⁶ Art. 1 TUE.

¹³⁷ Bien que ces dernières années ont été marquées par diverses remises en question de l'existence de l'Union ou de ses actions, la construction unioniste se poursuit. Le Brexit, les tensions croissantes avec la Pologne, la « crise des migrants » n'ont pas empêché les institutions d'avancer sur le projet de création d'un Parquet financier spécialisé.

¹³⁸ BERGEL, J.-L., Différence de nature égale différence de régime, RTD civ. 1984, pp. 255-272.

¹³⁹ SOULIER, G., Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? in : DIMON, D. (dir.), Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 57-80, spéc. p. 80.

¹⁴⁰ On peut notamment évoquer les recherches suivantes : AUVRET-FINCK, J. (sous la direction de), L'Union Européenne et la lutte contre le terrorisme : état des lieux et perspectives ; Larcier, 2010 ; BEAUCILLON, C., Les mesures restrictives de l'Union Européenne, Bruylant, 2014 ; BEAUVAIS, P., Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union européenne, th. dact., Paris X Nanterre, 2006 ; BERTHELET, P., Le droit institutionnel de la coopération policière et judiciaire pénale ; Edition les Vignes, 2001 ; BOT, S., Le mandat d'arrêt européen, Larcier, 2009, CATELAN, N. (dir.), « La lutte contre le terrorisme en droit et jurisprudence de l'Union européenne, PUAM, 2014 ; POELEMANS, M., La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'UE, Bruylant, 2004 ; TAUPIAC-NOUVEL, G., Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice, LGDJ – Fondation Varenne, 2011 ; WEYEMBERGH, A., L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions ; Editions de l'Université de Bruxelles, 2004.

incertain, ses frontières précises étant toujours âprement discutées. D'une part, la question d'un droit pénal communautaire antérieur au traité de Maastricht reste discutée. D'autre part, limiter le « droit pénal de l'Union européenne » à l'ensemble des actes découlant des chapitres 4 et 5 du titre V TFUE, comme c'est généralement le cas, relève d'un écueil méthodologique postulant qu'il n'existe pas de droit pénal en dehors de ces bases juridiques. On exclut alors des éléments ayant à l'évidence un objet pénal : les mesures restrictives antiterrorisme et la lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'UE, par exemple. Enfin, la notion de « pénal » est devenue éminemment relative en Europe : les droits pénaux institutionnalisés par les droits nationaux ne se superposent pas parfaitement les uns aux autres, pas plus qu'ils ne correspondent à la notion de « matière pénale » en droit de la Convention EDH, plus large. Or, le droit communautaire regorge de ces infractions qualifiées d'administratives mais soumises au régime de cette « matière pénale », notamment les infractions au droit de la concurrence. L'absence de consensus doctrinal autour de la délimitation du champ pénal de l'Union affecte nécessairement les analyses qui en sont faites.

31. La difficile qualification du corpus pénal unioniste – A qualifier l'ensemble normatif qu'est le droit du volet pénal de l'ELSJ de droit pénal de l'Union européenne¹⁴¹, il apparaît assez rapidement que l'appréhension de cet ensemble sous le prisme d'une expression polysémique comme « droit pénal » n'est pas satisfaisante. Cette expression désigne généralement l'ensemble des règles relatives aux infractions et aux peines¹⁴². Or, les normes relatives à Eurojust, Europol, ou encore la reconnaissance mutuelle des décisions de justice pénale ne définissent pas d'infraction, ni ne prévoient de sanction. « Droit pénal » peut être plus globalement entendu comme synonyme de « justice pénale » ou de « système pénal » pour désigner, ensemble, les pouvoirs d'interdire certains agissements et d'imposer les sanctions prévues¹⁴³. Cela n'est guère plus satisfaisant dans la mesure où l'article 83, §1 et §2 TFUE confère à l'Union le pouvoir de criminaliser, mais pas celui de punir ; Europol et Eurojust ne disposent d'aucun pouvoir de police ou de justice ; l'éventuel futur Parquet européen permettra tout au plus de considérer que l'Union

¹⁴¹ Par exemple : V° Droit pénal de l'Union européenne, *in* : BEZZIZ-AYACHE, A., Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale, Ellipses, 5^{ème} éd. 2011.

¹⁴² RICO, J. M., Le droit de punir, Criminologie, vol. 19, n°1, 1986, p. 115. Dans le même sens : LEGUNEHEC, F. et DESPORTES, F., Droit pénal général, Economica, 2007, n°5.

¹⁴³ RICO, J. M., Le droit de punir, Criminologie, vol. 19, n°1, 1986, p. 115. Dans le même sens : MERLE, R. et VITU, A., Traité de droit criminel, Cujas, 1982, n°146 ; PRADEL, J., Droit pénal général, Cujas, n°1.

poursuit mais ne condamne pas¹⁴⁴. En somme, l'actuelle appellation de « droit pénal de l'Union européenne » apparaît être essentiellement académique, permettant de distinguer cet ensemble normatif du droit pénal national et des autres branches du droit de l'Union, sans réellement contribuer à une meilleure compréhension de celui-ci dans son ensemble.

32. « Mauvaises pensées et autres » à propos du droit pénal de l'Union – Malgré l'intérêt croissant de la doctrine pour cette nouvelle matière, celle-ci reste manifestement mal comprise et généralement accueillie avec méfiance et esprit très critique¹⁴⁵. Le droit pénal de l'Union européenne est perçu, au mieux comme difficilement compréhensible¹⁴⁶, au pire comme fragmentaire¹⁴⁷, dépourvu de réflexion de fond concernant sa finalité¹⁴⁸, son utilité et ses fonctions¹⁴⁹, parfois incohérent¹⁵⁰, parfois peu respectueux des principes généraux du droit pénal¹⁵¹ ; sa légitimité même n'est pas acquise pour tous¹⁵². Rajoutant à la difficile compréhension, son contenu est loin d'être unanimement reconnu.

¹⁴⁴ En effet, l'article 86 TFUE prévoit expressément que les poursuites conduites par le Parquet européen s'exerceront devant les juridictions nationales. Sur la question voir infra, n°204.

¹⁴⁵ GADIOU, J.-P., La communautarisation du droit pénal : entre nécessité et défiance, Justice et cassation, Dalloz, 2009, pp. 36-45 ; HERVOUËT, F., Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? *in* : La sanction du droit, Mélanges offerts à P. COUVRAT, PUF, Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 2001, pp. 243-254.

¹⁴⁶ BERNARDI, A., Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales, *in* : Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à J. PRADEL, Cujas, 2006, pp. 955-973.

¹⁴⁷ MANACORDA, S., Droit pénal et Union européenne, RSC 2000-1, p. 109 ; HERVOUËT, F., Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? *in* : La sanction du droit, Mélanges offerts à P. COUVRAT, PUF, Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 2001, pp. 243-254, p. 245.

¹⁴⁸ Voir notamment : WEYEMBERGH, A., L'espace pénal européen : épée des droits fondamentaux dans l'Union européenne, *in* : CARTUYVELS, Y. (dir.), Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ? Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 192 ; VAN DE KERCHOVE, M., Introduction *in* : BERNARD, D. (dir.) Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international, Anthémis, 2014, p. 14 ; FLORE, D., Le droit pénal de l'Union européenne, Larcier 2009, p. 19.

¹⁴⁹ FLORE, D., Droit pénal européen, Larcier, 2009, p. 226 ; WEYEMBERGH, A., L'harmonisation des législations : conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 18 ; VAN DE KERCHOVE, M., Introduction, précité.

¹⁵⁰ Ainsi, E. GINDRE évoque « les logiques confuses de la dynamique d'intégration pénale de l'Union européenne » - GINDRE, E., Discussion : L'harmonisation pénale accessoire, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 198.

¹⁵¹ Entre autres exemples : à propos des griefs adressés par rapport au principe de légalité : n°743 et s. : BERNARDI, A., L'harmonisation pénale accessoire, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des Législations comparées, 2012, p. ; à propos du principe ne bis in idem : n°728-736 ; propos des atteintes de l'harmonisation aux PGD pénaux : GINDRE, E., L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, LGDJ – La Varenne, 2009, pp. 252-290 ; plus généralement : PRADEL, J., GORSTENS, G., et VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, 2009, p. 685-690.

¹⁵² En ce sens : GUIDICELLI-DELAGÉ, G., introduction générale, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 18 ; VAN DE KERCHOVE, M., Introduction, précité.

33. Il apparaît donc que cette sous-branche du droit de l'Union souffre d'un manque de conceptualisation globale, de théorisation de l'ensemble¹⁵³. Compte tenu de l'impact du droit pénal de l'Union sur le droit des Etats membres, il est difficile d'imaginer que, depuis vingt ans, les institutions et les Etats membres construisent un ensemble de normes sans cohérence, sans aucune réflexion de fond, « au petit bonheur la chance » pourrait-on dire. L'analyse systémique apparaît alors tout indiquée.

§2 – POURQUOI L'ANALYSE SYSTEMIQUE

34. **Intérêt de la systémique** – Fondée sur les idées que « le tout est plus que la somme des parties »¹⁵⁴, que « la partie est plus que la fraction du tout »¹⁵⁵, que « le tout est dans la partie qui est le tout »¹⁵⁶, la méthode systémique découpe l'objet d'étude selon la méthode analytique mais dépasse ce raisonnement purement cartésien en n'omettant jamais que l'objet d'étude est une globalité, dans un environnement et une temporalité¹⁵⁷; elle cherche moins à simplifier la complexité qu'à la comprendre en elle-même¹⁵⁸. Ainsi, d'une manière générale, l'analyse systémique est reconnue pour son utilité quant à l'amélioration des connaissances des phénomènes étudiés¹⁵⁹.

35. **Systémique et droit** – Si le droit n'a pas été perçu dès le départ comme un système, l'analyse juridique à travers le prisme systémique est désormais bien assise en doctrine; le droit est généralement représenté comme un système¹⁶⁰. Ce serait même le thème fondamental de la

¹⁵³ WEYEMBERGH, A., A la recherche d'un espace judiciaire pénal européen, *in* : MAGNETTE, P., et REMACLE, E., Le nouveau modèle européen, vol. 2 : les politiques internes et externes, Edition de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 31.

¹⁵⁴ DRUKHEIM, E., Les règles de la méthode sociologique, 1894, 1894, F. Alcan (consulté sur Gallica.bnf.fr), p. 126; PASCAL, B., Pensées, tome 1, Hachette, 1904 (consulté sur Gallica.bnf.fr), p. 88.

¹⁵⁵ LE MOIGNE, J.-L., Le macro-concept de la méthode, *in* La radioscopie d'Edgar MORIN, Revue européenne des sciences sociales, 1987, n°75, p. 161; GODIN, C., La totalité : de l'imaginaire au symbolique, volume 1, Champ Vallon, 1998, p. 912; PASCAL, B., précité.

¹⁵⁶ SAMPER, C., p. 343.

¹⁵⁷ Loc. cit. n°16.

¹⁵⁸ SAMPER, C., p. 343.

¹⁵⁹ GASSIN, R., précité, p. 353.

¹⁶⁰ SAMPER, C., Argumentaire pour l'application de la systémique au droit, Archives de philosophie du droit, Le droit et l'immatériel, tome 43, 1999, p. 329; SEVE, R., Introduction, Archives de philosophie du droit, LE système juridique, tome 31, 1986, pp. 1 et s.

théorie du droit moderne¹⁶¹. Ainsi, pour certains auteurs, dans une certaine mesure – qualitative et quantitative - s'il y a « droit », il y a « système de droit » : « le droit forme système non pas du fait de l'action volontaire du législateur ou tout autre autorité normative mais avant, en dehors, et même à l'encontre » de l'action intellectuelle délibérée qu'est la systématisation¹⁶². Dès lors, l'analyse systémique s'impose nécessairement à la doctrine juridique, à un moment ou à un autre. Celle-ci serait particulièrement intéressante en ce que, « si, en fait, les juristes, s'efforcent depuis longtemps d'édifier des constructions d'ensemble à partir de solutions du droit positif, celles-ci demeurent très subjectives et manquent de rigueur. Le recours à l'analyse systémique permet au contraire d'obtenir beaucoup plus d'objectivité et de précision »¹⁶³.

36. *Systémique et droit pénal de l'Union* - Les recherches sur la notion de système juridique ainsi que sur les systèmes juridiques ne s'inscrivent pas toutes dans la même démarche scientifique mais l'effort de théorisation exprime dans tous les cas le besoin de compréhension approfondie d'un phénomène juridique souvent peu défriché¹⁶⁴. On ne saurait ainsi mieux exprimer ce que suscite, chez le juriste, l'étude du droit pénal de l'Union européenne et plus encore l'idée de l'existence d'un système pénal de l'Union européenne. En 1996, les analyses relatives au développement d'un droit pénal de l'Union apparaissaient largement contradictoires ; n'ayant pas cette maturité qui conduit à un consensus sur l'essentiel et à une présentation quasi stéréotypée permettant à tout enseignant de le transmettre et aux étudiants de bien comprendre avant d'apprendre vite¹⁶⁵. En 2000, la systématisation théorique des euros-infractions harmonisées apparaissait toujours « complètement insatisfaisante »¹⁶⁶ ; l'absence de compétence pénale généralisée de l'Union donnerait lieu à des incohérences significatives d'ordre systémique¹⁶⁷.

¹⁶¹ SEVE, R., précité. ; OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, précité, p. 9 : « que le droit – du moins le droit occidental moderne – se produise sous la forme de système est une évidence difficilement réfutable ».

¹⁶² RIALS, S., Supraconstitutionnalité et systémité, in *Le système juridique*, Archives de philosophie du droit, tome 31, Sirey, 1986, p.71. Dans le même sens : TROPER, M., (précité, p. 29) pose la question « à quoi reconnaît-on qu'on est en présence d'un système juridique ? » ce qui induit que celui-ci préexiste à sa reconnaissance par l'observateur ; HEIDEGGER, Encyclopédie des sciences philosophiques, I, La science de la Logique, 1970, p. 158 (cité par SEVE, R., précité, p. 71) : « l'ambition systémique suppose l'affirmation de l'intelligibilité absolue du réel ».

¹⁶³ GASSIN, R., précité, p. 360.

¹⁶⁴ TIMSIT, G., v° Système, in *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, 2003, p. 1462.

¹⁶⁵ MASSE, M., L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français, RSC 1996-4, p. 935.

¹⁶⁶ MANACORDA, S., Droit pénal et Union européenne : esquisse d'un système, RSC 2000-1, p. 99.

¹⁶⁷ En ce sens, MANACORDA, S., La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques, in : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, S. (dir.), Responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales, Société des législations comparées, 2013, p. 44.

Depuis, tout au plus, a-t-il été acté l'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne¹⁶⁸, tout comme l'esquisse d'un système¹⁶⁹. Toutefois, un certain nombre d'auteurs s'étant interrogé sur l'existence d'un droit pénal unioniste, d'une justice pénale européenne, ou toute autre appellation sous-entendant une « fédéralisation » rampante du droit pénal dans l'Union européenne indique l'intérêt de la doctrine pour l'objet de cette étude¹⁷⁰ et justifie que celui-ci soit abordé de manière approfondie. A cet égard, une analyse très sommaire démontre la pertinence de la démarche.

37. Analyse systémique sommaire – Même si son contenu est incertain, la récurrence croissante de l'expression « droit pénal de l'Union européenne » dans la doctrine juridique exprime l'existence d'un ensemble d'éléments relativement important. En outre, il n'est guère besoin d'entrer dans les détails pour constater que les différents éléments du droit pénal de l'Union européenne sont en interaction. L'article 67, §3 TFUE, en particulier, relie les finalités de l'action pénale de l'Union et les moyens mis à sa disposition pour y parvenir : « L'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité par des mesures de prévention de la criminalité, du racisme et de la xénophobie, ainsi que de lutte contre ceux-ci, par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales ». Toutefois, la structure arborescente qui résulte de cet article et qui met la prévention de la criminalité, la coopération judiciaire et policière, la reconnaissance mutuelle et, si nécessaire, l'harmonisation des législations pénales conjointement au service des objectifs de l'ELSJ, n'est pas confortée par l'article 82, §1 TFUE. Aux termes de celui-ci, « la coopération judiciaire est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle (...) et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires » prévu par les articles 82,

¹⁶⁸ Ainsi que l'indique l'intitulé de la thèse d'E. GINDRE : L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, LGDJ, La Varenne, 2009 (voir plus spécialement sa conclusion, n°1045).

¹⁶⁹ MANACORDA, S., Le droit pénal et l'Union européenne, esquisse d'un système, RSC 2000/1, p. 95 et s.

¹⁷⁰ Notamment : CORSTENS, G., Vers une justice pénale européenne ? in : DELMAS-MARTY, M., Vers un droit pénal européen commun ? ; Archives de politiques criminelles ; n°19 1997 ; FLORE, D., Une justice pénale européenne après Amsterdam, JTDE , 1999, p. 122 et s. ; GRASSO, G., Les perspectives de formation d'un droit pénal de l'Union européenne ; Archives de politiques criminelles ; n°18 ; 1996 ; MANACORDA, S., Pour un corpus juris, perspectives d'unification du droit pénal des affaires en Europe, les Cahiers de la sécurité intérieure, 1999, n°2 ; MANACORDA, S., Le droit pénal et l'Union européenne : esquisse d'un système ; RSC 2000 p. 95 ; FALL, N., Vers un système européen de justice pénale, th. Dactyl., Nice, 2007 ; GINDRE, E., L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, LGDJ 2010 ; VERVAELE, J.-A.-E., Le droit pénal européen, vers un droit pénal fédéral ? ; in : Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à PRADEL, M., Cujas ; 2006 ; p. 1127-1150.

§2 et 83 TFUE. Cette seule phrase fait de la coopération judiciaire un objectif ; la reconnaissance mutuelle est le moyen, et l'harmonisation des législations devient un moyen de parvenir à une reconnaissance mutuelle effective. A l'évidence, la question de la structure du volet pénal de l'ELSJ a besoin d'être clarifiée.

38. En somme, le sujet de cette thèse est moins de savoir s'il existe un système pénal de l'Union européenne que de savoir quel est ce système qui s'est imperceptiblement mais indiscutablement construit. De quoi est-il composé ? Comment peut-on le décomposer afin de mieux l'appréhender ? Est-il parfaitement logique et cohérent ? Quelle est son identité, son idéologie ? Quel est son modèle ? Il reste toutefois à préciser la démarche qui permettra de répondre à ces questions.

SECTION 3 – METHODOLOGIE GENERALE

39. *Précisions restant à apporter* - Toute démarche scientifique se doit d'être méthodique et précise. Compte tenu de la polysémie des notions « droit pénal » et « système », quelques précisions terminologiques apparaissent utiles, voire nécessaires (§1) aux fins de la meilleure compréhension possible de la démarche adoptée (§2).

§1- PRECISIONS TERMINOLOGIQUES

40. *Nécessité de conventions de langages* - Si les notions de « droit pénal de l'Union européenne » et de « système juridique » méritent toutes deux des précisions terminologiques, les raisons sont différentes. Comme il a été évoqué, l'expression « droit pénal de l'Union européenne » ne sied pas parfaitement au contenu qu'on lui prête généralement, lequel, du reste, n'est pas certain ; il est alors préférable d'adopter une convention de langage claire et précise pour désigner les principaux concepts regroupés sous cette expression (A). De son côté, celle de « système juridique » est fréquemment utilisée comme synonyme d'autres concepts juridiques.

Toutefois, les mots ont un sens, tout comme les distinctions terminologiques Aussi, convient-il d'isoler la notion de « système juridique » de celles avec lesquelles on l'assimile parfois (B).

A- PRECISIONS TERMINOLOGIQUES RELATIVES AU DROIT PENAL DE L'UNION
EUROPEENNE

41. *Convention de langage adoptée* – Le corpus communément qualifié de « droit pénal de l'Union européenne » ne répond pas aux définitions communes de « droit pénal »¹⁷¹, il semble préférable d'adopter une autre dénomination. Les traités suggèreraient de le qualifier de « droit de la coopération judiciaire et policière ». Toutefois, la création d'infractions communes, la reconnaissance mutuelle des décisions répressives et la perspective d'institution d'un Parquet européen, ne s'inscrivent pas dans une dynamique d'entraide judiciaire ou policière traditionnelle, qui perdure par ailleurs. Aussi, est-il souhaitable d'adopter une qualification originale. Ainsi, il sera fait usage de celle de « droit du volet pénal de l'ELSJ », qui permet ainsi de regrouper l'ensemble des actes qui procèdent des articles 82 à 89 TFUE, sans pour autant attribuer une quelconque qualification juridique préexistante. L'expression « droit pénal de l'Union européenne » peut ainsi être réservée au droit issu de l'Union qui définit des infractions, prévoit des sanctions, les règles d'engagement de la responsabilité pénale, sans faire dépendre cet ensemble d'une base juridique en particulier. La conception large de « droit pénal » regroupant tout type d'éléments ayant un objet pénal, sans postuler de la nature et de l'objet précis de la norme, sera désignée sous l'expression de « champ pénal ».

B- PRECISIONS TERMINOLOGIQUES RELATIVES A LA NOTION DE SYSTEME
JURIDIQUE

42. *Système juridique et notions assimilées* - La notion de système juridique est parfois entendue comme « un simple synonyme pour droit objectif ou droit positif »¹⁷² ; son intérêt est donc médiocre¹⁷³. A l'évidence, il y a bien un droit pénal de l'Union européenne. Les sciences juridiques assimilent bien plus volontiers la notion de système juridique à celle d'ordre

¹⁷¹ Voir supra, n°31.

¹⁷² CARBONNIER, J., La sociologie du droit, Quadrige, PUF, p. 346-347.

¹⁷³ CARBONNIER, J., La sociologie du droit, Quadrige, PUF, p. 346-347.

juridique¹⁷⁴. Force est, toutefois, de constater que les deux vocables ne sont pas synonymes. Ordre dérive du latin *ordo* signifiant « rang », « rangée », « mettre en rang »¹⁷⁵, le concept d' « ordre juridique » renvoie alors à un ensemble de relations d'ordonnement (« mettre en ordre ») d'un droit positif concret¹⁷⁶. Ainsi, dans le langage habituel de la théorie du droit, l'expression « ordre juridique » désigne un ensemble de normes que l'héritage « kelsenien » ramène intuitivement à « une hiérarchie des normes »¹⁷⁷, un ordonnancement verticalement structuré de manière exclusivement formelle, procédant d'une source commune¹⁷⁸, la constitution d'un Etat¹⁷⁹. L'étude d'un corpus normatif sous un tel prisme ne reviendrait jamais qu'à re(con)stituer la hiérarchie des normes de l'objet d'étude et serait d'un intérêt limité¹⁸⁰. Aussi, le concept de « système juridique », lorsqu'il est distingué de l' « ordre juridique », présente bien plus d'intérêts¹⁸¹. L'étymologie

¹⁷⁴ En ce sens : SINDRES, D., La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 503, p. 2 ; HARTNEY, M., v° Système juridique in ARNAUD, A.-J. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2^{ème} éd. 1993; COMBACAU, J., précité, pp. 86-87.

Cette synonymie s'observe par la fréquente utilisation des termes, ou de termes dérivatifs, « ordre » et pour définir ou qualifier un « système » et inversement. FRANCESCOAKIS a ainsi écrit que « sous l'angle du droit international privé, chaque ordre juridique apparaît (...) comme tendant à s'ériger en système indépendant » (La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Paris, Sirey, 1958, p. 55). Plus généraux, C. LEBEN a défini l'ordre juridique comme un « ensemble structuré en système (...) » (v° « Ordre juridique, in ALLAND, D. et RIALS, S., Dictionnaire de la culture juridique, Lamy, PUF, 2003, p. 1113) et KELSEN écrit que « toutes les normes dont la validité peut être rapportée à une seule et même norme fondamentale, forment un système de normes, un ordre normatif » (Théorie pure du droit, Dalloz, 1962, p. 258). A l'inverse, COING, H., (Histoire et signification de l'idée du système dans la science juridique, (en allemand) Francfort, 1956, p. 26 – cité par N. LUHMAN, L'unité du système juridique, Archives de philosophie du droit, tome 31, Le système juridique, Sirey, 1986, p. 164) entend « par système l'ordonnement de connaissances sous un point de vue unitaire » ; MM OST et VAN de KERCHOVE définissent un système comme « l'existence d'un tout ordonné » (Le système juridique, entre ordre et désordre, PUF, coll. Les voies du droit, 1998, p. 25).

Assimilant ordre et système juridique, voir également : KELSEN, H., Théorie pure du droit, Dalloz, 1962 p. 257 ; ROMANO, S., L'ordre juridique, p. 7, 31 ; TROPER, M., Système juridique et Etat, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, précité, p. 30 ; J.-P. COSTA définit l'ordre juridique européen « comme le corpus de règles communes à différents Etats européens qui s'engagent à les respecter, au risque d'en être sanctionné par un système juridictionnel doté de mécanismes propres à assurer l'exécution de ses décisions » (La Cour Européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ? , in : Mélanges Petitti, Bruylant, 1999 p. 198).

¹⁷⁵ MAZURE, A., Dictionnaire étymologique de la langue française, usuelle et littéraire pouvant servir de complément à tous les dictionnaires classiques, 1863, p. 300, consulté sur <http://gallica.bnf.fr>.

¹⁷⁶ GREGORCZYK, C., Ordre juridique comme réalité, Droits, 2002, p. 186.

¹⁷⁷ JEULAND, E., Brèves remarques sur la qualification de l'espace judiciaire européen en un ordre juridique interétatique de droit privé, in : Mélanges P. MANIN.

¹⁷⁸ Appliqué à d'autres contextes, le concept « ordre » véhicule également un ordonnancement logique, linéaire, vertical, procédant d'une source commune. L'ordre de succession est l'ordonnement des héritiers selon une logique linéaire et verticale de proximité ou d'éloignement d'avec le défunt. L'« ordre du jour » est une liste linéaire de question ou thèmes à aborder.

¹⁷⁹ KELSEN, Théorie pure du droit, p. 258. Voir également : MICHAELIDES-NOUAROS, G., Les systèmes juridiques des peuples européens, Publications de l'institut hellénique de droit international et étranger, Athènes, 1958, p. 4. A propos de l'assimilation entre ordre juridique et Etat chez Kelsen, notamment : SINDRES, D., précité, p. 5, qui néanmoins préfère aborder la question des conflits de lois sous le prisme de la notion de « système juridique » (p. 7-8) ; MONJAL, P.-Y., Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 112, 2000, n°81 et s. ; AMSELEK, P., Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques, 2007, http://paul-amselek.com/textes/fausse_idee_claire.pdf, p. 2 et s.

¹⁸⁰ En ce sens : COMBACAU, J., précité, pp. 86-87.

¹⁸¹ En ce sens : SANTI, R., L'ordre juridique, Dalloz, 1975, p. VII ; COMBACAU, J., Le droit international : bric-à-brac ou système ? Archives de philosophie du droit, tome 31, Sirey, 1986, p. 87.

grecque de « système », *systema*, signifie « ensemble »¹⁸², « combinaison »¹⁸³, le « système juridique » se présente immédiatement comme un concept potentiellement plus large ; l'assemblage n'ayant pas nécessairement à « mettre en rang », encore moins à être pyramidal¹⁸⁴, il ne se limite pas nécessairement, en outre, qu'à des normes. S'il fallait résumer en quelques mots la différence, et son utilité scientifique, entre les deux concepts, on peut retenir que le concept d'« ordre juridique » s'épuise dans l'analyse systémique sans que la réciproque soit vraie¹⁸⁵.

43. La pertinence de la distinction dans le cadre de la présente recherche - Distinguer ainsi « ordre » et « système » juridique pour restreindre la notion d'« ordre juridique » à la hiérarchie des normes trouve d'ailleurs un certain écho en jurisprudence de l'Union. A confronter l'emploi proximal des deux expressions, celle d'« ordre juridique » est volontiers employée - quoique non exclusivement, il est vrai - pour faire référence à la hiérarchie des normes de l'Union, dans un contexte de conflit hiérarchique de normes¹⁸⁶, là où celle de « système juridique » évoque plutôt un ensemble moins déterminé¹⁸⁷. L'approche préliminaire de la notion de « système juridique » distinguée de celle d'« ordre juridique » telle que présentement entendue offre une lecture plus éclairée de quelques solutions de la Cour de Justice¹⁸⁸. Selon le très célèbre énoncé de

¹⁸² V° Système, Etymologie, Larousse, Dictionnaire de poche de la langue française, 1971.

¹⁸³ V° Système juridique, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit, LDGJ, 1993, 2^{ème} éd.

¹⁸⁴ Aussi existe-t-il d'autres métaphores de l'ordre ou du système juridique, telles la production à la chaîne de Dworking (sur le sujet, voir : TMSIT, G., l'ordre juridique comme métaphore, Droits, 2002/1, n°35, pp. 3-18) ou le réseau de MM OST et VAN de KERCHOVE (De la pyramide au réseau, pour une théorie didactique du droit, Publication de la Faculté universitaire de Saint-Louis, Bruxelles, 2002).

¹⁸⁵ En ce sens : GREGORCZYK, C., précité, p. 186 ; ARNAUD, A.-J., Critique de la raison juridique, tome 1, 1981, p. 22.

¹⁸⁶ Notamment : CJCE, Simmenthal, aff. C-106/77, §17 : « le droit communautaire fait « partie intégrante avec un rang de priorité de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres » ; 3 sept. 2008, « Kadi I », aff. jointes C-402/05P et C-415/05P, §74 : dans les rapports entre l'ordre juridique de l'ONU, de l'Union et des Etats membres, ces derniers sont tenus par la primauté de la Charte de l'ONU sans que le TCE n'affecte cette obligation » ; 30 mai 2006, Commission c/ Irlande, aff. C-459/03, §84, 121 : les accords signés par l'Union et les accords mixtes (c'est-à-dire ceux signés par l'Union et l'ensemble des Etats membres) ont le même statut dans l'ordre juridique communautaire dont ils font partie intégrante ; CJCE, avis 2/13, §38 : L'adhésion à la convention EDH entraînerait des changements substantiels du régime communautaire de protection des droits de l'homme en ce qu'elle aurait comporté l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration des dispositions de la convention dans l'ordre juridique communautaire.

Contra : SINDRES, D., précité, p. 5, qui néanmoins préférera aborder la question des conflits de lois sous le prisme de la notion de « système juridique » (p. 7-8) ; MONJAL, P.-Y., précité, n°73 e s., 83 et s. ; CHARPENTIER, J., Eléments de cohérence entre ordres juridiques distincts, in Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS, Au carrefour des droits, Dalloz, 2002, pp. 293 et s.

¹⁸⁷ Notamment : CJCE, avis 1/03, §60 : c'est un « système juridique », et non un « ordre juridique », qui satisfait aux exigences de sécurité juridique ; Conclusions de l'av. gén. CRUZ VILLALÓN, présentées le 12 juin 2012 dans l'aff. C-617/10, Aklagaren, évoque le « système de la convention » pour désigner la convention et la jurisprudence de la Cour (§§83-86) ; §29 : le « système de la convention » Bruxelles I comprend des décisions juridictionnelles.

¹⁸⁸ La possibilité que les juges de la Cour de Justice aient entendu le concept d'ordre juridique dans la lignée de KELSEN est d'autant plus plausible que ces derniers ont suivis leur formation juridique pendant l'âge d'or de la pensée de KELSEN qui écrivit en 1926 « Qu'est-ce qui pourrait bien empêcher [des] Etats de conclure un traité qui lie directement et immédiatement leurs sujets ? (...) Pourquoi les Etats ne pourraient-ils (...) avoir voulu obliger directement des individus parfaitement déterminés ou leur conférer directement des droits ? (KELSEN, H., Les rapports de système entre le droit interne et le droit international, RCADI vol. 14, 1926, p. 286 – en ce sens : MALENOVSKY, J., La contribution ambivalente de la CJUE à la saga centenaire de la

l'arrêt *Costa c/ ENEL*, « le traité CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité, et qui s'impose à leurs juridictions »¹⁸⁹. Autrement dit, la hiérarchie des normes issues des traités¹⁹⁰ s'impose en tant que telle au système juridique des Etats membres ; la référence au « système juridique » des Etats membres, plutôt qu'à leur « ordre juridique », permet, d'une part, d'éviter très humblement toute allusion à la place du droit communautaire dans la hiérarchie des normes de chaque Etat membre, ce qui relève de l'autonomie de chaque droit constitutionnel, et d'autre part, de véhiculer l'idée que le droit de l'Union ne s'impose pas à tout acteur du droit, du législateur aux justiciables, en passant naturellement par le juge national. Plus récemment en se prononçant sur l'adhésion de l'Union à la Convention EDH en 2013, la Cour a fait référence à son précédent avis sur la question en ces termes : « cette adhésion aurait entraîné un changement substantiel du régime communautaire existant de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle aurait comporté l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de cette convention dans l'ordre juridique communautaire »¹⁹¹. En effet, l'adhésion de la Communauté, à l'époque, l'aurait insérée dans un « ensemble » institutionnel distinct composé de la Convention et de sa Cour, mais pas dans un « ordre juridique », lequel est présupposé exclusivement normatif. En revanche, effectivement, l'adhésion aurait formellement intégré le droit de la Convention dans l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire dans sa hiérarchie des normes. Ainsi, aux fins d'une meilleure compréhension des propos qui seront tenus par la suite, les notions d'ordre et de système juridique seront distinguées. Celle d' « ordre juridique » sera entendue comme l'organisation hiérarchique des normes au regard d'une norme fondamentale, ici les traités.

44. Les précisions terminologiques opérées, il convient à présent d'exposer la démarche de la recherche et le plan adopté.

domestication du droit international public, *in* : Mélanges en l'honneur de Paolo MENGOZZI, De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins, Bruylant, 2013, p. 33 et s.

¹⁸⁹ CJCE, 15 juill. 64, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64, somm. §3 ; Dans le même sens, plus implicite : CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, somm. §3 : « la Cour énonce que les traités ont institué un « nouvel ordre juridique international » en vertu duquel « le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ».

¹⁹⁰ A savoir de manière simplifiée, dans l'ordre décroissant de primauté : traités, PGD, traités et accords internationaux conclus par l'Union, droit dérivé – voir sur le sujet : MONJAL, P.-Y., recherches sur la hiérarchie des normes communautaires, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international et communautaire, tome 112, 2000, p. 551 et s., n°1012 et s., spéc. p. 555, n°1018.

¹⁹¹ CJUE, 18 déc. 2014, avis 2/13, §28.

§2- PRECISIONS METHODOLOGIQUES

45. Hypothèse initiale - L'hypothèse initiale de cette recherche est que s'il y a « droit », il y a « système de droit » : « le droit forme système non pas du fait de l'action volontaire du législateur ou toute autre autorité normative mais avant, en dehors, et même à l'encontre de » l'action intellectuelle délibérée qu'est la systématisation¹⁹². S'il existe un « droit pénal de l'Union européenne », il y a donc un système pénal de l'Union¹⁹³. Toutefois, « quand il s'agit d'aborder la question de la mise en place progressive d'un système de justice pénale européen, il n'est pas simple de déterminer l'angle d'approche approprié. En effet, rien de ce qu'on rencontre en chemin ne correspond aux idées qu'on peut avoir si on se fie à ce qu'on connaît dans son système national et on croise plus de virtualités que de réalités »¹⁹⁴.

46. Options méthodologiques - Pour autant que la méthode systémique ramène, dans tous les cas, « à des lignes simples le chaos des espèces », « remonte du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux »¹⁹⁵, deux approches sont possible. La première adhère à la précompréhension - la grille de lecture - donnée par les institutions, cherche à l'appréhender complètement pour la partager¹⁹⁶. La théorie kelsenienne¹⁹⁷ de l'ordre juridique et de la hiérarchie des normes en est un exemple. Une telle approche présente toutefois l'inconvénient de renoncer à une part d'analyse critique, réduit les possibilités de mettre en évidence lacunes et contradictions. La seconde tient compte de la grille de lecture proposée sans y adhérer inconditionnellement, afin de pouvoir également en déceler les limites, le cas échéant. Cette seconde approche sera celle privilégiée. En effet, la première présuppose l'adhésion aux

¹⁹² RIALS, S., Supraconstitutionnalité et systématisme, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, précité, p. 71. Dans le même sens : TROPER, M., (précité, p. 29) pose la question « à quoi reconnaît-on qu'on est en présence d'un système juridique ? » ce qui induit que celui-ci préexiste à sa reconnaissance par l'observateur ; HEIDEGGER, Encyclopédie des sciences philosophiques, I, La science de la Logique, 1970, p. 158 (cité par SEVE, R., précité, p. 71) : « l'ambition systémique suppose l'affirmation de l'intelligibilité absolue du réel ».

¹⁹³ Dans le même sens : FLORE, D., précité, p. 19.

¹⁹⁴ FLORE, D., D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale, in : De KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A., L'espace pénal européen : enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 9.

¹⁹⁵ RIVERO, J., Apologie pour les faiseurs de systèmes, Dalloz 1951 chron. XXIII, p. 99.

¹⁹⁶ OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., Le système juridique, entre ordre et désordre, précité, p. 26 ; TIMSIT, G., v° Système, précité, p. 1462 ; RIVERO, J., Apologie pour les faiseurs de systèmes, Dalloz 1951 chron. XXIII, p. 99.

¹⁹⁷ RIVERO, J., précité.

qualifications officielles ; elle ne cherche pas à les éprouver. Or, adhérer à la précompréhension de l'objet d'étude proposée par lui-même aurait purement et simplement tué dans l'œuf le sujet d'étude¹⁹⁸. En effet, selon les traités, il n'existe pas de « droit pénal de l'Union européenne », et encore moins de système pénal de l'Union européenne. Cela étant, l'absence d'un mot n'exclue pas l'absence d'une idée.

47. Plan - L'affirmation qu'il existe un système pénal de l'Union européenne repose principalement sur deux affirmations. D'une part, il existe un ensemble d'éléments issus du droit de l'Union et ayant un objet pénal, distincts du reste du droit de l'Union comme des autres sphères pénales – internationale, régionales et nationales –, suffisamment important pour appeler la qualification de système. Il convient donc dans un premier temps d'identifier cet ensemble, de l'isoler, de dénombrer ses éléments, et d'en préciser la nature¹⁹⁹. Autrement dit, l'identification du système pénal de l'Union suppose la délimitation de son champ pénal (Partie 1). D'autre part, l'existence d'un système suppose que cet ensemble possède les qualités, les propriétés d'un système : un modèle c'est-à-dire une construction d'ensemble fondée sur une structure d'analyse commune et dominée par des connexions systématiques²⁰⁰. Il s'agira, dans un second temps, de mettre en évidence la systématisation du champ pénal de l'Union, et au-delà, le modèle du système pénal de l'Union afin de mieux le comprendre (Partie 2). En effet, un système complexe doit être modélisé pour construire son intelligibilité²⁰¹.

¹⁹⁸ En doctrine, il a ainsi été écrit, entre autres exemples, que l'« on doit nier l'existence d'un système pénal communautaire dans la mesure où les sanctions pécuniaires infligées par la Commission des Communautés n'ont pas de nature pénale » (GRASSO, G., *Droit pénal des affaires, réglementation communautaire et coordination des dispositions sanctionnatrices nationales*, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1989, n°3, p. 267) ; « il n'y a pas aujourd'hui sur le plan de l'Union européenne, d'architecture de justice pénale européenne, et on chercherait en vain les traces dans le traité sur l'Union européenne. Il n'y a ni police européenne, ni ministère public européen, ni juridiction pénale européenne » (FLORE, D., *D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale*, in : De KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A., *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 9).

¹⁹⁹ En ce sens, GASSIN, R., *système et droit*, RRJ 1981/3 ; DELATTRE, P., *Système, structure, fonction, évolution – essai d'analyse épistémologique*, 1985, p. 11.

²⁰⁰ BERGEL, J.-L., *Justice et modélisation*, RRJ, 2005-5, pp. 2842-2845. Dans le même sens ; ATIAS, C., *Epistémologie juridique*, PUF, 1985, n°63 : la modélisation est « un processus cognitif de conception-construction des modèles intelligibles par lesquels s'expriment, se créent et se désignent les connaissances ».

²⁰¹ En ce sens : LEMOIGNE, J.-L., *La modélisation des systèmes complexes*, 1999, p. 11.

PARTIE 1:
L'IDENTIFICATION DU SYSTEME PENAL DE L'UNION
EUROPEENNE : LA DELIMITATION DU CHAMP PENAL DE L'UNION
EUROPEENNE

48. *D'un système au système pénal de l'Union* - Un système est d'abord une pluralité, un ensemble fini d'éléments dénombrables. L'analyse systémique suppose donc de procéder à cette opération d'identification qui, à l'appui de critère(s) déterminé(s), permettra d'isoler l'objet de l'étude du reste de son environnement²⁰². S'agissant d'éprouver l'existence d'un système pénal de l'Union européenne, il convient alors d'identifier les éléments de nature pénale et appartenant au droit de l'Union.

49. *Exclusions préalables* - Cependant, le champ pénal de l'Union ne saurait comprendre l'ensemble des actes présentant une affiliation à cette matière. Le « soft law », dépourvu de force contraignante (livre vert, livre blanc, communication, plan d'action, etc....) ne sera pris en compte que pour ce qu'il peut éclairer le sens de l'action de l'Union et la portée des normes adoptées²⁰³. De même, les actes n'ayant qu'une portée institutionnelle, même directement liés au droit pénal (statut des agents d'EUROPOL ou d'EUROJUST, par exemple) ne présentent pas de réel intérêt dans le cadre de la présente recherche. A l'issue de ce premier filtrage, il reste surtout à préciser les délimitations normatives et matérielles du champ pénal de l'Union européenne²⁰⁴. En l'occurrence, un seul critère ne saurait suffire et la délimitation du système pénal de l'Union sera double.

²⁰² Voir supra n°16, 19.

²⁰³ Dans le même sens, dans le cadre de sa propre étude : DE BIOLLEY, S., Panorama du droit pénal de l'Union, in De KERCHOVE et WEYEMBERGH, A., Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union Européenne, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 106.

²⁰⁴ *Ibid.*

50. Double délimitation - Dans un premier temps, eu égard au pluralisme juridique inhérent à l'espace juridique européen, c'est-à-dire à la coexistence et juxtaposition des systèmes juridiques nationaux, de l'Union, de la CEDH et international, il est important de s'intéresser aux frontières « verticales » du système juridique de l'Union européenne dans le champ pénal. Certes, la hiérarchisation des ordres juridiques internationaux, communautaire et nationaux ne fait pas parfaitement l'unanimité, en l'absence de normes générales réglant la question²⁰⁵. Cependant, compte tenu, notamment, du principe de primauté et de la technique du transfert des compétences, et dans la mesure où « les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international »²⁰⁶, le système juridique de l'Union peut s'appréhender de manière verticale²⁰⁷ (titre 1). Dans un second temps, il est impératif de s'attarder sur les frontières matérielles du champ pénal de l'Union européenne. En effet, si celui-ci est communément réduit aux actes adoptés dans le cadre du volet pénal de l'ESLJ, il est désormais acquis la relativité, en particulier dans l'espace européen, de la frontière entre de ce qui est pénal et ce qui ne l'est pas. Or, si un certain nombre de dispositions du droit de l'Union relèvent indiscutablement du droit pénal, diverses dispositions - en matière de protection des intérêts financiers, de concurrence, ou encore les mesures restrictives anti-terroristes – peuvent interroger l'affirmation institutionnelle selon laquelle les frontières du champ pénal de l'Union européenne s'arrêteraient aux limites du titre V de la troisième partie du TFUE, ainsi que celui-ci l'indique (titre 2).

²⁰⁵ BEAUVAIS, P., L'interaction normative dans le champ pénal, l'exemple de la lutte contre le terrorisme, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p. 295.

²⁰⁶ CJCE, 24 nov. 1992, *Anklagemindigheden c/ Poulsen et Diva Navigation* ("Poulsen") aff. C-288/90, §9 ; 22 mars 2007, *Commission et Conseil c/ Belgique*, aff. C-437/04, §34 ; 3 juin 2008, *Intertanko e.a. c/ Secretary of State for Transport*, aff. C-308/06, §51 ; 3 sept. 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission (Kadi I)*, aff. C-402/05 (Kafi I), §291 ; 13 juill. 2011, *Schindler Holding c/ Commission*, aff. T-138/07, §187 ; 21 déc. 2011, *Air Transport Association of America c/ Secretary of State for Energy and Climate Change*, aff. C-366/10, §123.

²⁰⁷ En ce sens : COLOMBINE, M., *Souveraineté et droit de punir*, thèse dactyl., Toulouse 1, 2014, p. 237 ; SICURELLA, R., *Le corpus juris : proposition d'un modèle d'espace judiciaire européen*, D. 1998, p. 233 ; CHARPENTIER, J., *Elements de cohérence entre ordres juridiques distincts*, in : *Mélanges BOULOUIS, Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, pp. 293-294 ; 299 et s.

TITRE 1 : LA DELIMITATION VERTICALE DU CHAMP PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

51. *Système et environnement* - L'une des « lois » d'un système » est de maîtriser en permanence ses rapports avec leur environnement²⁰⁸. Un système juridique « évolu[e] dans un environnement déterminé, (...) agi[t] sur son environnement et se transform[e] avec le temps sans perdre son identité²⁰⁹. Cette « loi » peut-être rapprochée d'un concept important en théorie des systèmes, celui d'autonomie, qui renvoie au degré d'ouverture ou de fermeture d'un système, à sa sensibilité aux variables exogènes. Autrement dit, et par postulat pluraliste²¹⁰, un ordre juridique est « autonome » lorsqu'« intellectuellement au moins, il se suffit à lui-même » et « secrète lui-même ses propres normes selon un processus qui lui est propre et en organise par lui-même (plus ou moins bien) le contrôle à sa manière »²¹¹. Le système s'autoproduit en ce sens qu'il cherche dans son environnement sa nourriture, qu'il la transforme pour en assimiler les composants utiles à sa propre existence et en rejeter les éléments inutiles²¹².

52. *L'autonomie atypique du système juridique de l'Union* - En tant que système proclamé « autonome »²¹³, le système juridique de l'Union s'est démarqué aussi bien du système juridique international que des systèmes juridiques nationaux. N'étant ni assimilable à l'un, ni

²⁰⁸ Voir supra, n°19.

²⁰⁹ BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} édition, 2012, p. 10 ; GRZEGORCZYK, C., *Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit*, *Archives de philosophie du droit*, 1986, tome 31, p. 281 et s.

²¹⁰ En effet, selon la conception moniste du droit, l'ordre juridique est un. Les normes juridiques y sont organisées en un système unique et hiérarchisé. Dans cette perspective, l'« ordre juridique communautaire » n'existe pas ; le droit communautaire n'est qu'un élément de l'ordre juridique « tout court » (En ce sens : PELLET, *Les fondements internationaux du droit communautaire*, *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. V, 1997, p 245). A l'évidence, le droit de l'Union a adhéré à la conception pluraliste du Droit : CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, somm. §3 (« nouvel ordre juridique de droit international ») ; 15 juillet 64, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64, somm. §3 (« ordre juridique propre »). Dans le même sens en doctrine pénale unioniste : BEAUVAIS, P., *L'interaction normative dans le champ pénal, l'exemple de la lutte contre le terrorisme*, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), *les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international*, *Cahiers européens*, IREDIES Parsi I, 2012, p. 305.

²¹¹ PELLET, *Les fondements internationaux du droit communautaire*, *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. V, 1997, p 245. Dans le même sens : TROPER, M., *La constitution comme système juridique autonome*, *Droits*, vol. 35, 2002, p. 66 ; N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1986, p. 173.

²¹² DURAND, D., précité.

²¹³ CJCE, 5 fév. 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, somm. §3 (« nouvel ordre juridique de droit international ») ; 15 juillet 64, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64, somm. §3 (« ordre juridique propre »).

comparable aux autres, le système juridique de l'Union s'est « intercalé » entre eux. Toutefois, les rapports du droit de l'Union avec ces deux environnements ne peuvent être appréhendés de la même manière. D'un côté, « le droit international (public) et le droit de l'Union européenne constituent bien deux ordres juridiques (des systèmes) distincts qui peuvent avoir des points de contact, s'influencer mutuellement, renvoyer l'un à l'autre mais qui ne sont pas placés en situation de rapports hiérarchiques »²¹⁴. En somme, le système juridique de l'Union est parfaitement autonome et distinct de son environnement international au sens large. Cette autonomie implique, dans le cadre de la présente étude, que l'environnement extra-communautaire se situe aux frontières extérieures du système pénal de l'Union : d'un point de vue normatif, l'environnement international est soit intégré au droit de l'Union, soit étranger à celui-ci (chapitre 1). A l'opposé, en revanche, le système juridique de l'Union et ceux des Etats membres entretiennent des liens juridiques mais également – et surtout - opérationnels de sorte que le premier emprunte aux seconds afin, de manière tout à fait atypique, de pouvoir pleinement exister (chapitre 2).

²¹⁴ PELLET, A., Préface, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p. 7.

CHAPITRE 1 : L'EXCLUSION DE LA DIMENSION EXTRA-COMMUNAUTAIRE

53. *Autonomie du système pénal de l'Union* - Autoproclamé « autonome »²¹⁵, le système juridique de l'Union est supposé être distinct de son environnement international. « Supposé » car l'affirmation selon laquelle « les actes adoptés par les organisations dont l'Union européenne n'est pas membre n'étant pas obligatoires pour elle, ne peuvent donc être des sources de droit dans l'ordre juridique de l'Union européenne »²¹⁶ emporterait intuitivement la conviction, si ce n'était l'existence des règlements PESC/CE adoptant des mesures restrictives antiterroristes au visa d'une résolution de l'ONU ou des arrêts de la Cour EDH cités par les juridictions de l'Union. En réalité, cela ne remet pas en cause l'autonomie du droit de l'Union ; l'Union est maîtresse de son environnement international²¹⁷. Pour autant, ses relations avec l'environnement international ne peuvent être appréhendées comme un seul bloc. En effet, « sujet du droit international, la Communauté, puis à sa suite l'Union, ne peut pas ne pas être soumise aux règles du droit international »²¹⁸, de sorte que « les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international »²¹⁹. Elle a développé ses propres règles afin d'intégrer le droit international (section 1), et agit sur celui-ci en alimentant elle-même la sphère internationale par le biais de ses compétences externes lorsque cela est utile à sa propre existence (section 2). En résumé, l'autonomie du système pénal de l'Union exclut les éléments de droit international de ses composantes. Si celui-ci comporte bel et bien des éléments d'origine internationale, ce n'est que dans la mesure où ces derniers ont une valeur normative sur la base du seul droit de l'Union.

²¹⁵ CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, somm. §3 (« nouvel ordre juridique de droit international ») ; 15 juillet 64, Costa c/ E.N.E.L., aff. 6/64, somm. §3 (« ordre juridique propre »).

²¹⁶ De BIOLEY, S., *Ordre juridique de l'Union Européenne – sources écrites*, JCL Europe – traités, Fasc. 190, n°308.

²¹⁷ En ce sens également : PELLET, A., Préface, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), *les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international*, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p. 7-8.

²¹⁸ BLUMANN, C. et DUBOUIS, L., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, LexisNexis, coll. Manuel, 5^{ème} éd., p. 593.

²¹⁹ CJCE, « Poulsen », précité ; 22 mars 2007, Commission et Conseil c/ Belgique, aff. C-437/04, §34 ; 3 juin 2008, Intertanko e.a. c/ Secretary of State for Transport, aff. C-308/06, §51 ; 3 sept. 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission (Kadi I), aff. C-402/05 (Kafi I), §291 ; 13 juill. 2011, Schindler Holding c/ Commission, aff. T-138/07, §187 ; 21 déc. 2011, Air Transport Association of America c/ Secretary of State for Energy and Climate Change, aff. C-366/10, §123.

54. Fermeture normative, ouverture cognitive : première approche – « Si dans l'arrêt de principe Van Gend & Loos, la Cour a affirmé l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, découlant de l'ordre juridique existant en droit international public, mais distinct de celui-ci (...) cela ne signifie pas cependant que l'ordre juridique interne communautaire et l'ordre juridique international coexistent sans aucune interaction »²²⁰. Cette subtilité a été formalisée en théorie générale du droit par la formulation selon laquelle un système juridique est normativement clos, mais cognitivement ouvert. Appliqué aux rapports entre la dimension internationale au sens large et le droit de l'Union, cela signifie que même si le système juridique de l'Union interagit avec son environnement, international en l'occurrence (§1), il y a néanmoins clôture normative parce que seul le système unioniste confère un caractère juridiquement normatif à ses éléments et par là, les institue comme élément du système²²¹ (§2).

§1- L'OUVERTURE COGNITIVE DU CHAMP PENAL DE L'UNION EUROPEENNE A
LA DIMENSION SUPRA-COMMUNAUTAIRE

55. Ouverture cognitive : définition – La notion d'« ouverture cognitive » signifie que les normes qui n'appartiennent pas un système juridique donné peuvent avoir une influence, c'est-à-dire « faire pression sur le système juridique pour qu'il augmente davantage sa complexité (ce qui se traduit par une augmentation des normes, des changements normatifs plus fréquents, etc.) »²²². En effet, les références au droit régional du Conseil de l'Europe (A) et au droit international (B) sont nombreuses du système normatif de l'Union.

²²⁰ Conclusions av. gén. MADURO présentées le 28 janv. 2008 dans l'affaire Al Barakaat International Foundation c/ Conseil, C-415/05 P., §21-22.

²²¹ LUHMAN, N., L'unité du système juridique, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, p. 166. Dans le même sens : OST, F., Entre ordre et désordre : le jeu du droit, in Le système juridique, Archives de philosophie du droit, Sirey, tome 31, 1986, p. 136 ; BINET, L., le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit, Les cahiers du droit, vol. 32, n°2, 1991, p. 439-456 spéc. p. 446.

²²² BINET, L., le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit, Les cahiers du droit, vol. 32, n°2, 1991, p. 439-456, spéc. p. 446.

56. *Un phénomène global* - Les illustrations de ce que l'Union européenne et le Conseil de l'Europe s'inspirent mutuellement sont nombreuses²²³. Le rayonnement du droit de la convention EDH au-delà des Etats condamnés ou parties à la Convention relève du véritable « transfert de droit »²²⁴ qui dépasse le seul droit de la convention EDH (I) et concerne plus globalement le droit du Conseil de l'Europe dans la sphère pénale (II).

I- L'ouverture cognitive du droit de l'Union au droit de la convention européenne des droits de l'homme

57. *L'ouverture cognitive du droit de l'Union écrit* – L'ouverture cognitive du droit de l'Union à celui de la convention EDH est un phénomène général et protéiforme. Celui-ci d'observe, d'une part, en droit écrit, par des renvois généraux, ainsi que le font l'article 6 TUE, selon lequel l'Union adhère à la convention, et les clauses de non régression²²⁵ prescrivant l'interprétation conforme des normes du droit de l'Union à la lumière du droit de la convention²²⁶. L'ouverture cognitive du droit écrit peut également être qualitativement plus précise, tenir de la réception substantielle. Ainsi, la directive « droit à l'information dans les

²²³ Pour des études sur ce sujet, v. notamment : in BRIBOSIA, E., SCHEECK, L. et UBEDA de TORRES, A. (dir.), *L'Europe des Cours : loyautés et résistances*, Bruylant, 2010 (en particulier les contributions de SCHEECK, L. : *Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateurs de loyautés, dissolvant de résistances*) ; BURGOGUE-LARSEN, L., *Les nouveaux défis jurisprudentiels*) ; SIMON, D., *Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : je t'aime moi non plus ?*, Pouvoirs, 2001, n°96, pp. 31-49.

²²⁴ ROULAND, N., *Introduction historique au droit*, PUF, coll. Droit fondamental, 1998, p. 415.

²²⁵ Art. 8 de la directive 2010/64 « droit à l'interprétation et à la traduction », art. 10 de la directive 2012/13 « droit à l'information dans les procédures pénales » et art. 14 de la directive 2013/48 « droit à l'assistance d'un avocat ».

²²⁶ Etant néanmoins précisé que la tournure de phrase négative (« aucune disposition de la présente directive ne saurait être interprétée comme limitant les droits ou les garanties procédurales qui sont accordés en vertu (...) de la CEDH ») tend à se situer au degré le plus minimal de l'interprétation conforme, comme c'est généralement le cas lorsque l'interprétation conforme concerne un rapport de droit dénué de subordination normative, tel que dans le rapport droit de l'Union / droit international (v. en ce sens : SIMON, D., *La panacée de l'interprétation conforme : injonction homéopathique ou thérapie palliative ?* in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Mélanges en l'honneur de Paolo MENGOLZI, Bruylant, 2013, p. 286).

procédures pénales »²²⁷, se fait la synthèse plus claire et plus prévisible d'un droit érigé en droit fondamental par la Cour EDH, et non par la Convention : le droit de garder le silence²²⁸.

58. L'ouverture cognitive du droit de l'Union non-écrit : l'emprunt matériel - Si le législateur pénal unioniste n'hésite pas à emprunter au droit de la convention EDH, la Cour de Justice n'est pas en reste. Par ses propres décisions, elle a fait entrer le droit pénal issu de la convention EDH dans l'ordre juridique de l'Union. Depuis les années 1970, pour la Cour de Justice, « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »²²⁹. Depuis, la CJUE est passée d'une réception substantielle, par le biais des principes généraux du droit communautaire, à une application directe du droit de la convention tel qu'interprété par sa cour. La référence aux PGD du droit communautaire apparaît de plus en plus formelle²³⁰, lorsque la Cour y recourt encore²³¹. Ainsi, à propos du principe de légalité par exemple, la Cour de Justice s'est référée à l'article 7 de la convention²³² et a cité la jurisprudence de sa consœur²³³. Désormais, cependant, l'article 52 de la Charte légitime l'emprunt cognitif au droit de la CEDH, car celui-ci signifie que « le sens et la

²²⁷ Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales - JOUE L 142.

²²⁸ En effet, non expressément mentionné par l'article 6, le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination est une exigence élémentaire du procès équitable (not.: CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, §44 ; 14 oct. 2010, *Brusco c/ France*, §44).

²²⁹ CJCE, 14 mai 1974, *Nold e.a. c/ Commission*, aff. 4/73.

²³⁰ SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 7^{ème} éd., 2005, n°99, p. 145 – Dans le même sens : SUDRE, F., *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme*, JCP G, 1998, I-100, n°15, p. 9-16 ; PUISSOCHET, J.-P., *Conclusions in : RIDEAU, J. (dir.), De la communauté de droit à l'Union de droit ; FLAUSS, J.-F., Principes généraux du droit communautaire dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des Etats membres, in Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, la Documentation française, 2000, p. 59 ; BEAUVAIS, P., Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union européenne, th. dact., Paris X Nanterre, 2006, p. 204 ; SUDRE, F., *L'interaction normative de la CEDH et du droit communautaire*, in SCHNEIDER, C., EDJAHARIAN, V. et PAUL, M., *L'interaction entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, les Cahiers*, 2008, n°3, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, p. 37 ; MONTUCCI, F. et RITLENG, D., *L'Union Européenne dans le prétoire de la CEDH, in : DUBIN, L. et RUNAVOT, M.-C., Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ?*, Pédone, 2014, p. 169.*

Plus nuancé : PICOD, F., *Les sources, in : SUDRE, F. et LABAYLE, H. (dir.), Réalité et perspective du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, p. 134 et s.

²³¹ Voir pour des réceptions sans passer par le prisme des PGD, par exemple : CJCE, 5 oct. 1994, *X c/ Commission*, aff. C-404/92, §17 ; 15 déc. 1995, *Bosman*, aff. C-415/93 ; CJCE, 28 janv. 2005, *Dansk Rørindustri et autres c/ Commission*, aff. jointes C-189/02, C-202/02, C-205 à 208/02, C-213/02 ; 12 déc. 1996, *Procédure pénale c/ X*, aff. C-74/95 et 129/95, §25.

²³² CJCE, 7 janv. 2004, *Montres Rolex SA*, aff. C-60/02, §61 (à propos de la sanction, en droit autrichien, en application d'un règlement communautaire, du transit de marchandise de contrefaçon) : « le principe de légalité des peines, tel que consacré par l'article 7 de la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (qui) est un principe général du droit communautaire commun aux traditions constitutionnelles des Etats membres ».

²³³ CJCE, 28 janv. 2005, *Dansk Rørindustri et autres c/ Commission*, aff. jointes C-189/02, C-202/02, C-205 à 208/02, C-213/02 : « dans ce contexte, il convient de rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 7, §1, de la CEDH, d'ailleurs évoquée par plusieurs des requérants (...) Ces principes trouvent d'ailleurs un reflet dans la jurisprudence constante de la Cour [de Justice] ». V. également : CJCE, *Procédure pénale c/ X*, aff. C-74/95 et 129/95, §25.

portée des droits garantis sont déterminés non seulement par le texte de la CEDH mais aussi, notamment, par la jurisprudence de la Cour EDH »²³⁴.

59. *L'ouverture cognitive du droit de l'Union non écrit : l'emprunt méthodologique* –

L'emprunt de solutions concrètes proposées par le droit de la convention EDH n'est le seul type de transfert de droit entre la Grande et la Petite Europe. Le recours aux critères de la matière pénale est la manifestation la plus connue de la « convergence méthodologique particulièrement importante entre la jurisprudence de la Cour EDH et celle de l'Union »²³⁵. En effet, les juridictions de l'Union usent elles-mêmes de la jurisprudence « Engel »²³⁶ et ne sont pas restées totalement indifférentes à une subtile distinction opérée par la Cour EDH entre un « noyau dur du droit pénal » et le reste de la « matière pénale »²³⁷, influant sur la portée des exigences du procès pénal équitable²³⁸. La Cour de Justice fit également sienne la logique adoptée par la Cour EDH afin de déterminer le contrôle à exercer sur des actes adoptés en exécution de ceux d'une enceinte institutionnelle tierce. A l'instar de la Cour de Strasbourg qui s'est reconnue compétente pour apprécier la conventionalité d'actes adoptés ou d'actions effectuées par un Etat partie en exécution d'une obligation supranationale²³⁹ mais pas pour le contrôle d'un acte ou d'une action

²³⁴ CJUE, 22 déc. 2010, DEB c/ Bundesrepublik Deutschland, aff. C-279/09, §35.

²³⁵ Conclusions de l'av. gén. MENGOZZI présentées le 30 janvier 2014 dans l'affaire C-382/12 P, Mastercard c/ Commission, §122.

²³⁶ Notamment : CJUE, 5 juin 2012, Bonda, aff. C-489/10, §§37-46 ; 23 déc. 2009, Spector Photo Group NV aff. C-48/08, §42. V. également : Conclusions de l'av. gén. MAZAK du 28 juin 2007 dans l'affaire C-440/05, Commission c/ Conseil, §70 et s. ; Conclusions de l'av. gén. BOT du 2 avril 2009 dans l'affaire C-322/07P, Papierfabrik August Hoehler et autres c/ Commission, §§131 et s. ; conclusions de l'av. gén. BOT du 26 oct. 2010 dans l'affaire C-352/09 P, ThyssenKrupp c/ Commission, §50 ; conclusions de l'av. gén. SHARPSTON du 10 fév. 2011 dans l'affaire C-272/09P, KME Germany, §63 ; conclusions de l'av. gén. CRUZ-VILLALON du 12 juin 2012 dans l'affaire C-617/10, Aklagaren c/ Hans Akergerg Fransson, §76 ; conclusions de l'av. gén. BOT du 21 juin 2012 dans l'affaire C-89/11 P, EON Energie AG c/ Commission, §108 ; conclusions de l'av. gén. MENGOZZI du 31 janv. 2013 dans l'affaire C-418/11, Textdata Software, §74-78 ; conclusions de l'av. gén. MENGOZZI du 30 janv. 2014 dans l'affaire C-382/12P, Mastercard c/ Commission, §122 et s.

Pour un emploi plus implicite : TUE, 8 juill. 2008, AC Theuhand AG c/ Commission, aff. T-99/04, §52 ; 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03, §101.

²³⁷ Voir : CJUE, 16 nov. 2011 (ord.), Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG c/ Commission, aff. C-73/10, §. 32 (évoqué par la Commission) ; 8 déc. 2011, Chalkor c/ Commission, aff. C-386/10P, §40 et 50 (invoqué par la requérante) 18 juill. 2013, Schindler Holding, aff. C-501/11, §25 (invoqué par la requérante) ; TUE, 24 mars 2014, Saint Gobain SA C/ Commission, aff. T-56/09 et T-73/09, §63 et 70 ; conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans l'affaire Schindler Holding, p. 25 ; Conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans l'affaire Schenker & co., (aff. C-681/11), §40 ; conclusion de l'av. gén. SHARPSTON du 10 fév. 2011 dans l'affaire KME Germany (aff. C-272/09 P), §67 ; conclusions de l'av. gén. MENGOZZI du 17 fév. 2011 dans l'affaire Elf Aquitaine c/ Commission (aff. C-521/09 P), §30.

²³⁸ Pour de plus amples développements sur cette distinction, voir n°221 et s.

²³⁹ CEDH, 30 juin 2006, Bosphorus c/ Irlande, req. n°45036/98 : en l'occurrence, la requête concernait une mesure de saisie mise en œuvre par les autorités de l'État défendeur sur son territoire national sur la base d'un règlement communautaire pris lui-même en application d'une résolution du Conseil de sécurité. La Cour limite sa compétence au contrôle de la mesure nationale d'exécution.

directement imputable à une organisation supranationale non partie à la Convention²⁴⁰, la Cour de Justice s'est reconnue compétente pour apprécier la validité des règlements communautaires portant gel des fonds et avoirs mais pas celle de la résolution de l'ONU qu'ils mettent en œuvre²⁴¹.

60. La perméabilité, réciproque d'ailleurs²⁴², des droits européens des droits de l'homme tient du véritable phénomène d'acculturation juridique en ce que les deux systèmes se transforment au contact de l'autre²⁴³. Cela étant, l'influence du droit du Conseil de l'Europe sur le droit de l'Union dépasse le seul cadre des droits de l'homme.

II- Les conventions pénales du conseil de l'Europe

61. *Sources d'inspiration* - Bon nombre de conventions du Conseil de l'Europe ont inspiré les institutions de l'Union et les Etats membres. L'emprunt est parfois décelable au seul intitulé de l'acte²⁴⁴ et s'accompagne généralement d'une reprise presque mot pour mot. Par exemple, lorsque l'Union élabora sa convention d'entraide judiciaire en matière pénale, elle s'inspira très largement des conventions de 1957 et 1959 du Conseil de l'Europe²⁴⁵. En droit pénal de fond,

²⁴⁰ CEDH, 2 mai 2007, Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne et Norvège, req. n°71412/01 et 78166/01, §§144 – 152 : la Cour constate son incompétence pour apprécier les violations de la convention alléguées par la MINUK et la KFOR, compte tenu de ce qu'en tant qu'organes subsidiaires institués par l'ONU, leur actes sont directement imputables à celle-ci, non partie à la convention.

²⁴¹ CJCE, 3 sept. 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission (Kadi I), aff. C-402/05, §288 : « une éventuelle annulation dans l'ordre juridique communautaire d'un acte communautaire de mise en œuvre de décisions du Conseil de sécurité de l'ONU n'implique pas une remise en cause de la primauté de cette résolution au plan du droit international ».

²⁴² Pour l'emprunt du droit de l'Union par la Cour EDH, notamment : CEDH, Zolotoukhine c/ Russie, 10 fév. 2009, req. n°14939/03 (ne bis in idem) ; 17 sept. 2009, Scoppolla c/ Italie, req. n°10249/03 (rétroactivité des lois pénales plus douces excipée du droit de l'Union) ; CEDH, 28 fév. 2008, Saïdi c/ Italie (législations anti-terroristes et droits fondamentaux) ; CEDH, 12 nov. 2008, Demir et Baykara c/ Turquie, req. n°34503/97 (droit à la négociation collective puisé dans la Charte des droits fondamentaux que la Turquie n'a pas signée) ; CEDH, 13 juin 1979, Marckx, req. n°6833/74 (principe de sécurité juridique) ; CEDH, 25 fév. 1993, Funke c/ France, req. n°10828/84, §44.

²⁴³ En ce sens : CONSTANTINESCO, V., Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam, *in* : Le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives, actes de colloque organisé par les Universités Paris I, Paris II et Bordeaux IV à Paris les 27 et 28 février 1998, Pedone, 1999, p 33 et s. ; SUDRE, F., L'interaction normative de la CEDH et du droit communautaire, *in* : SCHNEIDER, C., EDJAHARIAN, V. et PAUL, M., L'interaction entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, les Cahiers, 2008, n°3, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, p. 35.

²⁴⁴ La convention sur le blanchiment, le dépistage, la saisie et la confiscation des produits du crime de 1990 possède, dans l'ordre juridique de l'Union, un outil presque parfaitement homonyme : la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime.

²⁴⁵ En ce sens, De VEL, G., L'association de la Grande Europe à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, *in* De KERCHOVE et WEYEMBERGH, A., Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union Européenne, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 220.

une proximité matérielle et temporelle existe entre plusieurs des conventions du Conseil de l'Europe et des actes normatifs unionistes. Ainsi, les infractions relatives aux activités terroristes sont majoritairement issues de la décision-cadre modificative de 2008, ayant eu pour but de réceptionner substantiellement la convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme²⁴⁶. La définition de la provocation publique à commettre une infraction terroriste²⁴⁷, le recrutement²⁴⁸ et l'entraînement au terrorisme²⁴⁹ de la décision-cadre reprennent presque à l'identique celles de la convention du Conseil de l'Europe. De même, la directive 2013/40 relative aux attaques contre les systèmes d'information²⁵⁰ s'inspire, sans s'en cacher²⁵¹, de la convention du Conseil de l'Europe de 2001 sur la cybercriminalité²⁵².

62. Source de droit – Le degré d'ouverture cognitive peut dépasser celui de la source d'inspiration pour atteindre celui de la véritable source de droit. Tel est le cas lorsque l'acquis du droit de l'Union comprend des conventions du Conseil de l'Europe²⁵³. Au-delà de conditionner

²⁴⁶ Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005 (Varsovie) – signée par l'Union européenne.

²⁴⁷ Art. 5 de la convention : Aux fins de la présente Convention, on entend par « provocation publique à commettre une infraction terroriste » la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une infraction terroriste, lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée un danger qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises.

Art. 3, §1, a) de la décision-cadre consolidée : « Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par « provocation publique à commettre une infraction terroriste », la diffusion ou toute autre forme de mise à la disposition du public d'un message, avec l'intention d'inciter à la commission d'une des infractions énumérées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à h), lorsqu'un tel comportement, qu'il préconise directement ou non la commission d'infractions terroristes, crée le risque qu'une ou plusieurs de ces infractions puissent être commises.

²⁴⁸ Art. 6, §1 de la convention : Aux fins de la présente Convention, on entend par « recrutement pour le terrorisme » le fait de solliciter une autre personne pour commettre ou participer à la commission d'une infraction terroriste, ou pour se joindre à une association ou à un groupe afin de contribuer à la commission d'une ou plusieurs infractions terroristes par l'association ou le groupe.

Art. 3, §1, b) de la décision-cadre consolidée : Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par « recrutement pour le terrorisme », le fait de solliciter une autre personne pour commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à h) (infractions terroristes) ou à l'article 2, paragraphe 2 (infractions liées à un groupe terroriste).

²⁴⁹ Art. 7, §1 de la convention : Aux fins de la présente Convention, on entend par « entraînement pour le terrorisme » le fait de donner des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres armes ou substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes et techniques spécifiques en vue de commettre une infraction terroriste ou de contribuer à sa commission, sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif.

Art. 3, §1, c) de la décision-cadre consolidée : aux fins de la présente décision-cadre, on entend par : « entraînement pour le terrorisme », le fait de fournir des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu, d'autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes ou techniques spécifiques, aux fins de commettre l'une des infractions énumérées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, points a) à h), en sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif.

²⁵⁰ Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil – JOUE L 218 du 1 août 2013.

²⁵¹ Point 15 du préambule de la directive.

²⁵² Convention sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001.

²⁵³ En ce sens : art. 3, §2 de l'action commune 98/429/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, instituant un mécanisme d'évaluation collective de l'adoption, de l'application et de la mise en œuvre effective par les pays candidats de l'acquis de l'Union européenne dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (JOUE L 191 du 7 août 1998).

l'adhésion des candidats à l'élargissement et d'être ainsi une source de droit pour les futurs Etats membres, le fait qu'un corpus normatif du nom d'« acquis du droit de l'Union » comporte des actes d'un autre système juridique est pour le moins singulier. Plus spécifiquement, certaines normes pénales de l'Union établissent leur parenté directe avec une convention de la Grande Europe. Tel est le cas, par exemple, en matière de blanchiment de capitaux, où l'Union s'est « contentée » de prévoir les sanctions pénales²⁵⁴ des incriminations telles que définies par la convention du Conseil de l'Europe²⁵⁵, bien que l'Union n'y ait pas adhéré par elle-même. Le degré d'ouverture est ici très fort, puisque le renvoi est exprès²⁵⁶. Identiquement, la décision-cadre qui applique le principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de probation et les peines de substitution²⁵⁷, a été adoptée afin d'étendre, mais surtout de rendre effectives, les dispositions de la convention du Conseil de l'Europe du 30 novembre 1964 pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous condition, qui n'a été ratifiée que par douze États membres, dont certains ont formulé de nombreuses réserves²⁵⁸.

63. La porosité de la frontière entre les deux enceintes européennes n'a donc rien d'exceptionnel puisqu'elle permet, là aussi, une influence réciproque²⁵⁹. C'est un phénomène général par lequel les deux Europe s'inspirent réciproquement et puisent mutuellement dans le corpus juridique de l'autre. Le même phénomène s'observe dans les relations entre le droit de l'Union et le droit international.

²⁵⁴ Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JOUE L 182 du 5 juill.2001).

²⁵⁵ Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990, remplacée par la convention homonyme du 16 mai 2005.

²⁵⁶ Art. 6, §1, points a) et b) la convention - On observera cependant que les infractions de la convention visées sont presque mot pour mot celles de la directive, y compris pour ce qui concerne les diverses formes de participation à l'infraction (participation, incitation, facilitation, aide, tentative, etc...).

²⁵⁷ Décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution - JO L 337 du 16 déc. 2008.

²⁵⁸ Points 4 et 5 du préambule de la décision-cadre.

²⁵⁹ En ce sens, De VEL, G., L'association de la Grande Europe à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, in De KERCHOVE et WEYEMBERGH, A., Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union Européenne, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, p. 220.

Par exemple, la décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JOUE L 182 du 5 juill.2001) a renforcé l'effectivité de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990 (remplacée par la convention homonyme du 16 mai 2005) en imposant aux Etats membres de lever toute réserve quant à la pénalisation de certaines infractions de la convention (art. 1er, b) de la décision-cadre).

64. *D'une influence classique à une influence atypique* – Tout comme le droit du Conseil de l'Europe a influé le droit pénal de l'Union, les sphères pénales internationale et unioniste ne sont pas des « systèmes autarciques s'observant de loin »²⁶⁰ : le droit international pénal et le droit pénal international ont été des sources d'inspiration et de droit pour les institutions de l'Union (I). A côté de ce phénomène classique, l'adoption des mesures restrictives anti-terrorisme exprime une forme atypique d'ouverture cognitive entre deux systèmes juridiques (II).

I- L'ouverture cognitive classique au droit international pénal et pénal international

65. *Illustrations textuelles* - Comme les rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, nombreuses sont les conventions adoptées dans le cadre de l'ONU ayant inspiré une décision-cadre ou une directive pénale de l'Union. Ainsi, la directive 2011/92 relative à l'exploitation sexuelle des enfants et à la pédopornographie s'inscrit dans les exigences de l'article 34 de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant²⁶¹. Au degré supérieur d'ouverture, la décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant le trafic de drogue²⁶² définit son champ d'application matériel par référence à plusieurs conventions des Nations-Unies²⁶³.

²⁶⁰ BEAUVAIS, P., L'interaction normative dans le champ pénal, l'exemple de la lutte contre le terrorisme, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p. 297.

²⁶¹ Qui dispose : « Les Etats parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. A cette fin, les Etats prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher : a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ; b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ; c) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique (art. 34 de la convention relative aux droits de l'enfant adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989).

²⁶² Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue - JOUE L 335 du 11 nov. 2004.

²⁶³ Aux termes de l'article 1er de la décision-cadre, le terme de « drogue » est défini comme toutes les substances visées par la convention unique sur les stupéfiants de 1961 (telle que modifiée par le protocole de 1972) et la convention de Vienne sur les substances psychotropes de 1971, celui de « précurseur » comme toute substance classifiée dans la législation communautaire donnant effet aux obligations découlant de l'article 12 de la convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988.

66. *Influence réciproque* - Comme les rapports entre l'ordre juridique de l'Union européenne et l'ordre juridique du Conseil de l'Europe, l'ouverture cognitive d'un système à l'autre n'est pas qu'à sens unique. L'inspiration est parfois mutuelle et moteur d'approfondissements successifs des travaux de rapprochements entrepris par l'une ou l'autre des enceintes. Ainsi, en matière de criminalité organisée, l'action commune de 1998²⁶⁴, premier instrument à avoir entrepris de définir l'organisation criminelle, a inspiré l'adoption de la convention contre la criminalité transnationale organisée²⁶⁵ qui, allant plus loin que l'action commune, a été substantiellement réceptionnée par la décision-cadre 2008/841²⁶⁶.

67. Ces manifestations de l'ouverture cognitive du droit de l'Union au droit international pénal et au droit pénal international relèvent d'un phénomène « classique » qui, comme s'agissant du rapport entre le droit de l'Union et le droit du Conseil de l'Europe, s'articule autour de textes spécialisés. L'ouverture cognitive internationale du droit de l'Union a cependant des aspects plus originaux ayant plus profondément impacté le système juridique et politique de l'Union.

II- L'ouverture cognitive atypique au droit international pénal et pénal international

68. *L'exemple particulier d'Europol* – Une première manifestation atypique des relations entre le droit international et le droit de l'Union concerne un organe de l'Union, et non des règles de droit. Europol, pensé comme une structure de soutien opérationnel à la coopération policière entre Etats membres, s'est vu confier le rôle d'office central de répression de la contrefaçon de l'euro au sens de la convention internationale contre le faux-monnayage²⁶⁷, dès 2005, et ce, bien que tous les Etats membres ne soient pas partis à la convention, pas plus que l'Union elle-même. Alors même que ses fonctions restaient exclusivement d'essence coopérative, opérant le relai entre les services de police nationaux, c'est aux fins d'une meilleure application d'une convention

²⁶⁴ Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, JOUE L 351 du 29 décembre 1998.

²⁶⁵ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.

²⁶⁶ Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, JOUE L 300 du 11 nov. 2008.

²⁶⁷ Convention internationale pour la répression du faux monnayage conclue à Genève le 20 avril 1929.

internationale à laquelle l'Union n'est pas partie, du reste, que l'acteur pénal central se vit confier une fonction opérationnelle d'essence intégrative, en se substituant aux offices nationaux.

69. *L'influence des résolutions du Conseil de sécurité sur la réforme des traités* – Seconde manifestation atypique de l'ouverture cognitive existant entre la sphère unioniste et la sphère internationale, les résolutions du Conseil de sécurité sont la source directe de deux nouvelles dispositions de droit primaire. En effet, sous l'empire des anciens traités, les mesures restrictives présentaient la particularité de reposer sur une base légale « transpiliers » : les anciens articles 60 §1 et 301 TCE ne visant que les Etats, la volonté de l'Union de donner effet aux résolutions restrictives onusiennes non étatiques passa par un montage « institutionnel » en y associant la clause de flexibilité de l'article 308 TCE²⁶⁸, des positions communes et des règlements communautaires. Face aux nécessaires faiblesses de ce fondement légal complexe, l'article 301 TCE, devenu l'article 215 TFUE et relevant toujours de la PESC, s'est vu complété par un second paragraphe, entérinant la pratique déjà rompue, des mesures restrictives prises à l'encontre des personnes physiques ou morales, de groupes ou entités non étatiques²⁶⁹. Un autre article permettant l'adoption de mesures semblables, affilié à l'ELSJ fut également prévu, l'article 75 TFUE.

70. *Les mesures restrictives adoptées, expression de la politique anti-terroriste de l'ONU* – En approfondissant le même domaine, une dernière manifestation de l'atypisme que peut prendre l'ouverture cognitive du droit de l'Union au droit international peut être relevée. Indépendamment de leur autonomie formelle, les mesures prises au titre de l'article 215, §2 sont moins l'expression d'une politique de l'Union que de celle de l'ONU, dans les domaines de la sécurité et de la paix internationale. L'Union n'est pas directement membre de l'ONU, et par conséquent, non « personnellement » tenue par les actes de droit international dérivé que cette institution produit. Cela étant, son droit institutionnel offre un cadre privilégié de mise en œuvre collective des décisions du Conseil de sécurité des Nations-Unies²⁷⁰, qui s'imposent aux Etats

²⁶⁸ Anc. Art. 308 TCE : Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées.

²⁶⁹ Art. 215§2 TFUE.

²⁷⁰ L'inscription est formellement décidée par le Conseil de sécurité, mais la décision d'inscription est prise par un organe subsidiaire, un comité des sanctions, sauf à ce que celui-ci ne parvienne à statuer. Le cas échéant la décision revient au Conseil de sécurité lui-même.

conjointement membres de l'Organisation et de l'Union. Ainsi, les règlements adoptés à l'encontre d'Oussama ben Laden, le réseau Al-Qaïda ainsi que les Taliban et autres personnes, groupes, entreprises et entités associés²⁷¹ est la réception directe d'une résolution du Conseil de Sécurité et de la liste récapitulative élaborée et tenue à jour par le Comité des sanctions²⁷². Quant à celles adoptées de manières « autonomes » par l'Union, elles sont, elles aussi, la réception d'un résolution, la résolution 1373(2001) imposant uniquement le principe de l'adoption de mesures restrictives à l'encontre des terroristes eux-mêmes ainsi que des personnes physiques ou morales qui leur sont liées par contrôle, mandat ou instruction sans lister nominativement lesdites personnes²⁷³.

71. Conclusion du paragraphe – La chose était sans nul doute entendue : le droit de l'Union communique et interagit avec son environnement régional et international, de sorte que l'on trouve de nombreux éléments de ces derniers dans le premier. Cela étant, c'est bien la notion d'ouverture cognitive dont il est question ici. Les informations circulent entre les différentes enceintes, les unes (s')inspirent (des) autres, cependant, il n'y a aucune communication normative. Le système juridique de l'Union est autonome, normativement fermé au système international comme à celui du Conseil de l'Europe.

§2 - LA FERMETURE NORMATIVE A LA DIMENSION EXTRA/SUPRA-COMMUNAUTAIRE

72. Fermeture normative : définition – « En quelques mots, [la fermeture normative] signifie que seul le système juridique peut conférer un caractère juridiquement normatif à des éléments et,

²⁷¹ Règlement (CE) n°881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaïda et aux Taliban, et abrogeant le règlement (CE) n°467/2001 du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Taliban d'Afghanistan, JOUE L 139, 29 mai 2002.

²⁷² Résolutions 1267(1999) et 1333(2000) mises à jour par les résolutions : 1452(2002), 1455(2002), 1526(2004), 1566(2004), 1617(2005), 1699(2006), 1730(2006), 1822(2008), 1904(2009) et mises en œuvre par l'Union européenne par le règlement 881/2002 du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaïda et aux Taliban, JOUE L 139 du 29 mai 2002 ; notamment modifié par les règlements (CE) 951/2002 du 3 juin 2002, 1189/2006 du 3 août 2006, 1102/2009 du 16 novembre 2009, 34/2012 du 17 janvier 2012.

²⁷³ Ce qui explique l'appellation d'« autonome ».

par-là, constituer ces éléments comme faisant partie du système juridique. La normativité tient au système lui-même et non à son environnement ; le système se reproduit en procurant sans cesse à de nouveaux éléments une validité normative par le transfert du caractère de signification juridique »²⁷⁴. Les juridictions communautaires examinent avec soin les obligations qui incombent à la Communauté sur la scène internationale, tiennent juridiquement compte de ces obligations²⁷⁵ et « déterminent l'effet des obligations internationales dans l'ordre juridique communautaire par référence aux conditions fixées par le droit communautaire (...). Le rapport entre droit international et ordre juridique communautaire est régi par cet ordre lui-même, et le droit international ne peut interagir avec cet ordre juridique qu'aux seules conditions fixées par les principes constitutionnels de la Communauté »²⁷⁶. Cela se vérifie aussi à l'égard du droit international conventionnel (A), coutumier (B) comme aux principes généraux du droit international (C), qui constituent, schématiquement, le corpus normatif international²⁷⁷.

A- LA FERMETURE NORMATIVE AU DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL

73. *La dualité du droit international conventionnel en droit de l'UE* – Sauf théorie de la succession de l'Union aux engagements des Etats membres²⁷⁸, l'Union n'est pas liée par les traités

²⁷⁴ BINET, L., le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit, Les cahiers du droit, vol. 32, n°2, 1991, p. 439-456, spéc. p. 446.

²⁷⁵ Voir, par exemple, CJCE, 12 déc. 1972, *International Fruit Company e.a.*, aff. 21/72 à 24/72 ; « Poulsen », précité ; 16 juin 1998, *Racke*, aff. C-162/96 ; 14 déc. 2000, *Dior e.a.*, aff. C-300/98 et C-392/98, §33 ; 11 sept. 2007, *Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos*, aff. C-431/05.

²⁷⁶ Conclusions av. gén. MADURO présentées le 28 janv. 2008 dans l'affaire *Al Barakaat International Foundation c/ Conseil*, C-415/05 P, §23.

²⁷⁷ Art. 38 du statut de la Cour internationale de justice.

Reprenant cette catégorisation du droit international : CARREAU D. et MARRELLA, F., *Droit international*, Pedone, 2012, 11^{ème} édition ; ALLAND, D., *Manuel de droit international public*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 2015, 2^{ème} édition ; DUPUIS, P.-M. et KERBRAT, Y., *Droit international public*, Dalloz, coll. *Précis*, 12^{ème} éd., 2014.

Plus spécifiquement s'agissant du corpus pénal international : art. 21 b) du Statut de Rome - en doctrine : DONNEDIEU DE VABRES, H., *Les principes modernes du droit pénal international*, Editions Panthéon Assas, 2004 (rééd. 1928), pp. 9-10 ; BASSIOUNI, C., *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, 2002, pp. 27-33 ; REBUT, D., *Droit international pénal*, Dalloz, coll. *Précis*, 2012, p. 13 ; HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., *Droit international pénal*, PUF, coll. *Thémis*, 2005, 3^{ème} éd., p. 7 ; SIMMA, B. et PAULUS, A., *Sources du droit international pénal*, in ASCENCIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., *Droit international pénal*, Pedone, 2012, pp. 75 et s.

²⁷⁸ La théorie de la succession de l'Union aux obligations de ses Etats membres, issues de leurs accords antérieurs, conduit à ce qu'elle soit liée par du droit international auquel elle n'a pas souscrit. Son application est exceptionnelle et n'a été acceptée jusqu'à présent que pour le GATT (CJCE, 12 déc. 1972, *International Fruit Company*, aff. jointes 21/72 à 24/72) et les conventions douanières de Bruxelles du 15 décembre 1950 (CJCE, 19 mars 1975, *Nederlandse Spoorwegen*, aff. 38/75). En effet, les conditions pour que l'Union succède aux obligations des Etats membres sont strictes : la succession de l'Union aux Etats ne peut avoir lieu que dans des domaines de compétence exclusive (CJCE, 14 juill. 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, §16 ; 3 juin 2008, *Intertanko E.A.*, aff. C-308/06, §47-49 ; CJCE, 22 oct. 2009, *Bogiatzi*, aff. C-301/08, §32-34), les Etats membres, qui doivent tous être parties à la convention concernée, doivent avoir exprimé leur volonté de respecter leurs engagements lors de la présentation du traité communautaire aux parties contractantes, que les traités expriment la même volonté de la part de l'Union et, enfin, que

internationaux qu'elle n'a pas signés. Pour autant, elle ne peut parfaitement les ignorer. En effet, bien qu'ils soient Etats membres, ceux-ci demeurent souverains et libres d'adhérer à des conventions internationales. De la sorte, ils sont tout aussi bien soumis à la primauté du droit de l'Union, d'un côté, qu'à celle du droit international, par ailleurs. L'Union ne pouvait ne pas prendre en compte cet enchevêtrement normatif. Ainsi, celle-ci a organisé l'articulation de son ordre juridique avec son environnement international de manière à ce que le droit qui y est produit ne s'impose pas de lui-même à l'ordre juridique de l'Union. Afin d'étudier les modalités de cette fermeture normative, il convient de distinguer deux branches du droit international conventionnel, entendu comme le droit composé des accords internationaux auxquels l'Union n'est pas partie : d'une part les accords internationaux ne liant pas l'Union et n'intéressant pas les compétences de l'Union (I), d'autre part les accords ne liant pas l'Union mais conclus entre Etats membres, exclusivement ou non, en marge et en lien avec les compétences de l'Union (II).

I- Les accords internationaux conclus sans l'Union en dehors de ses compétences

74. Verrous institutionnels – La fermeture normative de l'ordre juridique de l'Union à l'égard des conventions internationales auquel elle n'est pas partie repose principalement sur deux dispositions. Par lecture *a contrario* de l'article 218, §2 TFUE²⁷⁹, « les actes adoptés par les organisations dont l'Union européenne n'est pas membre n'étant pas obligatoires pour elle ne peuvent donc être des sources de droit dans l'ordre juridique de l'Union européenne »²⁸⁰. Réciproquement, l'article 351, alinéa 1, TFUE dispose que les droits et obligations résultant d'accords antérieurs, entre un ou plusieurs États membres et un ou plusieurs États tiers, ne sont pas affectés par le droit de l'Union²⁸¹. En conséquence de quoi, la Cour s'est déclarée

les autres parties contractantes acceptent le transfert de compétences des États membres au profit de la Communauté (CJCE, 14 juill. 1976, Kramer, aff. jointes 3-4 et 6/76 ; CJCE, 12 déc. 1972, International Fruit Company, précité ; avis de la Cour 2/91 du 19 mars 1993, Convention n°170 de l'OIT). Toute succession de l'Union aux Etats a donc été logiquement exclue pour la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, faute de compétence exclusive de l'Union en matière de protection des droits fondamentaux (CJCE, avis 2/94, 28 mars 1996, somm. §6– soutenant le contraire, en doctrine : PESCATORE, P., La Cour de Justice des Communautés européennes et la convention européenne des droits de l'homme, Mélanges J. WIARDA, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 441).

²⁷⁹ Qui dispose que « les accords conclus par l'Union lient les institutions ».

²⁸⁰ De BIOLEY, S., Ordre juridique de l'Union Européenne – sources écrites, JCL Europe – traités, Fasc. 190, n°308.

²⁸¹ Il s'agit de la règle de droit international selon laquelle un traité postérieur, auquel toutes les parties à un traité antérieur ne participent pas, ne peut affecter les droits des États parties au traité antérieur (v. art. 30 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités et art. 30 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales).

incompétente pour interpréter des dispositions de droit international liant les États membres en dehors du cadre communautaire²⁸², et ce même lorsque les accords sont visés par un acte institutionnel²⁸³ ou qu'ils présentent des liens avec la Communauté et le fonctionnement de ses institutions²⁸⁴, sauf lorsque sa compétence est expressément prévue par ledit accord²⁸⁵. C'est donc bien le droit de l'Union qui règle les rapports entre l'ordre juridique de l'Union et le droit international. Afin d'illustrer ces données générales, on s'intéressera à la manière particulière par laquelle le droit de l'Union défend sa fermeture normative au droit de la Convention EDH (a) et au droit de l'ONU (b).

a) L'exemple de la fermeture normative au droit de la convention EDH

75. Fermeture normative et l'article 6 TUE - Bien que l'article 6 TUE proclame que « l'Union adhère » à la convention, l'énoncé n'est que symbolique, une clause de style, une déclaration d'intention²⁸⁶. A défaut de véritable adhésion en bonnes et dues formes, il ne découle aucun rapport direct d'imputation entre la convention EDH et le droit de l'Union²⁸⁷ et celui-ci n'a guère plus qu'une « signification particulière » en droit communautaire²⁸⁸. En effet, « si, comme le confirme l'article 6, §3 TUE, les droits fondamentaux reconnus par la CEDH font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux (...) cette dernière ne constitue pas, tant que l'Union n'y a pas adhéré, un instrument juridique formellement intégré à l'ordre juridique de l'Union »²⁸⁹.

76. Cour de Justice et article 52 de la Charte – En conséquence, la Cour de Justice « conserve la maîtrise de l'incorporation en droit communautaire des droits garantis par la

²⁸² CJCE, 27 nov. 1973, Vandeweghe c/ Berufsgenossenschaft chemische Industrie, aff. 130/73 ; CJCE ord., 12 nov. 1998, Hartmann, aff. C-162/98.

²⁸³ CJCE, 7 mai 1969, Sécurité sociale du nord de la France c/ Torrekens, aff. 28/68.

²⁸⁴ CJCE, 15 janv. 1986, Hurd c/ Jones, aff. 44/84.

²⁸⁵ Art. 273 TFUE - Anc. art. 239 Traité CE ; art. 154 Traité CEEA.

²⁸⁶ En ce sens également : DECOQ, A., De l'application de la convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou à des astreintes, I Mélanges en l'honneur de L.-E. PETITTI, Bruylant, 1999, pp. 290-293.

²⁸⁷ Il en va de même pour la portée de l'ancien article 6, §2 TUE, tel qu'issu du traité d'Amsterdam, qui prévoyait le respect des droits fondamentaux, en particulier ceux garantis par la Convention EDH.

²⁸⁸ Notamment : CJCE, 12 nov. 1969, Stauder, 29/69, §7 ; 21 sept. 1989, Hoescht, aff. 46/87 et 227/88, §13 ; 18 juin 1991, ERT, C-260/89, §41 ; Avis 1/94 du 28 mars 1995, §33 ; 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98, §§38-39 ; 6 mars 2001, Connolly c/Commission, aff. C-274/99 P, §37 ; 14 déc. 2006, ASML, C-283/05, §26 ; Kadi et Al Barakaat International Foundation/Conseil et Commission, C-402/05 P et C-415/05 P, §283 ; avis 2/13 du 18 déc. 2014, §37 ; 6 mars 2001, Connolly c/Commission, aff. C-274/99 P, §37 ; 14 déc. 2006, ASML, C-283/05, §26.

²⁸⁹ CJUE, 24 avril 2012, Kamberaj, aff. C-571/10, §62 ; 26 fév. 2013, Åklagaren c/ Hans Akerberg Fransson (« Åklagaren »), aff. C-617/10, §44 ; 18 juill. 2013, Shcindler c/ Commission, aff. C-501/11, §32.

CEDH »²⁹⁰ ; elle « n'applique pas la Convention elle-même » mais des droits qu'elle protège « en tant qu'élément du droit communautaire »²⁹¹. Et lorsque « l'article 52, §3, de la Charte impose de donner aux droits contenus dans celle-ci correspondant à des droits garantis par la CEDH le même sens et la même portée que ceux que leur confère ladite convention »²⁹², il ne s'agit là que d'une obligation d'interprétation conforme de la Charte à la Convention EDH, laquelle n'est pas sans limite²⁹³. D'une part, si la Cour de Justice peut sanctionner l'adoption d'un acte législatif incompatible avec la Convention EDH, d'éventuelles interprétations plus difformes que conformes ne peuvent, en revanche, être sanctionnées. D'autre part, les explications relatives à l'article 52, § 3 de la Charte posaient déjà comme limite que l'interprétation doit être conforme « sans que cela porte atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne ».

77. Illustrations jurisprudentielles – Nonobstant la relation cognitive entre les deux juridictions, la clôture normative du droit de l'Union au droit de la CEDH, non remise en cause par le traité de Lisbonne, permet toujours à la Cour de Justice d'ignorer ou de s'écarter de la jurisprudence de sa consœur²⁹⁴, non sans mettre les juges nationaux dans le plus grand inconfort²⁹⁵. Ainsi, à propos du rattachement des infractions de la concurrence à la matière pénale, la Cour de Justice n'a retenu de l'arrêt *Menarini Diagnostics* uniquement que c'est

²⁹⁰ SUDRE, F., L'interaction normative de la CEDH et du droit communautaire, *in* : SCHNEIDER, C., EDJAHARIAN, V. et PAUL, M., L'interaction entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, les Cahiers, 2008, n°3, Université Pierre Mendès France, Grenoble II, p. 35.

²⁹¹ BONICHOT, J.-C., L'application de la CEDH par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la CJCE *in* IDEDH, Le juge administratif français et la CEDH, RUDH, 1991, p. 321.

²⁹² CJUE, 10 juill. 2014, *Telefónica et Telefónica de España c/ Commission*, aff. C-295/12P, §41 ; 24 oct. 2013, *Kone e.a. c/ Commission*, aff. C-510/11P, §31 ; 18 juill. 2013, *Schindler Holding e.a. c/ Commission*, aff. C-501/11, §32 ; 26 fév. 2013, « *Aklagaren* », aff. C-617/10, §44.

²⁹³ L'observation vaut également pour les clauses de non régression présentes dans les outils de droit dérivé, notamment les directives de rapprochement des droits des accusés dans les procédures pénales : Art. 8 de la directive 2010/64 « droit à l'interprétation et à la traduction », art. 10 de la directive 2012/13 « droit à l'information dans les procédures pénales » et art. 14 de la directive 2013/48 « droit à l'assistance d'un avocat ».

²⁹⁴ Quoique les divergences soient rares. On évoquera cependant celles ayant eu trait à la protection du domicile contre les perquisitions, ou à propos du droit à ne pas témoigner contre soi-même, qui prirent fin par le ralliement de la CJCE à l'interprétation de la Cour EDH (respectivement : CJUE, 22 oct. 2002, *Roquette Frères*, aff. C-94/00 et 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV c/ Commission*, aff. C-238/99 P).

A propos des divergences de jurisprudence entre les deux cours, par exemple : SPIELMANN, D., Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et le Luxembourg dans le domaine des droits de l'homme : conflits, incohérences et complémentarité, *in* : ALSTON, P., BUSTELO, M., HEENAN, J. (dir.), L'Union européenne et les droits de l'homme, Bruylant, 2001, p. 789-812 ; SCHEECK, L., Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateurs de loyautés, dissolvant de résistances ? *in* : BRIBOSIA, E., SCHEECK, L. et UBEDA de TORRES, A. (dir.), L'Europe des Cours : loyautés et résistances, Bruylant, 2010, p. 54 et s. ; SIMON, D., Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : je t'aime moi non plus ?, *Pouvoirs*, 2001, n°96, pp. 31-49.

²⁹⁵ Voir sur la question : BRIBOSIA, E., Le dilemme du jug nationale face à des obligations contradictoires en matière de protection des droits fondamentaux issus des deux ordres juridiques européens, *in* DONY, M. et BRIBOSIA, E., L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 265 et s.

« compte tenu du montant élevé de l'amende infligée [que] la sanction relevait, par sa sévérité, de la matière pénale »²⁹⁶ alors que l'examen des réactifs de l'infraction pénale allaient également, et préalablement, en faveur du rattachement²⁹⁷. Le passage sous silence des réactifs de l'infraction pénale n'est sans doute pas innocent, compte tenu de l'attachement unioniste à la qualification administrative²⁹⁸. Moins subtile, la Cour de Justice estime qu'il n'y a pas double peine en présence d'un cumul de sanctions fiscales et pénales « dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal »²⁹⁹ et « à condition que les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives »³⁰⁰. Ce faisant, « la CJUE enserme l'application du principe *ne bis in idem* dans des conditions qui ne permettent pas, aujourd'hui, de considérer ce principe comme un acquis au sein de l'Union »³⁰¹. Au-delà de l'insatisfaction d'une telle solution, elle exprime surtout l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union à l'égard de celui de la Convention EDH, pour le plus grand inconfort du juge national, en l'occurrence³⁰². Plus direct, le Tribunal, saisi d'une invocation directe de l'article 6 de la convention EDH et du droit de ne pas s'auto-incriminer, soulignait encore récemment « [ne pas être] compétent pour apprécier la légalité d'une enquête en matière de droit de la concurrence au regard des dispositions de la CEDH, dans la mesure où celles-ci ne font pas partie en tant que telles du droit communautaire »³⁰³.

²⁹⁶ CJUE, 18 juill. 2013, *Schindler Holding c/ Commission*, aff. C-501/11, §33.

²⁹⁷ CEDH, 27 sept. 2011, *Menarini Diagnostics S.A. c/ Italie*, req. n°43509/08.

²⁹⁸ Voir à ce propos, n°310.

²⁹⁹ CJUE, *Aklagaren* précité, §37. Comp. avec CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, req. n°18640/10, §§219-228, en particulier.

³⁰⁰ CJUE, *Aklagaren*, précité, §36.

³⁰¹ AUBERT, B., *Le principe ne bis in idem dans la jurisprudence de la CJUE*, AJ pénal 2015, p. 17.

Sur cette question, voir notamment : RITLENG, D., *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union*, RTD eur. 2013, p. 267 ; RENUCCI, J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2ème éd., 2012, p. 758 ; MOCK, H., *Non bis in idem : une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg et à Strasbourg*, (arrêt C-436/04 de la CJCE du 9 mars 2006, *Van Esbroeck*), RTDH 2006, p. 635 et s. ; WEYEMBERGH, A., *Le principe « non bis in idem » pierre d'achoppement de l'espace pénal européen*, Cah. dr. eur. 3-4/2004, p. 337 ; et infra n°728 et s.

³⁰² En effet, dans l'arrêt *Aklagaren*, la Cour de Justice reconnaît, certes, que les sanctions fiscales peuvent revêtir un caractère pénal et rappelle les critères d'appréciation « Engel ». Cependant, en ne citant aucune jurisprudence strasbourgeoise mais uniquement son précédent *Bonda*, relatif à des sanctions qu'elle n'a pas considérées comme étant à caractère pénal (CJUE, 5 juin 2012, *Bonda*, aff. C-489/10, §45) la Cour de Justice semble suggérer qu'à son sens, les sanctions fiscales dont il s'agissait en l'espèce ne relèvent pas de la matière pénale et, par conséquent, que le principe *ne bis in idem* n'aurait pas vocation à jouer. En concluant, « qu'il appartient à la juridiction nationale de [le] vérifier » (§37 de l'arrêt *Aklagaren*) et, le cas échéant, d'apprécier si le cumul est contraire aux standards nationaux de protection des droits fondamentaux, « à condition que les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives », lorsque la Cour EDH considère désormais clairement les amendes fiscales des sanctions à caractère pénal, non cumulables, purement et simplement, avec des sanctions pénales, la position de la juridiction de renvoi n'apparaît guère confortable, ainsi qu'en atteste la question prioritaire de constitutionnalité de la Cour de cassation française au Conseil Constitutionnel à propos du cumul des sanctions administratives et pénales en matière d'abus de marché (Cons. Const., 18 mars 2015, n°2014-453/454-QPC, *John L. et autres*).

³⁰³ TPICE, 20 fév. 2001, *Mannesmannrörhen-Werke AG c/ Commission*, aff. T-112/98, §59 – précéd. : 14 mai 1998, *Mayr-Melnhof/Commission*, T-347/94, §311.

78. Illustrations textuelle – Le droit écrit de l’Union comporte également des dispositions d’une conformité discutable au droit de la convention EDH, attestant de l’autonomie, de la fermeture normative du premier au second. A propos du principe *ne bis in idem* par exemple, le combiné règlement-directive « abus de marchés » de 2014³⁰⁴ ne s’oppose pas, voire même incite, au cumul des sanctions administratives et pénales en ce domaine. En première lecture, le couple normatif semble appeler à un strict respect du principe en visant à deux reprises la Charte des droits fondamentaux et en rappelant aux États membres la nécessité de veiller au respect du non cumul des sanctions pour une même infraction³⁰⁵, mais la recommandation est formulée, précisément, en envisageant l’hypothèse d’un cumul³⁰⁶. Le préambule du règlement, quant à lui, « invit[e] ouvertement (après avoir pris le soin de préciser qu’il ne s’agirait pas d’une obligation) les États membres à passer outre »³⁰⁷ en énonçant qu’ils ont le loisir d’infliger à la fois des sanctions administratives et pénales pour la même infraction « si leur droit national l’autorise »³⁰⁸. Le droit de l’Union ne s’y opposant donc pas, la « signification particulière » du droit de la convention EDH semble devenir très relative³⁰⁹.

79. Quoique les relations que l’Union entretient avec l’ONU se distinguent de celles qu’elle a avec le Conseil de l’Europe par l’existence d’un véritable statut institutionnel, il n’en demeure pas moins que le droit de l’Union est tout aussi normativement fermé au droit des Nations-Unies.

b) L’exemple de la fermeture normative au droit de l’ONU

80. L’Union et l’ONU - Alors que « l’Union adhère à la convention EDH » et y renvoie volontiers dans les actes de droit dérivé³¹⁰, notamment³¹¹, l’Union a, paradoxalement, un statut

³⁰⁴ Règlement n°596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission ; directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (JOUE L 173 du 12 juin 2014).

³⁰⁵ Point 27 du préambule de la directive et point 77 du préambule du règlement.

³⁰⁶ Point 23 du préambule de la directive : « lors de l’application du droit national transposant la présente directive, les États membres devraient veiller à ce que l’application de sanctions pénales en cas d’infractions conformément à la présente directive et de sanctions administratives conformément au règlement UE n°596/2014 n’entraîne pas une violation du principe *ne bis in idem* ».

³⁰⁷ TIEU, O.-T., et Hervey, D. Le principe *ne bis in idem* dans le règlement et la directive Abus de marché 2, Dalloz 2014 p. 2310.

³⁰⁸ Point 72 du règlement.

³⁰⁹ Dont acte en jurisprudence française : TGI Paris, 11^e ch. corr., 26 sept. 2014, n°5158092056.

³¹⁰ V. notamment : art. 8 de la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l’interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 280 du 26 oct. 2010) ; art. 10 de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l’information dans le cadre des

officiel mieux défini dans l'enceinte institutionnelle de l'ONU que dans celui du Conseil de l'Europe. L'Union n'est pas membre de l'ONU ; elle a un statut d'observateur³¹². Elle dispose depuis peu d'un droit de parole élargi mais reste dépourvue de droit de vote³¹³. L'Union en elle-même n'est donc pas liée par les actes adoptés dans l'enceinte new-yorkaise et demeure aux frontières extérieures de l'ordre juridique onusien. Il est vrai que le fait que l'Union se soit donnée comme objectif « la promotion de la paix, la sécurité internationale, conformément aux buts et aux principes de la charte des Nations-Unies »³¹⁴ sème le trouble. Il convient toutefois de considérer qu'à l'image de l'article 6, §2 TUE, l'Union n'affirme par là-même qu'une adhésion symbolique, et non juridique, aux valeurs et aux principes de la Charte des Nations-Unies. Le rapport entre les deux organisations repose sur une coordination : l'Union reçoit par l'intermédiaire de ses Etats membres des normes exogènes à son ordre juridique³¹⁵, qu'elle transforme en normes endogènes au moyen d'une interprétation conforme à son ordre constitutionnel interne³¹⁶, c'est-à-dire aux objectifs, aux valeurs qu'elle s'est données dans le domaine extérieur et aux règles régissant son droit³¹⁷.

81. *L'exemple des mesures restrictives* - Les mesures restrictives anti-terroristes sont un bon exemple de la clôture normative du système juridique de l'Union au droit onusien. « Les résolutions du Conseil de sécurité, d'une part, et les positions communes du Conseil ainsi que les

procédures pénales (JOUE L 142 du 1 juin 2012) ; art. 14 de la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (JOUE L 294 du 6 nov. 2013) ; art. 4, §1 et 8, §1 du règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin (JOUE L 316 du 15 déc. 2000) ; Point 10 du préambule de la directive 2004/72/CE de la Commission du 29 avril 2004 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les pratiques de marché admises, la définition de l'information privilégiée pour les instruments dérivés sur produits de base, l'établissement de listes d'initiés, la déclaration des opérations effectuées par les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et la notification des opérations suspectes [...] (JOUE L 162 du 30 avril 2004).

³¹¹ Mais également dans la Charte des droits fondamentaux qui contient des dispositions d'articulation et de non-régression générale (art. 52, §3 et art. 53 de la Charte).

³¹² Résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies 3208 (XXI^o du 11 oct. 1974, Statut de la Communauté européenne auprès de l'Assemblée générale), adaptée à la disparition de la Communauté et son remplacement par l'Union, (résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/65/276 du 3 mai 2011).

³¹³ Point 2, annexe « Participation de l'Union européenne aux travaux de l'Organisation des Nations Unies », résolution 65/276, précité.

³¹⁴ Art. 21, §2 TUE.

³¹⁵ Les Etats membres de l'Organisation débiteurs des obligations de mettre en œuvre les résolutions adoptées par les institutions de l'ONU, ce qui peut être fait dans le cadre d'une organisation internationale (Art. 48, §1 et 2 de la Charte des Nations-Unies).

³¹⁶ BEAUCILLON, C., précité, p. 57.

³¹⁷ Ainsi, si « les compétences de la Communauté (...) doivent être exercées dans le respect des engagements pris dans le cadre des Nations-Unies et des autres organisations internationales », ce n'est qu'à la condition de « l'adoption d'une position commune ou d'une action commune en vertu des dispositions du traité UE relatives à la PESC » - CJCE, 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission (Kadi I), aff. C-402/05, §§292, 293, 295.

règlements de ce dernier, d'autre part, relèvent d'ordres juridiques distincts »³¹⁸. Aussi, dans l'ordre juridique de l'Union, les résolutions onusiennes ne sont pas directement et immédiatement applicables de sorte que l'Union dut adopter et combiner une position commune de la PESC³¹⁹ et un règlement communautaire³²⁰ pour les mettre en œuvre³²¹. « Cette mise en œuvre repose toutefois sur la seule volonté de l'Union (...) mais non sur l'existence d'une obligation positive et directe, à la charge de l'Union, de mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité, puisqu'elle n'est pas partie à la Charte des Nations-Unies »³²². Il n'y a aucune « assimilation de cette charte à un accord international conclu entre la Communauté et un ou plusieurs États ou organisations internationales, au sens de l'article 300 CE »³²³ car ce n'est pas en vertu du droit international général que la Communauté était tenue de donner effet aux résolutions en question du Conseil de sécurité, mais en vertu du traité CE lui-même³²⁴. Le contrôle de validité de fond opéré par la Cour de Justice est une autre expression de la clôture normative des deux enceintes juridiques. En effet, si la Charte des Nations-Unies avait une quelconque place dans la hiérarchie des normes de l'Union, la Cour ne procéderait pas au contrôle car les accords internationaux conclus par l'Union, comme les décisions des organes administratifs ou juridictionnels institués par ceux-ci, s'imposent au droit dérivé³²⁵. C'est donc bien la fermeture normative du droit de l'Union à celui de l'ONU qui permet à la Cour d'apprécier le bien-fondé des mesures restrictives décidées par l'ONU au regard des critères posés par le droit dérivé de l'Union³²⁶.

82. Nonobstant l'étroitesse des liens existants entre les trois enceintes juridiques – L'Union, le Conseil de l'Europe et l'ONU - les droits coexistent sans aucune hiérarchie formellement définie.

³¹⁸ CJUE, 13 mars 2012, Melli Bank PLC c/ Conseil, aff. C-380/09 P, §54.

³¹⁹ Position commune 2001/931/PESC du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, JOUE L 344 du 28 déc. 2001.

³²⁰ Règlement (CE) 2580/2001 du Conseil du 27 déc. 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, JOUE L 344 du 28 déc. 2001.

³²¹ En effet, la Communauté, à l'époque, n'avait pas la compétence pour adopter les règlements nécessaires, relevant de la politique extérieure ; mais du côté du régime juridique de la PESC, les actes normatifs à disposition n'avaient pas le caractère contraignant adéquat pour geler des ressources économiques. Ainsi, le Conseil adopta une position commune afin d'opérer le pont entre les résolutions du Conseil de sécurité et le droit communautaire et un règlement pour les rendre contraignantes.

³²² Conclusions de l'av. gén. Mengozzi présentées le 28 juin 2011 dans l'affaire C-380/09 P, Melli Bank c/ Conseil, §49.

³²³ TUE, 30 sept. 2010, Kadi c/ Commission, aff. T-85/09, §§120.

³²⁴ Conclusions de l'av. gén. MADURO présentées le 28 janv. 2008 dans l'affaire C-415/05 P, « Kadi I », §24. En effet, dans l'arrêt Kadi I, la Cour de Justice ne se réfère qu'au traité CE pour apprécier la légalité externe du règlement contesté.

En ce sens en doctrine : BEULAY, M., La mise en œuvre des « smart sanctions » des Nations Unies par les états membres et la communauté européenne, RMUE 2009, p. 367 et s. ; BEAUVAIS, P., L'interaction normative dans le champ pénal, l'exemple de la lutte contre le terrorisme, *in* : BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), les interactions normatives : droit de l'Union européenne et droit international, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p. 305.

³²⁵ Voir supra, n°108-111.

³²⁶ Voir, infra n°80-81.

Bien que l'ensemble des Etats membres de l'Union soient également membres du Conseil de l'Europe et des Nations Unies, leurs conventions phares respectives demeurent, faute d'adhésion de l'Union, du droit international auquel elle n'est pas soumise. Il en va sensiblement différemment des accords conclus entre Etats membres en marge du droit de l'Union.

II- Les accords conclus entre Etats membres de l'Union en lien avec le droit de l'Union

83. « Le droit complémentaire » - Les Etats membres peuvent conclure des accords entre eux, dans les domaines de compétences partagées, afin de faciliter l'application des traités³²⁷. Ils forment, pour certaines plumes, du « droit complémentaire »³²⁸ et se distinguent des conventions de l'ancien troisième pilier, régi par le traité lui-même et relevant du droit dérivé. L'existence de conventions liant principalement ou exclusivement des Etats membres, en marge du droit de l'Union peut, de prime abord, étonner. Toutefois, le fait d'attribuer, dans les traités, une compétence à l'Union ne postule pas de sa concrétisation, en particulier lorsqu'elle repose sur l'unanimité, comme cela fut le cas de l'ELSJ jusqu'au traité de Lisbonne. Le droit complémentaire s'est ainsi posé en solution alternative.

84. Régime juridique - Cela étant, sous l'angle institutionnel, ce droit complémentaire connaît un traitement particulier³²⁹. Les dispositions relatives aux accords conclus par l'Union, les articles 216 et suivants TFUE, ne sont évidemment pas applicables ; pas plus que l'article 351 TFUE, qui régit les engagements internationaux des Etats membres antérieurs à leur adhésion. L'incompétence de la Cour de Justice pour les annuler en cas d'incompatibilité avec le droit primaire ou dérivé ou d'inexécution par un Etat membre, sauf compromis contraire³³⁰, atteste de ce qu'ils se situent en marge de l'ordre juridique de l'Union³³¹. C'est surtout au regard de ses rapports avec le droit dérivé que se manifeste la particularité du droit complémentaire. Dans un domaine de compétence partagée telle que l'est la compétence de l'Union dans le champ pénal, le

³²⁷ RIDEAU, J., Accords internationaux, Rep. Dalloz. Droit européen, n°447.

³²⁸ NEFRAMI, E., Accords internationaux, précité, n°37 et s. ; GAUTRON, J.-C. et GRARD, L. Le droit international dans la construction de l'Union européenne : Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, Colloque de Bordeaux, SFDI : Paris, Pedone, 2000, p. 127 à 149 ; ISSAC, G., et BLANQUET, M., Droit général de l'Union Européenne, Sirey, 10^{ème} édition, p. 345.

³²⁹ NEFRAMI, E., Accords internationaux, précité, n°37. Voir, sur le sujet : GAUTRON, J.-C. et GRARD, L., précité.

³³⁰ En effet, l'article 273 TFUE prévoit que « la Cour de justice est compétente pour statuer sur tout différend entre États membres en connexité avec l'objet des traités, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis ».

³³¹ NEFRAMI, E., Accords internationaux, précité, n°38.

droit dérivé prime le droit complémentaire, adopté avant l'exercice de la compétence de l'Union³³². Ainsi, l'article 47 du Traité de Prüm relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière et l'article 134 des Accord Schengen ont prévu la primauté du droit de l'Union sur leurs dispositions.

85. Transformation du droit complémentaire en droit dérivé – Du fait du développement croissant des compétences de l'Union dans les domaines relevant désormais de l'ELSJ, plusieurs de ces conventions « complémentaires » ont fini par trouver une base juridique spécifique dans les traités. Elles ont alors été remplacées par des actes de droit dérivé³³³, ou plutôt intégrées par ce biais au droit de l'Union. Ainsi, l'acquis Schengen est incorporé dans le droit dérivé par un protocole annexé au traité d'Amsterdam³³⁴. De même, les décisions 2008/615/JAI et 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008 ont incorporé la convention de Prüm, et la décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avril 2009³³⁵ s'est substituée à la convention Europol.

86. Les accords conclus entre Etats membres en marge des traités, s'ils sont originellement du droit international ne liant pas l'Union, n'existent plus réellement en pratique. Ils sont devenus du droit de l'Union, intégrés à l'ordre juridique de l'Union et du système pénal de l'Union, pour ceux qui relèvent de cette matière. Ils seront donc étudiés en tant que tels, et non en tant que normes supra ou extra-communautaires. Ainsi, le droit international conventionnel constituant l'environnement juridique de l'Union n'est composé que des accords internationaux ne relevant pas du champ d'application des traités, ni, par conséquent, de la présente étude. Son environnement juridique international ne se limite cependant pas à cela.

³³² *Ibid.*, n°39.

³³³ Voir également, pour le volet civil de l'ELSJ : La convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale est remplacée par le règlement homonyme n°44/2001 du 22 décembre 2000 (JOUE L 12 du 16 janv. 2001), et la convention dite Bruxelles II, relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale est remplacée, dans un premier temps, par le règlement du 20 mai 2000, abrogé par le règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 (JOUE L 338 du 23 déc. 2003). La convention sur la signification et la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale et la convention sur les procédures d'insolvabilité sont remplacées par deux règlements : règlement (CE) n°1346/2000 et n°1348/2000 du 29 mai 2000 (JOUE L 160 du 30 juin 2000).

³³⁴ Sur la question, voir, par exemple : CORRADO, L., L'intégration de Schengen dans l'Union européenne : problèmes et perspectives : RMCUE 1999, p. 342.

³³⁵ Décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avr. 2009 : JOUE L 15 mai 2009.

87. La reconnaissance du droit international coutumier par le droit de l'Union - Le droit international coutumier est l'une des sources reconnues du droit international³³⁶, y compris pénal³³⁷. Pour qu'il prenne naissance, il faut une pratique générale de la part des sujets concernés de droit international public (*consuetudo* ou élément objectif), qui soit acceptée comme étant le droit (*opinio iuris sine necessitatis* ou élément subjectif)³³⁸, ce qui lui confère une existence autonome, à côté des accords internationaux³³⁹. En effet, même consacrée par l'écrit - comme c'est désormais souvent le cas³⁴⁰ - les attributs coutumiers d'une règle n'en sont pas affectés³⁴¹. Par conséquent, le défaut d'adhésion de l'Union à une convention sera indifférent au fait qu'une règle coutumière s'impose à son droit³⁴². En théorie. En pratique, seule la reconnaissance par le droit de l'Union du droit coutumier lui confère réellement une valeur juridique. En l'occurrence, en l'absence de toute indication des traités, c'est la Cour de Justice qui acta la reconnaissance du droit international coutumier par le droit de l'Union : « les règles du droit coutumier international (...) lient les institutions de la Communauté et font partie intégrante de l'ordre juridique

³³⁶ Art. 38, §1, b) du statut de la Cour internationale de justice.

³³⁷ En ce sens : art. 21, b) du statut de Rome ; REBUT, D., Droit pénal international, Dalloz, coll. Précis, 2012, 1^{ère} éd., p. 13 ; HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., Droit international pénal, PUF, coll. Thémis, 2005, 3^{ème} éd., p. 7 ; SCALA, D., Du principe de légalité des peines en droit international pénal, Bruylant, 2011, p. 99 ; SIMMA, B et PAULUS, A., Sources du droit international pénal, in ASCENCIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., Droit international pénal, Pédone, 2012, pp. 72 et s.

En jurisprudence: TPIY, 2 oct. 1995, Tadic, aff. IT-94-1-AR72, §83.

³³⁸ Voir, notamment : CIJ, 20 fév. 1969, Plateau continental de la mer du Nord (Allemagne c/ Pays Bas et Allemagne c/Danemark), §77 ; 27 juin 1986, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c/ États-Unis d'Amérique), §§183 et 184. Repris en droit de l'Union par, notamment : conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 6 oct. 2011 dans l'aff. C-366/10, Air Transport Association of America e.a., §115.

³³⁹ Dans le même sens : CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, précité, §§174 à 179.

³⁴⁰ Ainsi, le principe de souveraineté des États sur leur espace aérien, prolongement de la souveraineté exercée par les États sur leur territoire (CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, précité, §212) est inscrite depuis 1919 dans des conventions internationales (Art. 1^{er} de la convention signée à Paris le 13 octobre 1919 et entrée en vigueur en 1922. Cette convention a été ratifiée par 33 États au total. Plus récemment, il est codifié par l'article 1^{er} de la convention de Chicago, à laquelle à ce jour 190 États ont adhéré en qualité de parties signataires, dont les États membres de l'Union européenne au complet).

³⁴¹ « Il est hors de doute pour la Cour que ces prescriptions du droit conventionnel ne font que correspondre à des convictions qui, depuis longtemps, sont bien établies en droit international coutumier » - CIJ, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua, précité, §212.

³⁴² A propos de la souveraineté de haute mer, codifiée par l'article 2, §1, de la convention sur la haute mer, à laquelle l'Union a adhéré, cependant. v. CIJ, 25 juill.1974, Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c/ Islande), CIJ Recueil 1974, p. 3 (point 50). A propos de la convention de Vienne sur le droit des traités : 16 juin 1998, Racke, aff. C-162/96, §§24, 45 et 46 ; 25 févr. 2010, Brita, aff. C-386/08, §42).

En outre, l'art. 49, §1 de la Charte des droits fondamentaux dispose que « nul ne peut être condamné pour des faits qui ne constituaient pas une infraction d'après (...) le droit international », sans plus de précision.

communautaire »³⁴³. Cela étant, le droit pénal coutumier n'a pas de réelle place dans le champ pénal de l'Union Européenne³⁴⁴.

88. *L'inexistence du droit coutumier dans le champ pénal de l'Union* - Plus que toute autre branche du droit, sans aucun doute, la matière pénale s'accommode difficilement des règles non écrites. Elles sont peu nombreuses³⁴⁵ et ont, pour la plupart, été directement ou indirectement consacrées en droit écrit. Du côté des règles de procédure, le principe de souveraineté des Etats, par exemple, qui interdit, par extension, à des agents d'un Etat d'intervenir sur le territoire d'un autre Etat³⁴⁶, a été implicitement mais directement consacré en droit de l'Union³⁴⁷ par la directive « décision d'enquête européenne » qui applique le principe de reconnaissance mutuelle à l'entraide policière et judiciaire pénale et réserve le droit d'agir aux agents de l'Etat membre d'exécution³⁴⁸. Ce principe est également indirectement reconnu par l'adoption de règles unionistes relatives à l'intervention, sur le territoire d'un Etat membre, d'une force de police d'un autre Etat membre³⁴⁹. En droit pénal de fond, le fait qu'une incrimination d'origine coutumière « puisse produire des effets de caractère pénal étonnera le pénaliste habitué à n'appliquer que des normes écrites »³⁵⁰. La chose n'est cependant pas inédite. Ainsi, les crimes internationaux n'ont d'abord pu être réprimés qu'en étant fondés sur la coutume internationale³⁵¹,

³⁴³ CJCE, 16 juin 1998, Racke / Hauptzollamt Mainz, aff. C-162/96.

³⁴⁴ Au-delà du champ pénal, le droit coutumier est de plus en plus résiduel. Dans sa dimension internationale, la relation entre droit conventionnel et droit coutumier a vu sa logique renversée. Désormais, ce sont moins les conventions internationales qui codifient le droit international coutumier, dans un souci de sécurité juridique, qu'elles se font génératrices de droit coutumier. Aussi, la CIJ expliquait qu'afin « qu'une règle conventionnelle soit considérée comme étant devenue une règle générale de droit international, il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, à condition toutefois qu'elle comprenne les Etats intéressés (CIJ, Plateau continental de la mer du Nord, §73 – sur l'intégration du droit conventionnel au droit coutumier, voir également : TPIY, 2 oct. 1995, Tadic, aff. IT-94-1-AR72, §98 ; TPIY 10 déc. 1998, Furundzija, IT-95-17/1-T, §§138 et s.).

³⁴⁵ En ce sens : HUE'T, A. et KOERING-JOULIN, R., Droit international pénal, PUF, coll. Thémis, 2005, 3^{ème} éd., p. 7.

³⁴⁶ En ce sens : DAVID, E., Eléments de droit pénal international et européen, Bruylant, 2009, p. 346-347 ; REBUT, D., droit international pénal, Dalloz, précis, 2012, p. 13.

En jurisprudence : US Court of Appel, 2nd cir., 15 may 1974, Toscanino (à propos d'une arrestation opérée en Uruguay par des policiers américains).

³⁴⁷ Voir, notamment : convention européenne sur l'extradition du 13 déc. 1957.

³⁴⁸ En particulier : art. 28, §4 et 29, §4 de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JOE L 130 du 1^{er} mai 2014.

³⁴⁹ Voir : art. 17 de la décision 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière (JOUE L 210 du 06 aout 2008), qui précise que les autorités compétentes déterminent les modalités d'organisation et de déroulement d'une patrouille ou toute autre opération commune, dont les attributions que les fonctionnaires des États membres d'origine peuvent exercer dans l'État membre d'accueil ; art. 1, §6 de la décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative aux équipes communes d'enquête (JOUE L 162 du 20 juin 2002), lesquelles peuvent se voir confier l'exécution de certains actes d'enquêtes seulement dans la mesure où les Etats membres concernés y ont consenti et conformément au droit de l'État membre d'intervention.

³⁵⁰ DAVID, E., Eléments de droit pénal international et européen, Bruylant, 2009, p.623, n°12.1.6.

³⁵¹ En ce sens : DAVID, E., précité, p. 629 (crime de guerre), p. 1303 (crime contre l'humanité).

quoique la chose ait été discutée³⁵². S'ils sont désormais incriminés par du droit écrit liant les Etats membres, l'Union n'est pas partie au statut de Rome. C'est donc par le truchement du droit international coutumier, qui s'impose à l'ordre juridique communautaire³⁵³, que l'on peut dire que les crimes internationaux sont des crimes en droit de l'Union, bien que cela n'a guère d'incidences, ni d'intérêt pratique.

89. *L'inexistence du droit coutumier des droits de l'homme* – Enfin, en matière de droits de l'homme, dont certains relèvent de la sphère pénale, une controverse doctrinale existe sur leur appartenance au droit coutumier international. Le simple fait que cela soit discuté va à l'encontre de la présence du second élément constitutif de la coutume : l'*opinio juris*³⁵⁴. Au demeurant, la controverse doctrinale n'a que de minces implications en ce qui nous concerne, les droits de l'homme sont, pour l'Union et les Etats membres, inscrits dans des textes ayant valeur contraignante³⁵⁵ et dont le respect est contrôlé, y compris en droit de l'Union³⁵⁶.

90. La coutume internationale s'imposant à tous dans l'ordre juridique international, y compris aux organisations et juridictions internationales³⁵⁷, la coutume pénale internationale appartient au champ pénal de l'Union européenne. En principe. En pratique, sa place est plus que mineure dans la mesure où les règles indiscutablement coutumières ont été codifiées. Il en va de même s'agissant des principes généraux du droit international, très proches de la coutume.

En jurisprudence : sur l'origine coutumière des crimes internationaux : TPIY, 21 mi 2003, Milutinovic et al., aff. IT-99-37-AR72, §39 et op. indiv. ROBISON, §42 : il est justement observé que les incriminations des crimes internationaux ne peuvent avoir qu'une origine coutumière. En effet, elles ont été mises en œuvre par des juridictions internationales bien avant leur inscription dans des conventions internationales. Or, les juridictions concernées ne pouvaient se fonder sur leur statut puisque celui-ci était postérieur aux faits. Seule la coutume internationale pénale pouvait fonder les procès de Nuremberg ou de Tokyo, en particulier.

³⁵² DAVID, E., précité, p.623 et s.

³⁵³ CJCE, 16 juin 1998, Racke c/Hauptzollamt Mainz, aff. C-162/96.

³⁵⁴ Sur cette question, peu présente dans la doctrine française, cependant : FLAUSS, J.-F., La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg, Société française pour le droit international, Pedone, 1998, p. 62 et s.

³⁵⁵ Tous les Etats membres sont parties à la Conv. EDH. L'Union, de son côté, a adopté la Charte des droits fondamentaux, dotée de la force contraignante depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

³⁵⁶ Voir, par exemple, pour ce qui est du contrôle et du respect du droit au procès équitable : n°652 et s., pour les droits des accusés : n°692 et s., pour les garanties de la légalité : n°742 et s.

³⁵⁷ En ce sens : SCALA, D., Du principe de légalité de peines en droit international pénal, Bruyant, 2011, p. 99-100 ; SIMMA, B et PAULUS, A., Sources du droit international pénal, in : ASCENCIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., Droit international pénal, Pedone, 2012, p. 72. ; FAVRE, A., Les principes généraux du droit, fondement commun du droit des gens, in : Recueil d'études du droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, Fac. de droit de Genève, IUHEI, 1968, p. 375.

91. *Les principes généraux du droit international pénal* - Les principes généraux du droit international pénal, ou pouvant avoir une application pénale, existent mais ils sont peu nombreux. Le statut de Rome en reconnaît un certain nombre, consacrant ainsi leur existence comme source de droit pénal international : le principe de légalité des délits et des peines, la non rétroactivité du droit pénal, la responsabilité pénale individuelle, la majorité pénale fixée à 18 ans, la responsabilité pénale des chefs d'Etat, la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques, l'imprescriptibilité des crimes internationaux, l'exigence d'une faute morale, les motifs d'irresponsabilité pénale³⁵⁸. L'élévation de chacun d'eux au rang de principe général du droit ne fait cependant pas l'unanimité³⁵⁹. En effet, les quatre premiers sont indiscutablement des principes généraux du droit pénal³⁶⁰, reconnus dans les principaux systèmes juridiques et généralement considérés comme inhérents à l'établissement de tout système pénal respectueux des droits fondamentaux³⁶¹. D'autres, en revanche, sont sujets à caution. Tel est le cas de l'indifférence d'un crime commis sur ordre de la loi ou du supérieur hiérarchique qui connaît tant d'exceptions que cela vide le principe énoncé - manifestement pas si général que cela³⁶² - de sa substance³⁶³. Les droits pénaux français et italien, par exemple, connaissent l'ordre de la loi ou de l'autorité légitime comme fait justificatif³⁶⁴. De même, l'imprescriptibilité des crimes internationaux ne concerne en réalité que les crimes de génocide et contre l'humanité, mais pas le crime de guerre, sauf dans le Statut de Rome³⁶⁵. Quant à l'absence d'immunité pénale des chefs d'Etats, la question est épineuse en doctrine, comme en pratique³⁶⁶. A l'inverse, certaines règles n'ont pas été reconnues comme ayant la valeur de PGD par le Statut de Rome ou sa Cour, bien

³⁵⁸ Art. 22 à 33 du Statut de la CPI.

³⁵⁹ En ce sens, DUPUY, P.-M., Normes internationales pénales et droit impératif, *in* : ASCENCIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., Droit international pénal, Pédone, 2012, p. 83.

³⁶⁰ A propos du principe de légalité comme PDG du droit international, voir en particulier : SCALA, D., précité.

³⁶¹ En ce sens, DUPUY, P.-M., précité.

³⁶² V. PRADEL, J., Droit pénal comparé, Dalloz, coll. Précis, 2008, 3^{ème} éd., p. 137.

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ Art. 122-4 c. pén. français et 51 c. pén. italien.

³⁶⁵ DUPUY, P.-M., précité.

³⁶⁶ Si le Statut considère en effet que la responsabilité pénale des chefs d'Etats est un principe général du droit, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, en revanche, estime « que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger » (Cass. Crim., 13 mars 2001, n°00-87215 ; dans le même sens : Cass. Crim. 23 nov. 2004, n°04-84265 à propos de la règle coutumière de l'interdiction de poursuivre pénalement un Etat étranger, incluant les organes et entités qui en sont l'émanation). Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL) quant à lui a estimé que « le principe semble désormais établi que l'égalité souveraine des Etats n'empêche pas un chef d'Etat d'être poursuivi devant un tribunal ou une cour international(e) » (Décision sur l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, SCSL-03-01-I-059, §52).

qu'elles soient inscrites dans le Statut et qu'elles soient connues comme des PGD dans la majorité des systèmes pénaux. Tel est le cas, par exemple³⁶⁷, du droit de toute personne arrêtée ou détenue à être présentée à un juge ou à un tribunal, abordé à l'article 21, §3 du Statut et dont la valeur de PGD a interrogé le Tribunal spécial pour le Liban³⁶⁸. En somme, si la catégorie des principes généraux du droit pénal international existe bien, son contenu, en revanche, est incertain.

92. Les principes généraux du droit international pénal et le droit de l'Union – La Cour de justice, pour sa part, reconnaît les principes généraux du droit international³⁶⁹. Rien ne permet de penser qu'il en aille différemment des principes généraux du droit international pénal. En outre, leurs éléments constitutifs les rapprochent étroitement de la coutume³⁷⁰, au point que, pour certains auteurs, les deux se confondent³⁷¹. Cependant, à la différence de la coutume, les principes généraux du droit international seraient, pour la majorité de la doctrine³⁷², d'abord des principes

³⁶⁷ On peut également évoquer du principe *ne bis in idem*, inscrit à l'article 20 du Statut de Rome ou du principe de présomption d'innocence, énoncé à l'article 66 du Statut, quoique leurs modalités d'application connaissent des divergences selon les systèmes juridiques.

³⁶⁸ TSL, 15 avril 2009, juge de la mise en état, ord. N°CH/PTJ/2009/03, §14 et 15 avril. 2010, Présidence, ord., n°CH/PRES/2010/01, §§29-36.

³⁶⁹ Notamment : CJUE, 13 janv. 2015, Conseil et Commission c/ Rep. Techèque, aff. C-404/12 P et C-405/12 P, §45 ; 21 déc. 2011, Air Transport Association of America, aff. C-366/10 ; §49 ; 22 oct. 2009, Bogiatzi, aff. C- 301/08, §18 ; 19 nov. 2008, Commission c/ Rép. Finlande, aff. C-118/07, §27 ; 27 fév. 2002, Herbert Weber et Universal Ogden Services Ltd, aff. C-37/00, §31 ; 17 janv. 2012, Salemink, aff. C-347/10, §31.

³⁷⁰ Comme la coutume, ils possèdent un élément matériel, la présence généralisée dans divers systèmes juridiques et un élément psychologique, une reconnaissance en tant que règle de droit obligatoire (CARREAU, D. et MARRELLA, F., Droit international, Pedone, 2012, p. 331; FLAUSS, J.-F., La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, *in* : La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg, Société française pour le droit international, Pedone, 1998, p. 69 ; DALLIER, P., FORTEAU, M. et PELLET, A., Droit international public, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, n°206) Aussi, certaines règles sont présentées comme des principes généraux par certains auteurs et comme des règles coutumières par d'autres. Tel est le cas des applications pénales du principe de souveraineté des Etats. Abordées lors de l'étude de la coutume, l'interdiction pour des forces de l'ordre d'agir sur le territoire d'un Etat étranger ou l'immunité juridictionnelle des Etats étrangers sont présentées comme des principes généraux du droit par les professeurs HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., (Droit international pénal, PUF, coll. Thémis, 2005, 3^{ème} éd., p. 7) et REBUT, D. (Droit international pénal, précité, p. 13), par exemple.

³⁷¹ Ou plus exactement, les principes généraux du droit international deviennent des normes coutumières une fois établis. En ce sens : SUR, S., Quelques observations sur les normes juridiques internationales, RGDIP, 1985, p. 906 ; FLAUSS, J.-F., La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, *in* La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg, Société française pour le droit international, Pedone, 1998, p. 68 ; VITANYI, B., les positions doctrinales concernant le sens de la notion de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », RGDIP, 1986, p. 48 ; Résolution (95)I de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 11 déc. 1946.

A noter que la Cour de Justice semble assimiler les deux catégories de normes, il est vrai très proches, en évoquant parfois les « principes généraux du droit international coutumier » (CJUE, Air Transport Association of America, précité, §107 et s. ; TUE, 21 sept. 2005, Kadi I, aff. T-315/01, §182 ; *id.*, Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil, aff. T-306/01, §232).

³⁷² En ce sens : SCALA, D., Du principe de légalité des peines en droit international pénal, Bruylant, 2011, p. 119 ; SALMON, J., Dictionnaire de droit international public, Bruylant, 2001, pp. 876-877 ; VISSCHER (de), C., Contributions à l'étude des sources du droit international, RDILC, 1933, p. 406 ; COMBACAU, J. et SUR, S., Droit international public, LGDJ, coll. Domas, 2010, p. 17 ; PELLET, A., Article 38, *in* ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT, Ch. et OELLERS-FRAHM, K. The Statute of the International Court of Justice : a commentary, Oxford UP, 2006, p. 766 ; FAVRE, A., Les principes généraux du droit, fondement commun du droit des gens, *in* : Recueil d'études du droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, Fac. de droit de Genève, IUHEI, 1968, p. 374 ; GUGGENHEIM, P., Contribution à l'histoire des sources du droit des gens, Recueil des cours / Académie de droit international, La Haye, vol. 94, 1958-II, p. 78.

de droit interne³⁷³. Cette préexistence généralisée qui justifie de transposer une règle dans la sphère internationale rend quelque peu superflue leur étude dans le cadre de la présente recherche. En effet, si les principes généraux du droit international, comme toutes les normes de droit international, s'imposent à l'ordre juridique de l'Union, dès lors qu'ils procèdent de l'extraction des règles de droit « interne », par présupposé, le système juridique de l'Union les connaît déjà. Ainsi, ils seront abordés de manière autonome, indépendamment de leur double qualité de règle de droit « interne » et règle de droit international.

93. Conclusion du paragraphe - Si l'Union respecte le droit international, c'est d'abord bien en vertu de son propre droit ainsi que le rappelle l'article 3, §5 TUE, notamment³⁷⁴. Les différentes organisations se reconnaissent mutuellement mais ne révèlent pas d'autre lien entre elles que la triple adhésion des Etats membres³⁷⁵. Les ordres juridiques coexistent mais n'en demeurent pas moins distincts et autonomes, et c'est bien sur le fondement du droit de l'Union que les droits du Conseil de l'Europe et des Nations-Unies sont réceptionnés et alimentent le champ pénal de l'Union européenne. Identiquement, la coutume internationale et les principes généraux du droit international (pénal) s'imposent, en théorie, au droit de l'Union, en vertu de décisions de la Cour de Justice. En pratique, beaucoup de ces règles ont été écrites, notamment en droit de l'Union, ce qui efface la source internationale et vide ces catégories de normes de leur contenu.

Contra : certains auteurs classent les principes généraux du droit international en trois catégories : ceux reconnus d'abord en droit interne et transposables au droit international, ceux tirés directement de l'idée de droit, ceux tirés de la nature d'une institution déterminée des divers droits (BLONDEL, A., Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de justice internationale et la cour internationale de justice, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, fac. de droit de Genève, IUHEI, 1968, pp. 521-530).

³⁷³ Tel est en effet ce qu'il s'évince de la formulation de l'article 38 du Statut de la CIJ, qui évoque « les principes reconnus par les nations civilisées ». C'est alors le seul élément qui permet de les distinguer de la coutume, et justifier que les deux types de règles soient mentionnés distinctement. En revanche, à la défaveur de l'élément « national », on concèdera qu'une telle préexistence est supposée rendre les PGD plus aisément identifiable que la coutume. Or, tel n'est pas le cas, ainsi qu'il vient d'être exposé.

³⁷⁴ Dans le même sens : art. 21, §3 TUE.

³⁷⁵ BEAUCILLON, C., précité, 228.

94. *Inclusion théorique, exclusion pratique pour la présente étude* - « La clôture normative signifie qu'il n'y a pas de normes juridiques en dehors du système juridique »³⁷⁶. Cependant, fermeture n'est pas isolement³⁷⁷. « Les univers internationaux et européens sont loin d'être hermétiques, cloisonnés, repliés sur eux-mêmes. Bien au contraire, ils interagissent constamment l'un sur l'autre grâce à des canaux variés, allant de la conférence diplomatique au prétoire du juge »³⁷⁸. Ils sont cognitivement ouverts. Pour autant que « l'environnement est source d'information pour le système juridique, l'ouverture ou la fermeture à cette information repose sur une décision du système juridique lui-même »³⁷⁹. En somme, la dimension extra ou supra-communautaire est une « source » pour le droit pénal de l'Union européenne : tantôt source d'inspiration, tel le droit international ne liant pas l'Union mais influençant son développement, tantôt source de droit, tel le droit international coutumier et les principes généraux du droit international, qui doivent être considérés comme liant l'Union dès lors qu'elle respecte le droit international³⁸⁰. Cela étant, ayant été, dans la plupart des cas, intégré au droit de l'Union écrit, la coutume pénale internationale et les principes généraux du droit international pénal ne seront plus évoqués en tant que tels dans la suite de nos développements. Il ira de même de la dimension externe et pénale du droit de l'Union.

³⁷⁶ BINET, L., « Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 32, n°2, 1991, p. 447.

³⁷⁷ LUHMANN, N., *Law as a Social System*, 2004, Oxford University Press, p. 80.

³⁷⁸ BURGORGUE-LARSEN, L., *Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux*, in : BURGORGUE-LARSEN, L., DUBOUT, E., MAITROT DE LA MOTTE, A. et TOUZE, S. (dir.), *Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, p. 360.

³⁷⁹ BINET, L., précité.

³⁸⁰ Ces deux conceptions du concept de « sources » sont dites « matérielles » ou « réelles » par certains auteurs, mais qui recouvrent cependant deux acceptions différentes. Généralement, l'expression « sources matérielles » ou « réelles » désigne les facteurs qui influencent le contenu du droit. Toutefois, les « sources matérielles » ou « réelles » peuvent également désigner les fondements des normes juridiques et justifier leur validité. Ces deux conceptions s'opposent aux « sources formelles » qui désignent les modes d'édition des normes qui leur confèrent une force juridique. (AMSELEK, P., *Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit »*, in *Sources du droit*, *Archives de philosophie du droit*, tome 27, Sirey, 1982, p. 253).

SECTION 2 – LA PRISE EN COMPTE DE LA DIMENSION EXTERNE DU CHAMP PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

95. *La dimension externe de l'ELSJ* - Dans le cadre de l'étude des normes pénales de l'Union européenne, « il convient de ne pas ignorer la dimension externe que peut revêtir l'action de l'Union dans le cadre de sa politique visant à la constitution d'un ELSJ »³⁸¹. La dimension externe du champ pénal de l'Union européenne correspond à « toutes les compétences et tous les instruments dont dispose l'Union, notamment en matière de relations extérieures, utilisés de manière intégrée et cohérente pour établir le volet pénal de l'ELSJ »³⁸². Elle constitue donc la frontière communicante entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne de l'Union. Tout acte législatif étant expressément exclu de la politique extérieure de l'Union par l'article 24, §1 TUE³⁸³ et le champ d'application des actes législatifs disponibles pour l'établissement de l'ELSJ apparaissant limité au territoire de l'Union³⁸⁴, la dimension externe de l'ELSJ est principalement composée de deux séries d'éléments : les accords conclus entre l'Union Européenne et des Etats tiers ou des organisations ou entités internationales relevant du champ pénal (§1) ainsi que les mesures restrictives anti-terroristes (§2).

§1 - LES ACCORDS UE-ETATS TIERS EN MATIERE PENALE : INCLUSION THEORIQUE, EXCLUSION PRATIQUE

96. *De l'inclusion théorique à l'exclusion pratique du champ pénal de l'Union européenne* - « Les accords conclus par l'Union lient les institutions et les Etats membres »³⁸⁵. Ceux relevant du champ pénal comptent donc parmi les éléments du système pénal de l'Union Européenne (I) et doivent, à ce titre, être étudiés. Cependant, ils ne se verront guère consacrés

³⁸¹ Concl. de l'Av. gén. BOT présentée le 31 janv. 2012 dans l'aff. C-130/10, Parlement c/ Conseil, §78.

³⁸² Selon la définition de la dimension externe de l'ELSJ donnée par le Conseil de Tampere sous forme d'objectif de politique générale : « toutes les compétences et tous les instruments dont dispose l'Union, notamment en matière de relations extérieures, doivent être utilisés de manière intégrée et cohérente pour établir l'espace de liberté, de sécurité et de justice » (Conclusions du Conseil européen de Tampere, 15 et 16 octobre 1999, pt. 59, repris ensuite par le programme de La Haye).

³⁸³ Qui dispose : « La politique étrangère et de sécurité commune est soumise à des règles et procédures spécifiques. (...) L'adoption d'actes législatifs est exclue ».

³⁸⁴ Aux termes de l'article 67, §1, TFUE, l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice, ce qui induit donc que l'ELSJ, aussi bien géographique que juridique, se limite au territoire de l'Union.

³⁸⁵ Art. 216, §2 TFUE.

d'autres développements que ceux qui vont être immédiatement tenus, ainsi que nous nous en justifierons (II).

A- L'INCLUSION THEORIQUE DES ACCORDS CONCLUS PAR L'UNION AU CHAMP
PENAL DE L'UNION

97. *De la conclusion d'un accord à son intégration en droit de l'Union* - « L'[Union Européenne] dispose de la personnalité juridique internationale. Elle peut donc établir des liens avec des organisations universelles ou régionales, ou avec des Etats tiers (I) ; il lui reviendra alors d'en retranscrire les conséquences dans son ordre juridique (III) et, en particulier, d'insérer les règles internationales qui la concernent dans la hiérarchie interne des sources de son droit (II) »³⁸⁶.

I- La capacité de l'Union à conclure des accords et traités internationaux

98. *Evolution institutionnelle* - Antérieurement au traité de Lisbonne, l'Union pouvait conclure des accords lorsque les traités le prévoyaient³⁸⁷ ou en vertu de la théorie des compétences implicites³⁸⁸. Dans le cadre des piliers intergouvernementaux, ce sont les ex-articles 24 TUE, relevant de la PESC, et 34 TUE, pour l'ELSJ, qui constituaient les bases légales des accords internationaux de l'Union, quoiqu'une controverse les entoura³⁸⁹. Désormais, l'ELSJ semble ne posséder qu'une dimension interne, exception faite de l'article 79 TFUE relatif aux

³⁸⁶ DELCOURT, D., La participation du juge à l'édification de la pyramide des sources internes et externes du droit communautaire, Dalloz 2009 p. 1118.

³⁸⁷ Ancien art. 300, §1, TCE : « Dans les cas où les dispositions du présent traité prévoient la conclusion d'accords entre la Communauté et un ou plusieurs États ou organisations internationales, ... ».

³⁸⁸ La théorie des compétences implicites signifie que « chaque fois que le droit communautaire a établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre les engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence d'une disposition expresse à cet égard » (CJCE, 26 avril 1976, Kramer, avis 1/76, §3). La compétence externe découlait de l'existence d'une compétence explicite sur le plan interne (principe du parallélisme entre les compétences internes et externes).

³⁸⁹ En effet, l'article 24 TUE, exposant la procédure de négociation et de conclusion conduite par les institutions européennes, ne mentionnait pas l'Union, en tant qu'entité autonome. Cela étant, il apparaît néanmoins difficile de soutenir que les accords conclus selon cette procédure ne l'étaient pas au nom de l'Union. En outre, le recours au paragraphe 5 pouvait aboutir à ce qu'un Etat membre n'y soit pas lié.

Sur l'opposition doctrinale relative à la question de savoir si, compte tenu de l'absence de personnalité juridique de l'Union, les accords devaient être considérés comme conclus au nom de l'Union ou des Etats membres, v. VAN De KERCHOVE, G., et MARQUARDT, S., Les accords internationaux conclus par l'Union européenne, Annuaire français de droit international, vol. 50, 2004, p. 809 et s. ; MARQUARDT, S., La capacité de l'Union européenne de conclure des accords internationaux dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, in De KERCHOVE et WEYEMBERGH, A., Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union européenne, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 184 et s. . Nous nous rallions à ces auteurs qui considèrent que la position selon laquelle ces accords seraient conclus au nom des Etats membres n'est pas défendable.

accords de réadmission des étrangers en situation irrégulière. En réalité, la capacité de l'Union à conclure des accords internationaux repose sur deux bases juridiques. D'une part, l'article 218, §6 TFUE consacre pleinement les compétences explicites et implicites de l'Union à conclure des accords « avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient (compétence explicite) ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée (compétence implicite) ». D'autre part, l'actuel article 37 TUE³⁹⁰ permet à l'Union de conclure des accords avec un ou plusieurs Etats ou organisations internationales dans les domaines relevant de la PESC.

99. L'ELSJ n'ayant aucune base juridique particulière relative à la conclusion d'accords internationaux, il se déduit que sa dimension externe relève de l'article 216, §2 TFUE. Cependant, compte tenu des centres d'intérêts que partagent l'ELSJ et la PESC, la question de la place des accords internationaux conclus par l'Union en matière pénale au sein du système juridique est régulièrement portée devant la Cour de Justice.

II- La place des accords internationaux conclus par l'Union au sein de son système juridique

100. *Double problématique* – La question de la place des accords internationaux en matière pénale en droit de l'Union peut être entendue de deux manières différentes, toutes deux méritant d'être abordées. D'une part, elle questionne l'affiliation aux politiques de l'Union, c'est-à-dire déterminer si la conclusion d'un accord international en matière pénale doit suivre la procédure communautaire, l'article 218 TFUE, ou la procédure intergouvernementale, en application du paragraphe dérogatoire, l'article 218, §6, TFUE. La question de la frontière entre les dimensions « externe » et « interne » est toujours plus ténue et difficile à tracer³⁹¹ et est régulièrement soumise

³⁹⁰ Ancien art. 24, §1 TUE.

³⁹¹ BONIFAY, E., COLLARD, M., DA FONSECA, A., DA LOZZO, M., DI NOTO, R., GARBAY, A., GARCIA, M., LABAYLE, S., MARCHESSAUX, L., MORIN, M.-E., Le cadre et les principes présidant au développement de la dimension externe de l'ELSJ, RTD eur. 2014, p. 655.

à la Cour (a). D'autre part, la place de ces accords au sein du droit de l'Union peut s'intéresser à la hiérarchie des normes de l'Union, laquelle est clairement établie (b).

- a) La place des accords dans les politiques de l'Union : politique extérieure en matière pénale vs dimension externe du volet pénal de l'ELSJ

101. La nécessité institutionnelle d'une distinction entre politique extérieure en matière pénale et dimension externe de l'ELSJ – De l'affiliation à la dimension externe de l'ELSJ ou à la politique extérieure de l'Union dépend le rôle du Parlement dans le processus d'adoption. En effet, le régime de la PESC étant toujours intergouvernemental, le Parlement n'a aucun poids dans le processus d'adoption d'un accord exclusivement externe³⁹². Ce rôle mineur explique que le Parlement soit la partie requérante dans les contentieux de la légalité touchant aux frontières entre la PESC et le droit commun de l'Union. Cependant, la délimitation entre la dimension externe des politiques internes et la PESC, aussi nécessaire soit-elle, se révèle particulièrement délicate lorsque les domaines d'action se rejoignent.

102. Les critères de distinction – En effet, selon l'article 218, §6, a) la procédure dérogatoire intergouvernementale s'applique aux accords « portant exclusivement » sur la PESC. Cependant, il n'est pas rare, voire fréquent qu'un accord soit transversal, les objectifs de la PESC recoupant ou prolongeant nombre des politiques internes³⁹³. Aussi, « dans le cadre de l'examen du point de savoir si un accord porte ou non exclusivement sur la PESC, (...) il ne suffit pas qu'un accord porte à titre accessoire ou de manière incidente sur des domaines autres que la PESC pour que la consultation ou l'approbation préalable du Parlement soit requise conformément à l'article 218, § 6, TFUE »³⁹⁴. Il conviendra de rechercher « le centre de gravité de l'accord »³⁹⁵, pour reprendre l'image de l'avocat général BOT. « Si la construction de cet espace [l'ELSJ] peut nécessiter une

³⁹² Sauf dans les cas limitativement énumérés (les accords d'association, l'accord portant adhésion de l'Union à la Convention EDH, les accords créant un cadre institutionnel spécifique en organisant des procédures de coopération, les accords ayant des implications budgétaires notables pour l'Union, les accords couvrant des domaines auxquels s'applique la procédure législative ordinaire ou la procédure législative spéciale lorsque l'approbation du Parlement européen est requise), il n'est que consulté, étant précisé que si le Parlement n'émet pas son avis dans le délai fixé, le Conseil n'est en rien empêché pour poursuivre le processus d'adoption (art. 218, §6, a) et b) TFUE.

³⁹³ Ce qui est déjà observable à la lecture de l'article 3 TUE, où le paragraphe 5, dédié aux objectifs de la politique extérieure, se fait l'écho des objectifs des paragraphes 2 et 3 relatifs à l'ELSJ et au marché intérieur. On peut également citer l'article 21, §2, a) TUE selon lequel le premier objectif de l'action extérieure de l'Union la concerne directement : « sauvegarder ses valeurs, ses intérêts fondamentaux, sa sécurité, son indépendance et son intégrité ».

³⁹⁴ Conclusions de l'av. gén. BOT présentées l 30 janv. 2014 dans l'aff. C-658/11, Parlement c/ Conseil, §21.

³⁹⁵ Conclusions de l'av. gén. BOT, précité, §§24, 34, 37 et 124.

action extérieure de la part de l'Union, il faut, pour qu'un accord puisse être considéré comme relevant de l'ELSJ, qu'il présente un lien étroit avec la liberté, la sécurité et la justice au sein de l'Union. Autrement dit, le rattachement à l'ELSJ se justifie lorsqu'il existe un lien direct entre la finalité de sécurité intérieure de l'Union et la coopération judiciaire et/ou policière qui est développée à l'extérieur de l'Union. En revanche, une action de l'Union doit être rattachée à la PESC lorsque l'objectif de celle-ci est d'abord la paix, la stabilité et l'évolution démocratique dans une région hors de l'Union »³⁹⁶. Ainsi, par exemple, « dès lors que l'on se trouve en présence d'une action de l'Union qui s'inscrit dans une démarche de coopération internationale initiée par le Conseil de sécurité et qui vise avant tout à lutter contre une menace qui affecte la paix et la sécurité internationales, cette action doit être adoptée dans le cadre de la PESC »³⁹⁷. « La distinction n'est, certes, pas toujours évidente, tant il est vrai que le développement d'une forme de criminalité dans une région donnée peut constituer à la fois un danger pour la sécurité intérieure de l'Union et pour la stabilité de la région concernée »³⁹⁸.

103. L'inutilité d'une distinction matérielle - La question de la détermination de la base juridique adéquate n'est pas une question institutionnelle anodine. Cependant, elle n'a que peu d'intérêt pour ce qui nous concerne car, sous l'angle substantiel, tout effort de dissociation entre la dimension externe du volet pénal de l'ELSJ de la dimension « pénale » de la politique extérieure n'a aucun prolongement matériel³⁹⁹ ; la dimension externe de l'ELSJ est « absorbée » et « instrumentalisée »⁴⁰⁰ au profit de l'action extérieure⁴⁰¹ car « l'objectif de sécurité (...) est commun à la PESC et à l'ELSJ »⁴⁰² ; « la sécurité intérieure et la sécurité extérieure sont indissociables »⁴⁰³.

³⁹⁶ BIOLLEY, S., Coopération policière dans l'Union européenne, JCI Europe – traités, fascicule 2680, n°114 ; Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 30 janv. 2014 dans l'aff. C-658/11, Parlement c/ Conseil, §112.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ BIOLLEY, S., précité.

³⁹⁹ En ce sens : NEFRAMI, E., L'aspect externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : quel respect des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union ? in FLAESCH-MOUGIN, C. et SERENA-ROSSI, L., La dimension extérieure de l'ELSJ dans l'Union Européenne après le traité de Lisbonne, BRUYLANT, 2013, p. 510.

⁴⁰⁰ *Ibid.* Cité par l'av. gén. BOT dans ses conclusions présentées le 30 janv. 2014 dans l'aff. C-658/11, Parlement c/ Conseil, §118.

⁴⁰¹ En vertu de l'article 21, §3 TUE : « l'Union respecte les principes et poursuit les objectifs visés au paragraphe 1 et 2 dans l'élaboration et la mise en œuvre de son action extérieure dans les différents domaines couverts par le présent titre et par la cinquième partie du TFUE, ainsi que de ses autres politiques dans leurs aspects extérieurs ».

V. sur cette question : NEFRAMI, E., L'aspect externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : quel respect des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union ? in FLAESCH-MOUGIN, C. et SERENA-ROSSI, L., La dimension extérieure de l'ELSJ dans l'Union Européenne après le traité de Lisbonne, BRUYLANT, 2013, p. 520 et s.

⁴⁰² Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 30 janv. 2014 dans l'aff. C-658/11, Parlement c/ Conseil, §3.

⁴⁰³ Le programme de Stockholm – Une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens (JO 2010, C 115, p. 1) : point 7 intitulé « L'Europe à l'heure de la mondialisation – La dimension extérieure de la liberté, de la sécurité et de la justice ». Le

104. Mais surtout, en tout état de cause, tout accord conclu par l'Union lie les institutions et les États membres, qu'il relève du régime juridique de la PESC ou de la dimension externe de l'ELSJ. En effet, l'article 216, §2, TFUE⁴⁰⁴ ne distingue pas la politique de rattachement des accords conclus. Ainsi, ils ont tous la même place au sein de la hiérarchie des normes de l'Union.

b) La place des accords internationaux parmi les normes de l'Union

105. Hiérarchisation des accords internationaux parmi les normes de l'Union – « Les accords conclus par l'Union lient les institutions et les États membres »⁴⁰⁵. Pour la Cour de justice, il en découle qu'ils font, dès leur entrée en vigueur, « partie intégrante de l'ordre juridique communautaire » et, par conséquent, de celui des États membres⁴⁰⁶. En conséquence, ils priment sur le droit dérivé⁴⁰⁷, uniquement. Autrement dit, ils doivent respecter le droit primaire⁴⁰⁸, les principes généraux du droit⁴⁰⁹, et en particulier les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union européenne⁴¹⁰.

106. Assimilation des accords mixtes aux accords conclus par l'Union – Cette hiérarchie des normes s'applique aussi bien aux accords exclusivement conclus par l'Union qu'aux accords mixtes ; la Cour de Justice ayant opté pour une unité de régime pour les deux catégories⁴¹¹. Les

Conseil européen se dit « conscient que la PSDC et nombre d'actions extérieures menées dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice ont des objectifs communs ou complémentaires. Les missions relevant de la PSDC apportent également une contribution importante à la sécurité intérieure de l'Union en ce qu'elles visent à renforcer la lutte contre la grande criminalité transnationale dans les États hôtes et à instaurer le respect de l'État de droit » et « appelle de ses vœux un renforcement de la coopération et de la cohérence entre les politiques menées dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice et la PSDC afin de contribuer à la réalisation de ces objectifs communs ».

⁴⁰⁴ Anc. art. 300, §7, CE.

⁴⁰⁵ Art. 216, §2 TFUE.

⁴⁰⁶ CJCE, 30 avr. 1974, Haegeman c/ Belgique, aff. 181/73 ; 26 oct. 1982, Hauptzollamt Mainz c/ C.A. Kupferberg, aff. 104/81 ; 19 mars 1998, Compassion in World Farming, aff. C-1/96.

⁴⁰⁷ Notamment : CJCE, 12 déc. 1972, International Fruit Company, aff. jtes 21/72 et 24/72 ; 10 sept. 1996, Commission/Allemagne, C-61/94, §52 ; 3 juin 2008, Intertanko et autres c/ Secretary of State for Transport ; aff. C-308/06, §42 ; 3 sept. 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation (Kadi) c/ Conseil et Commission, aff. C-402/05, §307.

⁴⁰⁸ En ce sens, notamment : CJCE, 3 sept. 2008, Kadi I, précité, §308.

⁴⁰⁹ Pour l'annulation d'une décision du Conseil approuvant un accord international pour violation d'un principe général du droit communautaire : CJCE, 10 mars 1998, Allemagne c/ Conseil, C-122/95 ; 12 mai 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA, aff. C-347/03, §121 et s. ; Kadi I, précité, §308).

⁴¹⁰ CJCE, 10 mars 1998, Allemagne c/ Conseil, aff. C-122/95 ; 12 mai 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA, aff. C-347/03, §§121 s ; 3 sept. 2008, Kadi I, précité, §307.

⁴¹¹ CJCE, 11 sept. 2007, Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos, aff. C-431/05, §31 ; 3 juin 2008, Intertanko, aff. C-308/06 ; 8 mars 2011, Lesoochránárske zoskupeni, aff. C-240/09, §30.

accords mixtes sont ceux signés par l'Union et l'ensemble des Etats membres⁴¹², ce qui intervient dans les domaines de compétences partagées, parmi lesquelles figure l'ELSJ. En effet, assez logiquement, l'Union n'a la capacité de conclure seule un accord international que dans des circonstances définies⁴¹³.

107. Assimilation des accords aux décisions des entités qu'ils ont instituées – Et lorsqu'ils instituent des organes administratifs⁴¹⁴ ou juridictionnels⁴¹⁵ disposant d'un pouvoir de décision pour la réalisation des objectifs fixés par l'accord, leurs décisions visant à exécuter ou compléter l'accord de base ont, dans l'ordre juridique de l'Union, au titre de l'article 216, § 2, TFUE, les mêmes effets que l'accord lui-même⁴¹⁶. Elles sont ainsi sources du droit de l'Union et lient les institutions et les États membres comme l'accord de base lui-même⁴¹⁷. Ce qui nous amène donc à préciser ses effets à l'égard des différents protagonistes du système juridique de l'Union.

III- Les effets des accords conclus par l'Union⁴¹⁸

108. Effet des accords à l'égard des institutions de l'Union – Puisque les accords conclus par l'Union lient les institutions⁴¹⁹, celles-ci encourent aussi bien un recours en annulation contre

Etant cependant précisé qu'un accord mixte partiel, conclu par l'Union et certains seulement de ses États membres n'a le statut d'accord conclu par l'Union qu'à l'égard des États membres qui l'ont ratifié, seulement (v. NEFRAMI, E., Accords internationaux - Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, JCL Europe – Traités, Fasc. 192-2, n°21).

⁴¹² Même s'ils sont parfois négociés par les institutions de l'Union, seules.

⁴¹³ Art. 3, §2 TFUE relatif aux compétences exclusives de l'Union permet la conclusion d'accords internationaux « lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ». L'art. 216 TFUE reprend sensiblement la même disposition.

⁴¹⁴ Tels que le Comité des sanctions du Conseil de sécurité des Nations-Unies.

⁴¹⁵ Tels que la Cour EDH, la CPI, ou la CIJ.

⁴¹⁶ CJCE, 10 sept. 1996, Z. Taflan Met a.e. c/ Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, aff. C-277/94.

Les décisions de ces organes, « du fait de leur rattachement direct à l'accord qu'elles mettent en œuvre (...) font, au même titre que l'accord lui-même, partie intégrante, à partir de leur entrée en vigueur, de l'ordre juridique communautaire" (CJCE, 20 sept. 1990, Sevince c/ Staatsecretaris van Justitie, aff. C-192/89, §9 – concernant le conseil d'association CEE-Turquie relatif à la libre circulation des travailleurs).

De même, « lorsqu'un accord international prévoit un tel système juridictionnel propre qui comprend une cour compétente pour régler des différends entre parties contractantes à cet accord et, par conséquent, pour interpréter les dispositions, les décisions de cette cour lient les institutions de la Communauté y compris la Cour de justice » (CJCE, 14 déc. 1991, Espace économique européen, avis 1/91, §39).

⁴¹⁷ NEFRAMI, E., Accords internationaux - Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, JCL Europe – Traités, Fasc. 192-2, n°5 ; GILSDORF, P., Les organes institués par des accords communautaires : effets juridiques de leurs décisions : RMCUE 1992, p. 328 à 338.

⁴¹⁸ Sur cette question, voir : BERGE, J.-S., Du droit de l'Union Européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), Les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p.71 et s.

⁴¹⁹ Art. 216, §2 TFUE.

un acte du droit dérivé contraire à un accord international⁴²⁰, qu'un recours en carence pour ne pas avoir mis en œuvre l'accord, ou qu'une action en réparation du dommage subi par la violation d'un accord⁴²¹.

109. Effets des accords internationaux et des décisions des organes créés par ceux-ci à l'égard des États membres – Les effets des accords internationaux conclus au nom de l'Union à l'égard des États membres ne sont pas les mêmes selon leur affiliation institutionnelle. Ceux conclus sur la base de l'article 216, §2 TFUE lient les États membres « en vertu du droit de l'Union, et non pas en vertu du droit international »⁴²². Autrement dit, les États membres ont la même obligation d'exécution à l'égard de ces accords qu'à l'égard du droit de l'Union⁴²³. Cette obligation leur fait encourir un manquement d'État en cas de non-respect⁴²⁴. L'application des accords conclus dans le domaine de la PESC, en revanche, repose sur le devoir de loyauté et de solidarité politique mutuelle qui incombe aux États membres⁴²⁵ puisque le régime juridique du titre V TUE ne connaît pas le recours en manquement⁴²⁶.

110. Effet des accords internationaux à l'égard des particuliers – Et puisque les accords internationaux lient les États membres, ils priment sur le droit national contraire. Aussi, s'est posée la question de l'effet direct de ceux-ci. Comme souvent, la démarche de la Cour est « pragmatique »⁴²⁷, non sans que cela ne présente néanmoins les inconvénients d'emporter de nombreuses incertitudes et d'un manque de prévisibilité : les accords internationaux ne créent, en principe, que des droits et obligations entre les parties contractantes⁴²⁸ ; toutefois, une disposition doit être reconnue d'effet direct « lorsque, eu égard à ses termes ainsi qu'à l'objet et à la nature de

⁴²⁰ CJCE, 10 mars 1992, NMB c/ Commission, aff. C-188/88.

⁴²¹ CJCE, 30 avr. 1974, Haegeman c/ Belgique, aff. 181/73, §§2 à 6.

⁴²² NEFRAMI, E., précité, n°7.

⁴²³ Art. 4, §3, TUE et anc. art. 10 TCE disposant que « les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union ».

⁴²⁴ Notamment : CJCE, 25 févr. 1988, aff. jtes 194/85 et 241/85, Commission c/ Grèce ; 14 oct. 1992, aff. C-65/91, Commission c/ Grèce ; 19 mars 2002, Commission c/ Irlande, aff. C-13/00 ; 7 oct. 2004, Commission c/ France, aff. C-239/03.

⁴²⁵ Art. 24, §3, TUE.

⁴²⁶ Art. 275 TFUE : la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune, ni en ce qui concerne les actes adoptés sur leur base.

⁴²⁷ Concl. av. gén. SHARPSTON, présentées le 15 juill. 2011 dans l'aff. Lesoochranarske zoskupenie VLK c/ Ministerstvo zivotneho prostredia Slovenskej republiky (Slovaquie), C-240/09.

⁴²⁸ CJCE, avis 1/91, 14 déc. 1991, Espace économique européen, §§20, 49. Dans le même sens : CJCE, 1^{er} mars 2005, Léon Van arys NV, aff. C-377/02, §54 ; 9 sept. 2008, FIAMM e.a., aff. Jointes, C-120 et 12/06, §129.

l'accord, elle comporte une obligation claire et précise qui n'est subordonnée, dans son exécution ou dans ses effets, à l'intervention d'aucun acte ultérieur »⁴²⁹.

111. Pour autant que ces accords, en nombre de moins en moins négligeable, fassent partie du champ pénal de l'Union Européenne, notre intérêt les concernant ne s'étendra pas au-delà de ce paragraphe.

B- L'EXCLUSION PRATIQUE DES ACCORDS PENAUX CONCLUS PAR L'UNION DU CHAMP D'ETUDE

112. *Identité pénale de l'Union Européenne* – Globalement, les accords que l'Union conclut ne sont pas pleinement expressifs de l'identité pénale de l'Union Européenne et ne permettent pas d'apprécier la spécificité de son système pénal⁴³⁰. Négociés avec des Etats tiers ou des organisations internationales⁴³¹, ils sont le fruit de compromis qui sont, de ce fait, probablement plus intéressants d'un point de vue politique et diplomatique que juridique. La « saga » des accords « PNR », par exemple, illustre les tensions politiques, diplomatiques et institutionnelles

⁴²⁹ Notamment : CJCE, 16 juin 1998, Racke, aff. C-162/96, §31 ; 14 déc. 2006, Gattoussi, aff. C-97/05, §25 ; 26 mai 2011, Akdas, aff. C485/07, §67.

⁴³⁰ En ce sens : DE BIOLLEY, S., Panorama du droit pénal de l'Union, *in* : De KERCHOVE et WEYEMBERGH, A., Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union Européenne, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 106.

⁴³¹ Pour des accords bilatéraux, par ex : accord d'extradition et d'entraide judiciaire entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique (Décision 2009/820/PESC du Conseil du 23 octobre 2009) ; accord sur l'entraide judiciaire en matière pénale entre l'Union européenne et le Japon (Décision 2010/616/UE du Conseil du 7 octobre 2010) ; Décision 2014/198/PESC du Conseil du 10 mars 2014 concernant la signature et la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et la République unie de Tanzanie relatif aux conditions de transfert, de la force navale placée sous la direction de l'Union européenne à la République unie de Tanzanie, des personnes soupçonnées d'actes de piraterie et des biens associés saisis (JOUE L 108 du 11 avril 2014).

Pour des accords multilatéraux, par ex : accord entre l'Union européenne, d'une part, et la République d'Islande et le Royaume de Norvège, d'autre part, relatif à la procédure de remise entre les États membres de l'Union européenne et l'Islande et la Norvège (Décision 2014/835/UE du Conseil du 27 novembre 2014 JOUE L 343 du 28 nov. 2014) ; Décisions 2004/79/CE du Conseil du 17 décembre 2003 et 2012/305/UE du Conseil du 7 juin 2012 concernant la signature de l'accord entre l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'application de certaines dispositions de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne et du protocole de 2001 à celle-ci (JO L 26 du 29 janv. 2004 et JOUE L 153 du 14 juin 2012).

Pour des accords avec des organisations internationales : par exemple : Mémoire d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne, 2007 ; Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, STCE n°198, 16 mai 2005 - signée par l'Union le 2 avril 2009.

Pour des accords conclus entre une institution ou agence de l'Union dotée de la personnalité juridique et des institutions ou entités tiers : accord de coopération entre la BCE et INTERPOL aux fins de la prévention et la détection du faux monnayage des billets en euros dans le monde, et en particulier dans les pays n'appartenant pas à l'Union européenne (JOUE C 134 du 12 mai 2004) ou les nombreux accords entre EUROPOL et divers Etats tiers (Albanie, Canada, Autriche, Colombie, Islande, Norvège, Monaco, Suisse, Serbie, Moldavie, etc..) – liste consultable sur <https://www.europol.europa.eu/content/page/external-cooperation-31>.

entre « sécurité » et « liberté », et entre les différents acteurs de la conclusion de l'accord⁴³². Mais sur le plan juridique, ces accords qui portent sur la transmission de données personnelles ne présentent guère d'intérêt, hormis les concessions faites quant à la protection de la vie privée et des données personnelles.

113. Intérêt normatif - Quant aux accords d'entraide judiciaire⁴³³ et d'échanges d'informations⁴³⁴ ou de coopération administrative ou institutionnelle⁴³⁵, ils sont d'un faible intérêt normatif. Les premiers opèrent des ponts opérationnels. Ainsi, les multiples accords bilatéraux destinés à « prévenir et à combattre la fabrication illicite de drogues et de substances psychotropes au moyen d'un contrôle de l'offre des précurseurs et des substances chimiques fréquemment utilisés pour cette fabrication »⁴³⁶ portent principalement sur l'échange d'informations et l'assistance administrative à finalité préventive. Les seconds participent plutôt à la relation cognitive des enceintes concernées que d'autre chose. Ainsi, par exemple, l'accord particulier liant l'Agence des droits fondamentaux et le Conseil de l'Europe prévoit des contacts réguliers entre l'agence et le Conseil de l'Europe, « l'invitation » des représentants de l'agence à assister, en qualité d'observateurs, à diverses réunions des instances du Conseil de l'Europe, l'échange d'informations et des données collectées dans le cadre de leurs activités afin d'être

⁴³² Par exemple, l'éventail des données détenues par les compagnies aériennes à transmettre aux autorités américaines la durée et les conditions de leur conservation, ont cristallisé les tensions entourant la protection de la vie privée. L'annulation du premier accord avec les Etats-Unis, les réserves du Parlement européen et l'avis partiellement défavorable de l'av. gén. MENGOZZI (conclusions présentées le 8 sept. 2016, avis 1/15) à l'égard de celui avec le Canada s'en font les manifestations.

⁴³³ Voir, en particulier, accords bilatéraux et multilatéraux suscités.

⁴³⁴ Par ex : Accord entre l'Union européenne et l'Australie sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) provenant de l'Union européenne par les transporteurs aériens au service des douanes australien (JOUE L 213 du 8 août 2008) ; Décision 2012/381/UE du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et l'Australie sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au service australien des douanes et de la protection des frontières (JOUE L 186 du 14 juill. 2012) ; décision 2012/472/UE du conseil du 26 avril 2012 relative à la conclusion de l'accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne sur l'utilisation des données des dossiers passagers et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure ; Décision 2010/412/UE du Conseil du 13 juillet 2010 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (JOUE L 195 du 27 juill. 2010) ; Accord du 6 décembre 2001 entre Europol et les Etats-Unis, et l'accord additionnel relatif à l'échange de données personnelles et informations afférentes.

⁴³⁵ Mémoire d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, précité ; accord spécial signé entre l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe JOUE L 186 du 15 juill. 2008.

⁴³⁶ Préambule de l'accord entre la Communauté européenne et la République de Bolivie relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes (JOUE L 324 du 30.12.1995). Voir également les décisions homonymes : du même jour et publiées au même JO, liant la Communauté et la République de l'Équateur (Décision 95/569/CE), la République du Venezuela (Décision 95/571/CE). Voir également les accords homonymes liant l'Union et le gouvernement de la République populaire de Chine (Décision 2009/166/CE du Conseil du 27 novembre 2008 - JO L 56 du 28.2.2009), la République de Turquie (Décision 2003/155/CE du Conseil du 16 décembre 2002 JO L 64 du 7.3.2003).

réciroquement utilisées dans le cadre de leurs travaux respectifs⁴³⁷. Il ne s'agit cependant bien que d'une « coopération juridique »⁴³⁸ visant « à élaborer des normes communes promouvant ainsi une Europe sans clivages, sans préjudice de leur autonomie décisionnelle »⁴³⁹.

114. *Impact en droit de l'Union* - Quant aux rares accords susceptibles d'impacter le droit matériel de l'Union, ils sont fréquemment intégrés au droit de l'Union par un acte de droit dérivé. Ainsi, par exemple, la directive « infraction terroriste » de 2017⁴⁴⁰ a introduit en droit de l'Union de nouvelles infractions en raison de leurs prévisions par le protocole additionnel à la convention pour la prévention du terrorisme de 2015, signée par l'Union⁴⁴¹. De même, suite à l'adhésion de la Communauté à la convention de Palerme⁴⁴², la directive 2008/51/CE mit à jour la directive 91/477/CE⁴⁴³ des dispositions de la convention de l'ONU contribuant à l'encadrement pénal du marché des armes⁴⁴⁴. Dans d'autres circonstances, l'Union surpasse les exigences du droit international qui s'impose à elle. L'approfondissement constant de la coopération judiciaire au sein de l'Union se substitue progressivement à la Convention Schengen dans les rapports entre Etats membres. La reconnaissance mutuelle des peines privatives de liberté, par exemple, avait déjà supplanté, notamment, le titre III, chapitre 5, de la convention d'application du 19 juin 1990 de l'accord de Schengen⁴⁴⁵. Dernièrement, la décision d'enquête européenne⁴⁴⁶ adoptée le 3 avril

⁴³⁷ Lesquels comprennent évidemment les droits de l'homme et libertés fondamentales mais également la sécurité des personnes, notamment dans la lutte contre le terrorisme, la criminalité organisée, la corruption, le blanchiment d'argent et d'autres défis modernes, y compris ceux résultant du développement de nouvelles technologies » - Mémoire d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, 2007, pt. 14, 26.

⁴³⁸ Mémoire d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne, §25.

⁴³⁹ Mémoire d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union Européenne, §24. Le point 25 ajoute « Gardant cela à l'esprit, la coopération juridique devrait être encore développée entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne en vue d'assurer la cohérence entre la législation de la Communauté et de l'Union européenne et les normes des conventions du Conseil de l'Europe. Ceci n'empêchera pas la législation de la Communauté et de l'Union européenne d'adopter des règles de plus grande portée ».

⁴⁴⁰ Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil (JOUE L 88 du 31 mars 2017, p. 6-21).

⁴⁴¹ Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 22 oct. 2015, signée par l'Union le même jour.

⁴⁴² Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000.

⁴⁴³ Directive 91/477/CEE du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes (JOUE L 256 du 13 sept. 1991) modifiée par la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 (JOUE L 179 du 8 juill. 2008).

⁴⁴⁴ Quoique la directive ne crée directement aucune infraction relative aux armes, en encadrant l'acquisition, la détention et le commerce des armes, d'une part, et en prescrivant aux Etats membres de prévoir des sanctions effectives proportionnées et dissuasives en cas de violation des dispositions de la directive, celle-ci modèle indirectement la législation pénale relative aux armes à feu. On voit difficilement, en effet, comment la sanction « effective proportionnée et dissuasive » pourrait ne pas être de nature pénale. Voir infra, n°377.

⁴⁴⁵ Art. 20 de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne - JOUE L 327 du 5 déc. 2008.

2014 remplace, depuis le 22 mai 2017, les diverses formes d'entraide judiciaire et policière entre les Etats membres, dont celles régies par la convention d'application des accords Schengen⁴⁴⁷.

115. Externalisation du droit de l'Union – Enfin, certains accords conclus par l'Union avec des parties tierces ne présentent que peu d'intérêt dans la mesure où ils n'associent pas l'Union à du droit international mais, à l'inverse, « externalisent » du droit de l'Union vers l'espace international⁴⁴⁸. Il en va ainsi de l'institutionnalisation de l'échange d'officiers de liaison entre EUROPOL et les Etats-Unis⁴⁴⁹, de l'accord d'entraide judiciaire qui adapte plusieurs dispositions de la convention du 29 mai 2000 aux relations avec les Etats-Unis⁴⁵⁰ ou encore des accords Schengen dotés d'une dimension externe par l'association d'Etats non membres, à savoir la Norvège, l'Islande⁴⁵¹, la Suisse⁴⁵² et le Liechtenstein⁴⁵³.

⁴⁴⁶ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JOE L 130 du 1^{er} mai 2014.

⁴⁴⁷ Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes.

⁴⁴⁸ On peut en effet discerner deux dynamiques de flux normatifs : l'une voit l'Union se tourner vers l'espace international – l'Union négocie ou adhère à un accord international, l'autre, à l'inverse, voit le droit de l'Union s'externaliser vers/attirer des Etats ou structures tiers. Pour une étude plus approfondie, voir : GAUTHIER, Y., L'association des Etats tiers à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, *in* : Mélanges en l'honneur de P. Manin, L'Union européenne : Union de droits, union des droits, Pedone 2011, p. 403.

⁴⁴⁹ Accord du 6 décembre 2001 entre Europol et les Etats-Unis précité. Deux officiers ont été nommés à Washington.

⁴⁵⁰ Accord avec les États-Unis sur l'entraide judiciaire du 25 juin 2003.

⁴⁵¹ L'association de la Norvège et de l'Islande date de 1999 (Accord du 18 mai 1999 conclu par le Conseil de l'Union Européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux Etats à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, JOCE L 176 du 10 juillet 1999) et a été motivée par l'union nordique des passeports qui lie ces deux Etats au Danemark, à la Suède et à la Finlande.

Compte tenu de l'*opt-out* du Royaume-Uni et de l'Irlande, des accords particuliers ont dû être passés : accord du 30 mai 1999 entre le Conseil de l'Union Européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'établissement des droits et obligations de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord, d'une part, et la République d'Islande et le Royaume de Norvège d'autre part, dans le domaine de l'acquis de Schengen qui s'applique à ces Etats, JOCE L 15 du 20 janvier 2000.

Il a également été conclu des accords avec le Danemark, partie à la Convention Schengen mais en *opt-out* pour les travaux menés dans le cadre de l'ELSJ. Accords du 28 avril 2005 entre la confédération suisse et le Royaume du Danemark sur la mise en œuvre, l'application et le développement des parties de l'acquis de Schengen basés sur les dispositions du titre IV TCE.

⁴⁵² Les accords portant sur la libre circulation des personnes étaient conclus en 1999 et en 2004 (Accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen - Acte final - Déclarations communes - Déclarations - Accord sous forme d'échange de lettres ; JOUE L 53 du 27 février 2008) mais la levée des contrôles sur les personnes aux frontières terrestres entre la Suisse et ses voisins membres de Schengen n'est effective que depuis le 12 décembre 2008 et les contrôles dans les aéroports suisses depuis le 29 mars 2009.

⁴⁵³ L'article 16 envisageait de l'accord avec la Suisse l'association du Liechtenstein par la conclusion d'un Protocole particulier, lequel fut signé le 13 février 2008 (Protocole entre la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse ; JOUE L 161 du 24 juin 2009).

116. *Conclusions du paragraphe* – Les accords conclus par l’Union dans le champ pénal appartiennent, de manière à part entière, au champ pénal de l’Union européenne et étayent l’existence d’un système normatif complexe, interagissant avec son environnement. Aussi divers et variés qu’ils peuvent être – variétés de cocontractant, d’objet, d’impact normatif ou de dynamique de flux normatifs – tous ont pour point commun de n’être que d’un intérêt mineur pour l’étude du système pénal de l’Union européenne. En effet, ils ne sont qu’assez peu pertinents pour l’étude des spécificités du système pénal de l’Union européenne et ne seront plus guère évoqués dans la suite de l’étude. L’autre branche principale de la dimension externe pénale du droit de l’Union européenne, les mesures restrictives adoptées par l’Union, donne lieu à une analyse différente : certaines relèvent du champ pénal et participeront au reste de l’étude, d’autres doivent en être exclues.

§2 – L’INCLUSION DES MESURES RESTRICTIVES ANTI-TERRORISME

117. *Typologie des mesures restrictives* – La dénomination de « mesures restrictives » est essentiellement fonctionnelle dans la mesure où elle renvoie moins à un objet précis qu’elle ne le décrit par sa fonction, celle d’une pratique d’imposition de restrictions de diverses natures⁴⁵⁴. En effet, derrière une appellation générique unique, il n’existe pas une mais trois types de mesures restrictives en droit de l’Union. D’un point de vue formel, on peut les distinguer selon leurs bases juridiques – l’article 215, §1 TFUE, d’une part, l’article 215, §2, TFUE, d’autre part et l’article 75 TFUE, enfin. D’un point de vue matériel, cependant, on peut distinguer deux catégories, celles appartenant ou non au champ pénal de l’Union. L’examen des différentes mesures, suivant leur classification formelle, c’est-à-dire en examinant successivement les deux paragraphes de l’article 215 TFUE (A) puis l’article 75 TFUE (B), permettra de mettre en évidence ce décalage entre la typologie formelle et la typologie matérielle des mesures restrictives ayant cours en droit de l’Union.

⁴⁵⁴ BEAUCILLON, C., Les mesures restrictives de l’Union européenne, Bruylant, 2014, p. 3.

118. *Hétérogénéité des mesures de l'article 215 TFUE* - Tenant d'une imparfaite adéquation entre la classification formelle et matérielle, l'affiliation ou non affiliation des mesures restrictives au champ pénal de l'Union Européenne ne dépendra pas réellement de leur base juridique. Ainsi, alors que les mesures de l'article 215, §1 TFUE doivent être exclues d'un seul bloc (I), une partie seulement de celles de l'article 215, §2 TFUE (II) le seront également, lorsqu'à l'instar des premières, elles seront tournées vers l'espace international.

I- L'exclusion de toutes les mesures restrictives de l'article 215, §1 TFUE

119. *Les mesures destinées aux Etats tiers (art. 215, §1, TFUE)*⁴⁵⁵ – Les mesures prévues par l'article 215, §1 TFUE, consistant en l'interruption ou la réduction des relations économiques⁴⁵⁶ et financières⁴⁵⁷ avec des Etats tiers, se situent hors du champ pénal de l'Union Européenne à maints égards. En premier lieu, il ne s'agit pas de sanctions pénales mais économiques, des « pressions économiques exercées par la CEE à l'encontre d'un Etat tiers en réaction à un acte illicite commis par celui-ci »⁴⁵⁸. En second lieu, à destination d'Etats tiers⁴⁵⁹, là

⁴⁵⁵ Voir par exemple : Règlement (UE) 2015/192 du Conseil du 9 février 2015 modifiant le règlement (CE) n°174/2005 imposant des mesures restrictives à l'égard de l'assistance liée aux activités militaires en Côte d'Ivoire (JOUE L 33 du 10 fév. 2015) ; Règlement (UE) n°296/2013 du Conseil du 26 mars 2013 modifiant le règlement (CE) n°329/2007 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la République populaire démocratique de Corée (JOUE L 90 du 28 mars 2013) ; Règlement (UE) n°131/2011 du Conseil du 14 février 2011 modifiant le règlement (CE) n°1210/2003 concernant certaines restrictions spécifiques applicables aux relations économiques et financières avec l'Iraq (JOUE L 41 du 15 fév. 2011) ; Règlement (CE) n°1126/2006 du Conseil du 24 juillet 2006 modifiant le règlement (CE) n° 234/2004 imposant certaines mesures restrictives à l'égard du Liberia et abrogeant le règlement (CE) n°1030/2003 et suspendant certaines mesures restrictives à l'égard du Liberia (JOUE L 201 du 25 juill. 2006).

⁴⁵⁶ Notamment des restrictions aux exportations et importations (v. par ex : art. 2 à 16 du règlement (UE) n°267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (UE) n°961/2010 (JOUE L 88 du 24 mars 2012), des restrictions aux transports (v. par ex. : art. 36 et s. du règlement (UE) n°267/2012 précité).

⁴⁵⁷ Notamment des restrictions au financement de certaines entreprises (v. par ex. : art. 17 et s. du règlement (UE) n°267/2012 précité), des mesures de gel des fonds et ressources économiques (v. par ex : art. 29 du règlement (UE) n°267/2012 précité), des restrictions aux opérations financières (v. par ex. : art. 30 à 35 du règlement (UE) n°267/2012 précité).

⁴⁵⁸ VAUCHER, M., L'évolution récente de la pratique des sanctions communautaires à l'encontre des Etats tiers, RTDE, 1993, p. 39.

⁴⁵⁹ Etant précisé « qu'au vu du libellé [de l'article 215, §1 TFUE], (...) l'adoption de mesures à l'encontre de pays tiers peut s'étendre aux dirigeants d'un tel pays ainsi que des individus et des entités qui sont associés à ces dirigeants ou contrôlés directement ou indirectement par ceux-ci, elles ne peuvent pas s'étendre aux familles de ces derniers s'il n'y a pas de « lien de rattachement » à l'Etat tiers en cause qui « s'impose de toute évidence » (CJUE, 13 mars 2012, *Pye Phyto Tay Za c/ Conseil*, aff. C-376/10 P, §§51-72).

où la coutume internationale interdit la poursuite pénale d'un Etat étranger⁴⁶⁰, elles constituent donc des « sanctions internationales »⁴⁶¹, des mesures de « diplomatie coercitive »⁴⁶², « qui, pour des raisons politiques définies par la coopération politique européenne/PESC, remettent en cause la relation économique préexistante entre la CE et un Etat tiers »⁴⁶³.

120. Les mesures prévues par l'article 215, §1 TFUE se situent très clairement en dehors du champ pénal de l'Union. Celles du paragraphe suivant, en revanche, nécessitent une analyse plus nuancée.

II- L'exclusion partielle des mesures restrictives de l'article 215, §2 TFUE

121. *La dualité des mesures destinées aux personnes (art. 215, §2, TFUE)* - Les mesures de l'article 215, §2, TFUE « constituent des mesures caractérisées par l'absence de tout lien avec le régime dirigeant d'un pays tiers » et n'ont pas pour but « d'affecter les relations économiques entre la Communauté et chacun des pays tiers dans lesquels ces personnes ou entités se trouvent »⁴⁶⁴. Cependant, on peut identifier deux types de mesures restrictives adoptées sur le fondement de l'article 215, §2 TFUE : celles de pure politique extérieure (a) et celles participant à la sécurité intérieure de l'Union (b).

a) L'exclusion des mesures restrictives non-étatiques de politique purement extérieure.

122. *De l'identification à l'exclusion* – L'article 215, §2 TFUE autorise l'adoption de divers types de mesures dont certaines sont exclusivement tournées vers l'ordre public international et s'inscrivent exclusivement dans la politique extérieure de l'Union. Quand bien même adoptées à l'encontre des personnes privées, physiques ou morales et/ou gelant leurs ressources

⁴⁶⁰ En ce sens : REBUT, D., *Droit international pénal*, précité, p. 13 ; Cass. Crim. 23 nov. 2004, n°04-84265 ; CEDH, 21 nov. 2001, Al-Adsani c/ Royaume Uni, req. n°35763/97, §61-62 (implicite) ; art. 5 de la Convention du 2 décembre 2004, consacrent l'existence des immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.

⁴⁶¹ STURMA, P., *La participation de la Communauté européenne à des sanctions internationales*, RMCUE, 1993, p. 250.

⁴⁶² SCHNEIDER, C., *Politique étrangère et de sécurité commune*, Rep. droit européen, Dalloz, mars 2014, n°55.

⁴⁶³ DE WILDE D'ESTMAEL, T., *La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne ? Sanctions et incitants économiques comme moyens de politiques étrangères*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 205.

Dans le même sens, en jurisprudence de l'Union : CJCE, 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil, aff. C-402/05 P et C-415/05 P (Kadi I), §§174 : « l'article 301 TCE (devenu 215, §1 TFUE) vise spécifiquement l'interruption des relations économiques «avec un ou plusieurs pays tiers».

⁴⁶⁴ CJCE, Kadi I, précité, §§167-169.

économiques⁴⁶⁵, elles trouvent leur fondement dans la situation intérieure d'un Etat tiers, qu'elles ont pour ambition, si ce n'est d'améliorer, *a minima* d'en limiter la dégradation, ainsi que l'indique souvent l'intitulé du règlement⁴⁶⁶. Elles sont d'ailleurs parfois adoptées conjointement à des mesures restrictives étatiques et alors doublement fondées sur l'article 215, §1 et §2 TFUE⁴⁶⁷. N'ayant pas pour objet de maintenir la sécurité intérieure et l'ordre public interne à l'Union, elles sont donc exclues du champ pénal de l'Union et de la présente étude, qui ne le limite qu'à sa dimension interne.

123. Mais il ne s'agit pas là des mesures restrictives les plus connues du droit de l'Union, loin de là. Celles adoptées aux lendemains du 11 septembre 2001, les mesures restrictives anti-terroristes relèvent, elles, du champ pénal de l'Union Européenne.

b) L'inclusion des mesures restrictives anti-terroristes

124. *Assimilation des mesures restrictives mixtes aux mesures restrictives anti-terrorisme de pure politique intérieure* - Pour autant que nous convenions avec la Cour de Justice que la lutte contre la menace terroriste participe de la protection de la sécurité internationale⁴⁶⁸, le terrorisme est tout autant une menace contre la sécurité intérieure de l'Union. Et si les règlements adoptant des mesures restrictives ne sauraient être manifestement mal fondés en étant affiliés à la politique extérieure⁴⁶⁹, ils contribuent tout autant au maintien de la sécurité

⁴⁶⁵ Voir par ex. : art. 5 du règlement (UE) n°224/2014 du Conseil du 10 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard à la situation en République centrafricaine (JO L 70 du 11 mars 2014).

⁴⁶⁶ V. règlements précités mais également par ex : Règlement (UE) n°271/2014 du Conseil du 17 mars 2014 modifiant le règlement (CE) n°1183/2005 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre des personnes agissant en violation de l'embargo sur les armes imposé à la République démocratique du Congo (JOUE L 79 du 18 mars 2014) ; règlement (UE) n°224/2014 du Conseil du 10 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard à la situation en République centrafricaine (JO L 70 du 11 mars 2014).

⁴⁶⁷ Voir par ex : règlement (UE) n°356/2010 du Conseil du 26 avril 2010 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes physiques ou morales, entités ou organismes, en raison de la situation en Somalie (JOUE L 105 du 27 avril 2010 – plusieurs fois modifié) ; Règlement (UE) n°1284/2009 du Conseil du 22 décembre 2009 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de la République de Guinée (JO L 346 du 23 déc. 2009 – modifié six fois).

Mentionnant comme base légale l'article 215 TFUE, dans son ensemble : règlement (UE) 2015/735 du Conseil du 7 mai 2015 concernant des mesures restrictives eu égard à la situation au Soudan du Sud et abrogeant le règlement (UE) n°748/2014 (JOUE L 117 du 8 mai 2015) ; Règlement (UE) n°833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine (JOUE L 271 du 12 sept. 2014).

⁴⁶⁸ CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c / Conseil, aff. C-130/10, §§61-63.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

intérieure⁴⁷⁰. En raison de cet objectif protectionniste doublement orienté, les mesures aussi bien tournées vers la sécurité intérieure qu'extérieure seront qualifiées de « mixtes », au regard d'une distinction entre la politique intérieure et extérieure. Et en raison de son appartenance à l'arsenal développé par l'Union en réponse au terrorisme et à la menace permanente qu'il constitue, forme de criminalité visée par l'article 83, §1 TFUE, le rattachement au champ pénal de l'Union est indiscutable. Elles comptent donc parmi les éléments du système pénal de l'Union.

125. Cependant, l'article 215, §2 TFUE n'est pas la seule disposition permettant l'adoption de mesures restrictives anti-terroristes ; l'article 75 TFUE dépend de l'ELSJ et appartient donc, en théorie, au champ pénal de l'Union européenne. Toutefois, son existence pratique semble pour le moment compromise.

B- LA PRISE EN COMPTE DES MESURES RESTRICTIVES DE L'ARTICLE 75 TFUE

126. *Incertitudes sur l'avenir de l'article 75 TFUE* – L'ironie juridique veut qu'après avoir dû faire face à la difficulté d'un manque de base juridique pour justifier la légalité des mesures restrictives anti-terrorisme sous l'empire des traités antérieurs, la Cour de Justice s'est ensuite confrontée à « excès » de bases juridiques valides suite à la création simultanée des articles 75 TFUE et 215, §2 TFUE par le traité de Lisbonne (I). Interrogée sur leur coexistence, la Cour de Justice a sérieusement remis en cause l'utilité de l'article 75 TFUE (II). Pour autant, son avenir n'est pas nécessairement scellé (III).

I- L'existence théorique des mesures restrictives de l'article 75 TFUE

127. *Autonomie matérielle de l'article 75 TFUE* - L'article 215, §2 TFUE permet, génériquement, l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales, de groupes ou entités non étatiques⁴⁷¹. L'article 75 TFUE, de son côté, institutionnalise le gel des fonds, des avoirs financiers ou des bénéfices économiques à l'encontre de personnes

⁴⁷⁰ En ce sens : BASILIEN-GAINCHE, M.-L., Nécessité, intensité et procédé du contrôle des mesures de lutte contre le terrorisme à l'aune des principes de protection des droits, in : Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 6 septembre 2013.

⁴⁷¹ Art. 215, §2 TFUE.

physiques ou morales non étatiques impliquées dans des activités terroristes. Ces deux articles se font écho mais sont loin d'être parfaitement identiques. Si les deux dispositions partagent le même champ d'application *ratione personae*, leur champ d'application *ratione materiae* les distinguent. En effet, l'article 75 TFUE ne permet que l'adoption de mesures de gel des ressources économiques alors que l'article 215, §2 TFUE, qui vise plus largement des mesures restrictives, permet d'autres types de restrictions, telle une restriction à la liberté de circulation, par exemple. Mais surtout, les deux dispositions poursuivent des finalités qui ne sont pas parfaitement semblables.

128. *Autonomie institutionnelle de l'article 75 TFUE* - L'article 75 TFUE, en effet, s'inscrit exclusivement dans la lutte contre le terrorisme ou les activités connexes⁴⁷², alors que l'article 215, §2 peut être utilisé pour tout aspect de la PESC⁴⁷³. De surcrois, le rattachement des unes à la PESC et des autres à l'ELSJ les oppose fondamentalement. « L'article 75 TFUE prévoit l'application de la procédure législative ordinaire, laquelle implique le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil et la pleine participation du Parlement à la procédure, l'article 215, §2, TFUE n'implique, quant à lui, que la seule information du Parlement. En outre, contrairement au recours à l'article 75 TFUE, le recours à l'article 215, §2, TFUE requiert l'existence préalable d'une décision relevant de la PESC, à savoir une décision adoptée conformément au chapitre 2 du titre V du traité UE, prévoyant l'adoption de mesures restrictives telles que celles visées à cette disposition. L'adoption d'une telle décision implique, en règle générale, le vote à l'unanimité au sein du Conseil statuant seul »⁴⁷⁴.

129. Eu égard au chevauchement matériel des deux dispositions et à leur incompatibilité institutionnelle, il semblait évident qu'un recours confronterait un jour la Cour de Justice à leur coexistence. Saisie de cette problématique s'agissant des articles 75 et 215, §2 TFUE, la Cour de Justice a, certes, éclairé le champ d'application de l'article 275, §2 TFUE. Ce faisant, celui de l'article 75 apparaît désormais des plus incertains⁴⁷⁵.

⁴⁷² Art. 75 TFUE : « Lorsque la réalisation des objectifs visés à l'article 67 l'exige, en ce qui concerne la prévention du terrorisme et des activités connexes, ainsi que la lutte contre ces phénomènes, le Parlement européen et le Conseil, statuant ».

⁴⁷³ Art. 215, §2, TFUE : « Lorsqu'une décision, adoptée conformément au chapitre 2 du titre V du traité sur l'Union européenne, le prévoit, le Conseil peut adopter... ».

⁴⁷⁴ CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c/ Conseil, C-130/10, §46 à 49, en particulier §47.

⁴⁷⁵ La Cour évoque l'art. 75, TFUE, mais uniquement pour retenir les éléments excluant qu'il put être la base juridique adéquate du règlement attaqué, modifiant le règlement 881/2002 pris en application des anc. art. 60, 301 et 308 CE. Ce règlement ne peut rattacher l'art. 75 TFUE car il est pris en pure réception d'une décision onusienne (action extérieure). Le champ

II- L'inutilité pratique actuelle de l'article 75 TFUE

130. *L'arrêt C-130/10* - La Cour rappela à titre liminaire que selon une jurisprudence constante, le choix de la base juridique doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels la finalité et le contenu de l'acte. Si une mesure poursuit à la fois plusieurs objectifs ou à plusieurs composantes liées de façon indissociable, sans que l'un soit accessoire à l'autre, et que différentes dispositions des traités sont ainsi applicables, une telle mesure doit être fondée, à titre exceptionnel, sur les différentes bases juridiques correspondantes, sauf si les procédures visées par l'une et l'autre de ces bases sont incompatibles⁴⁷⁶. Tel est précisément le cas des articles 75 et 215, §2 TFUE. La Cour a considéré que, puisque le règlement attaqué mettait en œuvre une action décidée au sein du Conseil de sécurité, dans le but de « préserver la paix et la sécurité internationales »⁴⁷⁷, il devait relever de la PESC, tant au regard de ses objectifs que de son contenu⁴⁷⁸. La PESC a donc vocation à constituer la base juridique à tout instrument juridique s'inscrivant dans la politique extérieure, là où l'espace de liberté, de sécurité et de justice s'inscrit dans les objectifs énoncés à l'article 67, TFUE⁴⁷⁹. Toutefois, la lecture de ce dernier nous ramène au cœur du problème soulevé, avec la désagréable impression de ne pas avoir avancé puisqu'aux termes de celui-ci, précisément, l'Union combat le terrorisme⁴⁸⁰. Et comme il a été souligné, il est difficile d'affirmer que la lutte contre le terrorisme n'est pas une question de politique étrangère⁴⁸¹.

131. *Portée de la solution à l'égard de l'article 75 TFUE* - En somme, l'article 215, §2 constitue le fondement approprié des mesures restrictives anti-terroristes prises à l'encontre de

d'application de l'art. 75 n'est pas positivement défini avec clarté ; la référence aux objectifs de l'ELSJ (§§54, 58, notamment), dans lesquels s'inscrit de l'art. 75, semble conduire à l'impasse ; la lutte contre le terrorisme compte parmi ces objectifs.

⁴⁷⁶ CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c/ Conseil, précité, §§42-44 de l'arrêt. Voir également : CJCE, 11 juin 1991, Commission c/ Conseil, dit «Dioxyde de titane», aff. C-300/89, §10 ; 23 février 1988, Royaume-Uni c/ Conseil, 131/86, §29 ; 29 avril 2004, Commission c/ Conseil, C-338/01, §54 ; 20 mai 2008, Commission c/Conseil, C-91/05, §106.

⁴⁷⁷ Avant-dernière phrase du préambule de la résolution 1390 (2002) et considérant n°11 du règlement attaqué : «(l')objectif du règlement (...) n°881/2002 est de prévenir les actes terroristes, y compris le financement du terrorisme, afin de maintenir la paix et la sécurité au niveau international ».

⁴⁷⁸ CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c/ Conseil, précité, §66 à 72 : « l'article 215, §2, TFUE a vocation à constituer la base juridique de mesures restrictives (...) prises par l'Union, lorsque la décision d'adopter lesdites mesures relève de l'action de celle-ci dans le cadre de la PESC » (§66).

⁴⁷⁹ *Ibid.*, §§54, 58.

⁴⁸⁰ Art. 67 et 83, TFUE combinés.

⁴⁸¹ PERRIN, S., Quel cadre juridique pour de futurs accords PNR ?, in : C. FLAESCH-MOUGIN (dir.), Union européenne et sécurité : aspects internes et externes, Bruylant 2009, p. 168.

personnes, organisations ou entités non-étatiques, lesquelles relèvent automatiquement de l'action extérieure puisque le terrorisme est défini comme une menace à la paix et à la sécurité au niveau international. Le raisonnement de la Cour tenu dans le recours C-130/10 emporterait aisément l'adhésion, d'autant plus qu'il s'agissait d'un règlement onusien, si elle n'avait maladroitement fait mention du principe d'effet utile⁴⁸². Toutefois, en rejetant la thèse selon laquelle « un tel acte ne pourrait être adopté que sur la base de l'article 75 TFUE reviendrait, du reste, à priver l'article 215 TFUE d'une grande partie de son effet utile »⁴⁸³, « la vision qu'a la Cour est ici pour le moins originale, un peu comme si l'effet utile de l'article 75 TFUE importait moins que celui de l'article 215 TFUE »⁴⁸⁴. Si toute mesure restrictive anti-terroriste relève de la PESC, quid de l'article 75 TFUE ?

132. Il ne faut cependant pas faire dire à la Cour ce qu'elle n'a pas dit. En effet, il s'agissait bien d'un recours en annulation d'un acte interrogeant le bien-fondé de sa base légale, et non une question préjudicielle en interprétation des traités. Aussi, pour autant que la solution semble avoir vidé de toute substance l'article 75 TFUE, le silence de la Cour sur le champ d'application de cette disposition ne signifie pas qu'aucune articulation des deux articles n'est possible, sans remettre en cause la solution retenue en juillet 2012.

III- Les solutions possible garantissant l'effet utile des articles 215, §2 et 75 TFUE

133. *Distinction entre mesures restrictives anti-terroristes et à d'autres fins* – Afin d'assurer l'effet utile⁴⁸⁵, aussi bien de l'article 215, §2 TFUE que de l'article 75 TFUE, il a été suggéré de considérer l'article 215, §2 comme une disposition générale et l'article 75 TFUE

⁴⁸² CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c/ Conseil, précité, §84.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ BACHOUÉ PEDROUZO, G., Le rattachement de la lutte contre le terrorisme à la PESC ou comment la Cour de justice déroule son fil d'Ariane... , GDR-ELSJ, 24 juill. 2012, <http://www.gdr-elsj.eu/2012/07/24/cooperation-judiciaire-penale/le-rattachement-de-la-lutte-contre-le-terrorisme-a-la-pesc-ou-comment-la-cour-de-justice-deroule-son-fil-d-ariane/>.

⁴⁸⁵ La théorie dite de « l'effet utile » est une méthode d'interprétation dynamique, d'essence téléologique (DEBAD, T. LEBAUT-FERRARESE, B., NUORISSAT, C., Dictionnaire du droit de l'Union Européenne, Ellipse, 2007, v° effet utile) qui repose sur l'idée qu'un acte juridique est nécessairement le fruit de la volonté de son auteur, de sorte qu'il n'a pas vocation à demeurer inutile ou sans effet (BERGE, J.-S. et ROBIN-OLIVIER, S., Droit européen, PUF, coll. Thémis, 2008, p. 423 ; également : MONJAL, P.-Y., Termes juridiques européens, Gualino éditeur, coll. Glossaire, 2006, v° Effet utile). Le principe de primauté et d'effet direct en sont des concrétisations. On retrouve la notion d'effet utile sous d'autres appellations équivalentes ou proches, telles que « la pleine effectivité », la pleine application ou le plein effet du droit de l'Union (Da CRUZ VILACA, J.-L., Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour, *in* : ROSAS, A. e.a., La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et perspectives de soixante ans de jurisprudence, Asser Press, 2013 p. 280 (note 1)).

comme une disposition spéciale⁴⁸⁶. Autrement dit, il s'agirait de fonder toute mesure restrictive consistant en un gel de fonds ou des ressources économiques et aux fins de lutte contre le terrorisme sur l'article 75 TFUE, dans l'exact respect de sa lettre et de réserver l'article 215, §2 TFUE aux mesures restrictives non-étatiques qui, soit seraient à finalité anti-terroriste mais ne consisteraient pas en un gel des ressources économiques, soit qui consisteraient en une telle mesure mais ne s'inscriraient pas dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, ou enfin, qui ne seraient ni des mesures de gel des ressources économiques, ni des mesures à des fins anti-terroristes⁴⁸⁷. Il est vrai que l'avocat général BOT et la Cour de Justice se sont refusés à envisager une telle distinction : les deux articles sont d'usage distinct mais complémentaire⁴⁸⁸. Cependant, c'est probablement celle la plus à même d'assurer l'effet utile des deux dispositions dans le respect de l'économie générale des traités.

134. Distinction entre listes « onusiennes » et listes autonomes – Une autre solution, qui n'a pas encore été exclue par les juridictions de l'Union, serait de ne regarder que les règlements « autonomes » comme la manifestation d'une politique interne à l'Union et de retenir, alors, l'article 75 TFUE⁴⁸⁹. Car si ces règlements réceptionnent la résolution onusienne porteuse du principe de l'adoption de mesures restrictives contre toutes personnes liées au terrorisme ou à des (présupposés) terroristes, la liste des personnes concernées est fixée par l'Union elle-même, de manière autonome. L'objectif reste bien la protection contre le terrorisme international, mais le contexte de politique extérieure se voit amoindri par l'autonomie des listes⁴⁹⁰. Une telle articulation institutionnelle apparaît peut-être quelque peu artificielle, et donc peu séduisante. Cependant, le droit de l'Union, tel qu'il est conçu, notamment au regard de la répartition des

⁴⁸⁶ Position du Parlement, retranscrite au §34 de l'arrêt du 19 juill. 2012, précité.

⁴⁸⁷ CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c/ Conseil, précité, §§49 et 66 – Si l'article 215, TFUE fonde, à titre général ou principal, l'action extérieure de l'Union, et le recours à toutes les mesures restrictives que connaît le droit de l'Union, dont du règlement attaqué, celui-ci ne mentionne pas spécifiquement la lutte contre le terrorisme, contrairement à l'art. 75, TFUE ; lequel, par ailleurs ne se rapporte qu'au gel des ressources financières, à l'exclusion de tout autre type de mesure restrictive. Le Parlement voyait donc dans l'art. 75 la base juridique spéciale des mesures restrictives de lutte contre le terrorisme.

⁴⁸⁸ Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 31 janvier 2012 dans l'aff. C-130/10, Parlement c/ Conseil, §69 ; CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c/ Conseil, aff. C-130/10, §66.

⁴⁸⁹ RAPOPORT, C., La Cour de Justice de l'Union européenne et les mesures restrictives dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : quelles évolutions après le traité de Lisbonne ? *in* : FLAESCH-MOUGIN, C. et SERENA-ROSSI, L., La dimension extérieure de l'ELSJ dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne, BRUYLANT, 2013, pp.145-146.

⁴⁹⁰ En ce sens, également : RAPOPORT, C., précité, p. 142.

compétences entre l'Union et les Etats membres, impose parfois des complexités⁴⁹¹, encore que celles-ci nous apparaissent parfaitement surmontables en l'espèce.

135. *Distinction entre destinataires européens ou tiers* - Une dernière solution pourrait être de recourir à l'article 215, §1 TFUE pour les mesures adoptées à l'encontre des personnes ni citoyennes, ni résidentes de l'Union, et recourir à l'article 75 TFUE, lorsque les personnes concernées sont citoyennes ou résidentes de l'Union. Il ne s'agit pas de chercher à distinguer le terrorisme international et le terrorisme intra-communautaire ainsi que le proposa le Parlement, qui n'avait convaincu ni l'avocat général⁴⁹², ni la Cour⁴⁹³. En effet, sans aller jusqu'à affirmer que tout terrorisme est par essence international, c'est en tout état de cause à celui-ci que s'adresse la lutte contre le terrorisme de l'Union européenne, qu'il s'agisse de l'action menée dans le cadre de la PESC ou de l'espace de liberté, de sécurité et de justice⁴⁹⁴ ; le terrorisme « interne », tel ETA ou l'IRA, n'en est que le destinataire par ricochet. La distinction destinataire européen/destinataire tiers ferait application, en quelque sorte, d'un principe de personnalité, qui apparaît la plus en adéquation avec l'économie générale des traités. En effet, elle assurerait, en outre, une cohérence au sein même de l'article 215 TFUE : le paragraphe premier concernerait les mesures restrictives destinées aux Etats tiers, le second celles destinées aux personnes non étatiques tierces.

136. *Conclusion du paragraphe* - Au-delà du sort de la base juridique que constitue l'article 75 TFUE, il conviendra de retenir de ce paragraphe que seules les mesures restrictives anti-terroristes relèveront du champ pénal de l'Union européenne pour la suite de la présente étude. Toutes les autres, mêmes celles présentant un certain rapport avec la sphère pénale, sont des mesures de politiques extérieures avant tout, sans aucun lien avec la sécurité intérieure de l'Union.

⁴⁹¹ Ainsi, compte tenu de la répartition des compétences sous l'empire des anciens traités, la pénalisation de l'aide à l'immigration clandestine reposait sur une directive communautaire définissant les infractions et une décision-cadre du troisième pilier prévoyant l'obligation de sanction pénale.

⁴⁹² Conclusions de l'av. gén. BOT, présentées le 31 janv. 2012 dans l'affaire Parlement c/ Conseil, C-13/10, §26.

⁴⁹³ CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c/ Conseil, aff. C-130/10, §75.

⁴⁹⁴ Voir les instruments d'orientation politiques de la politique de lutte contre le terrorisme de l'Union ; c'est bien également au terrorisme « international » que l'action menée dans le cadre institutionnel de l'ELSJ s'adresse.

CONCLUSION DE LA SECTION

137. *Inclusion théorique, exclusion pratique de la dimension externe pour la présente étude* - Composées d'accords internationaux divers et variés et des mesures restrictives anti-terrorisme, la dimension externe du volet pénal de l'ELSJ représente un corpus normatif non négligeable. Son affiliation au champ pénal de l'Union a été étayée. Cependant, à l'exception des mesures restrictives anti-terroristes, ces éléments ne feront plus l'objet d'une attention particulière par la suite. Les accords externes sont soit intégrés dans le droit dérivé de l'Union, soit insuffisamment expressifs de l'identité pénale de l'Union pour retenir notre attention. S'agissant en revanche des mesures restrictives anti-terroristes, leur affiliation au champ pénal conduit à s'interroger sur leur nature juridique réelle et leur place au sein de la structure du système pénal de l'Union, des questions sur lesquelles il conviendra de revenir ultérieurement.

CONCLUSION DU CHAPITRE

138. *De l'autonomie à la délimitation du système pénal de l'Union* - En véritable système juridique, le droit de l'Union européenne a organisé ses interactions avec son environnement. Normativement clos à celui-ci, c'est sur le fondement de ses propres règles que le droit supranational peut produire des effets à l'intérieur même de l'ordre juridique unioniste. En somme, le droit international est soit du droit de l'Union à part entière (coutume internationale, principes généraux du droit international, accords conclus par l'Union ou ses Etats membres), soit celui-ci ne demeure que du droit international sans lien avec l'Union (ces conventions ne liant pas l'Union). Au détour de cette délimitation du champ pénal de l'Union européenne, les conventions conclues par l'Union dans ce domaine ont été exclues de la présente étude, et les mesures restrictives, actuellement toutes fondées sur l'article 215 TFUE relevant de la politique internationale de l'Union, ont été catégorisées afin de ne retenir que celles relevant de la sphère interne et pénale. Après cette première circonscription verticale du champ pénal de l'Union, tournée vers les enceintes supérieures, si ce n'est en termes de hiérarchie des normes, au moins en termes de participants, il convient de déterminer la frontière « basse » du système pénal de l'Union européenne en s'interrogeant sur les rapports entre l'Union et les entités qui la constituent : les Etats membres.

CHAPITRE 2 : L'EMPRUNT DES SYSTEMES JURIDIQUES DES ETATS MEMBRES

139. *L'effectivité des normes, condition d'existence d'un système juridique* - Un système de justice pénale comprend quatre éléments : les deux composants de la loi pénale - le commandement qu'elle ordonne ou qu'elle défend et la sanction qui menace son irrespect - et les deux composants de l'application de la loi pénale - le jugement et l'exécution de celui-ci⁴⁹⁵. Or, si le droit pénal de l'ELSJ émet des commandements et menace leur irrespect de sanctions, il ne comprend ni jugement, ni exécution de celui-ci. Tout au plus régule-t-il la coexistence de ceux de droit interne. Partant, le système pénal de l'Union ne serait que parcellaire, lacunaire, et donc pour certains, inexistant.

140. *Système pénal de l'Union et effectivité du droit pénal de l'Union : problématique* - En effet, il est communément admis qu'« un ordre juridique est considéré comme valable si ses normes sont efficaces, c'est-à-dire effectivement obéies et appliquées, en gros et de façon générale »⁴⁹⁶. Cependant, répondre promptement qu'il ne saurait y avoir de système pénal de l'Union européenne sans justice pénale de l'Union européenne c'est raisonner en étatiste, un cadre de référence tout à fait inapproprié dans le contexte juridique unioniste. En réalité, la question n'est pas de rechercher au niveau normatif de l'Union l'effectivité du droit pénal produit mais de déterminer si, et comment, l'Union européenne rend effectif le droit pénal qu'elle édicte.

141. *Spécificité unioniste* - A cet égard, le système juridique de l'Union défie le postulat légaliste selon lequel l'adoption de la loi garantit son application⁴⁹⁷. En effet, l'effectivité d'un grand nombre de normes dépend et repose sur les systèmes juridiques des Etats membres. C'est là la spécificité de la construction européenne, construction composite faisant coexister l'Union et les Etats membres en tant que systèmes juridiques distincts mais intégrés. Le système pénal élaboré par l'Union européenne n'y déroge pas. Il ne comprend pas que le niveau unioniste, il

⁴⁹⁵ HAUS, J.-J., Principes généraux du droit pénal – le fondement du droit de punir, Gand, 2^{ème} édition, 1874. Dans le même sens : PONCELA, P., Analyse systémique et systèmes normatifs dans le champ pénal, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, Sirey, 1986, tome 31, p. 123 et s.

⁴⁹⁶ KELSEN, H., Théorie pure du droit, Dalloz, 1962, p. 278 s., spéc. p. 286 ; Théorie générale de l'Etat, LGDJ, 1997, p. 175-176.

⁴⁹⁷ En ce sens, PORTA, J., La réalisation du droit communautaire, LGDJ, 2007, n°26.

« descend », empiète, repose et comprend une partie de l'ordre juridique des Etats membres. A l'image du droit international dont il est un dérivé, le système pénal de l'Union a « besoin » du droit interne « pour son propre fonctionnement »⁴⁹⁸. En effet, sauf quelques hypothèses d'administration directe, le système juridique de l'Union repose sur le principe d'administration indirecte selon lequel la réalisation du droit de l'Union revient aux Etats membres⁴⁹⁹. Compte tenu des caractéristiques de certains outils juridiques, le droit pénal, comme non pénal du reste, de l'Union ne saurait être parfaitement effectif, c'est-à-dire « obéi et appliqué en gros et d'une façon générale » qu'à la condition préalable d'être applicable, laquelle se manifeste par une intervention du législateur national. Ce que l'on qualifiera d'emprunt législatif (section 1) s'accompagne d'un emprunt fonctionnel national afin d'assurer l'effectivité du droit pénal de l'Union européenne (section 2).

SECTION 1 – L'EMPRUNT LEGISLATIF GARANT DE LA NORMATIVITE DU DROIT PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

142. *Double obligation d'emprunt* – La nécessité de l'emprunt législatif national procède de deux facteurs : les outils normatifs et les méthodes normatives employés. En effet, jusqu'au traité de Lisbonne, le champ normatif pénal de l'Union Européenne a été principalement alimenté par des décisions-cadres qui, bien que désormais remplacées par des directives, n'ont pas (encore toutes⁵⁰⁰) disparu de l'ordre juridique de l'Union. Or, une approche technique sommaire ces outils

⁴⁹⁸ VILLARY, M., Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes, Mélanges offerts à Henri Rolin, Problèmes de droit des gens, Pedone, 1964, pp. 488-505, spéc. n°22 ; BEAUVAIS, P., Le principe de légalité dans le droit de l'Union européenne, th. dactyl., Paris X, 2006, p. 279-280, n°349 ; PRADEL, J., CORSTENS, G. et VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, coll. Précis, 2009, p. 441, n°387 ; SIMON, D., Le système juridique communautaire, PUF, coll. Droit fondamental, 3^{ème} éd. 2001, p. 164 et s. n°108 et s.

⁴⁹⁹ Autrement dit, « la responsabilité de l'exécution du droit [de l'Union] dans l'ordre interne incombe, avant tout, au législateur » afin de faciliter « l'application exacte et rigoureuse du droit [de l'Union] par l'administration publique et les tribunaux » (De QUADROS, F., Droit constitutionnel et administratif de l'Union Européenne, Bruylant, 2009, p. 471-472).

⁵⁰⁰ Ont d'ores et déjà été remplacées par des directives, les décisions-cadres 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (JOUE L 140 du 14 juin 2000 remplacée par la directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, JOUE L 151 du 21 mai 2014), 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains (JOUE L 203 du 1 août 2002 – remplacée par la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes - JOUE L 101 du 15 avril 2011), 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (JOUE L 13 du 20 janv. 2004 remplacée par la directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie - JOUE L 335 du 17 déc. 2011), Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information,

tend à les disqualifier d'outil normatif pénal dès lors que l'impératif qu'ils comportent s'adresse aux Etats membres⁵⁰¹, et que ce n'est pas la norme qui est de nature pénale mais uniquement son objet. Quant à la méthode normative de prédilection en ce domaine, l'harmonisation des législations, elle se révèle d'une normativité matérielle discutable, d'autant plus lorsqu'elle consiste en l'établissement de règles minimales. On pourrait alors en conclure la virtualité du système pénal de l'Union dont la production normative autonome ne trouve pas d'écho dans une normativité pénale autonome de ces actes. Si la validité d'une norme dépend, au moins en partie, de son effectivité, alors, l'incomplétude de normes ineffectives à l'égard de ses destinataires constitue un obstacle majeur, voire absolu, dans la reconnaissance d'un système juridique. Cependant, une telle analyse omettrait l'obligation de transposition⁵⁰² des actes dépourvus d'effet direct (§1), celle de préciser, à cette occasion, les normes minimales harmonisées (§2)⁵⁰³. Ces obligations qui imposent l'intervention du législateur national, n'ont certes rien de pénal mais garantissent l'effectivité du droit pénal produit par l'Union Européenne.

§1 – L'EMPRUNT LEGISLATIF IMPOSE PAR LES OUTILS NORMATIFS : LA NECESSAIRE TRANSPOSITION DES DIRECTIVES ET DECISIONS-CADRES

143. *Du droit institutionnel au droit pénal de l'Union européenne* – Les directives et les décisions-cadres présentent la particularité commune qui pose le cadre de la réflexion les concernant : l'absence d'applicabilité directe et d'effet direct⁵⁰⁴. Associé à la primauté du droit de l'Union, il en résulte que, de par leur origine, elles sont « d'une force supérieure au droit national,

JOUE L 69 du 16 mars 2005 remplacée par la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information - JOUE L 218 du 14 août 2013).

⁵⁰¹ Elles lient les Etats membres et sont dépourvues d'effet direct - art. 228, al. 2 TFUE (ex-art. 249 TCE) et anc. art. 34, §2, b) TUE.

⁵⁰² La transposition désigne « l'opération par laquelle l'Etat membre destinataire d'une directive communautaire procède à l'adoption des mesures nécessaires à sa mise en œuvre » (SIMON, D., La directive européenne, Dalloz, 1997, p. 34.). La transposition est une obligation, sauf conformité préalable du droit national, étant entendu qu'une pratique ou tolérance administrative ne dispense pas le législateur de son intervention (GAUTRON, J.-C., Droit européen, Dalloz, coll. Mémento, p. 165).

⁵⁰³ Dans le domaine du droit pénal, le rapprochement des législations est nécessairement opéré par la voie des directives (art. 82 et 83 TFUE). Hors celui-ci, le rapprochement est parfois opéré par règlement ou décision (v. DINTHILLAC, F., Le rapprochement des législations, Rep. dr. eur., Dalloz, 2006, n°140 et s.), ce qui justifie d'étudier l'outil qu'est la directive et la méthode normative qu'est l'harmonisation de manière distincte.

⁵⁰⁴ L'applicabilité directe est la propriété de la norme qui n'a besoin d'aucune norme complémentaire pour produire ses effets. L'effet direct est la capacité d'une norme à la création directe de droits, dont les particuliers peuvent se prévaloir et que le juge a l'obligation de garantir. Voir plus précisément, infra n°174 et 175.

mais, paradoxalement, leur portée normative dépend d'un acte de réception en droit national »⁵⁰⁵. La dualité est consubstantielle à ces instruments, puisque, en outre, elles sont à destination immédiate des Etats membres, mais porteuses de règles de droit destinées à leurs citoyens. Ce caractère « indirect et médiate »⁵⁰⁶ soulève donc valablement la question de leur normativité intrinsèque à l'égard des personnes, car c'est bien à elles qu'une norme pénale a vocation à s'appliquer. Si on lie validité à effectivité, alors, faute d'effet et d'applicabilité directe, ces outils tiendraient du « droit virtuel »⁵⁰⁷. C'eût été sans compter la Cour de Justice qui, exploitant les silences des traités, leur conféra, à toutes deux, une normativité indirecte et minimale via l'obligation d'interprétation conforme (A) et aux directives, seulement, une normativité partielle à l'issue de la période de transposition (B). Cela est malgré tout insuffisant pour garantir l'effectivité satisfaisante que seule l'obligation institutionnelle de transposition offre.

A- L'INSUFFISANCE DE L'INTERPRETATION CONFORME POUR GARANTIR
L'EFFECTIVITE DES DIRECTIVES ET DECISIONS-CADRES PENALES

144. *L'obligation d'interprétation conforme* - L'obligation d'interprétation conforme est un palliatif de l'absence de rapport de subordination normative⁵⁰⁸ qui cherche la compatibilité, faute de contraindre à la conformité. Concrètement, cette obligation signifie que le juge est tenu de se référer au contenu et à la finalité de(s) l'acte(s) européen(s) pertinent(s) lorsqu'il interprète les règles de son droit national⁵⁰⁹. Contrairement à l'effet direct⁵¹⁰, l'« effet » de l'obligation d'interprétation conforme n'est qu'indirect : le droit applicable et appliqué reste le droit national. L'« effet indirect » est néanmoins réel. Le juge est tenu par l'obligation dès l'entrée en vigueur de

⁵⁰⁵ BOFFA, R., La force normative des directives non transposées, in : THIBIERGE, C. (dir.), La force normative : naissance d'un concept, Bruylant, LGDJ, 2009, p. 323 ; ZOLINSKY, V.-C., Méthode de transpositions des directives communautaires, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2007, pp. 5-7, n°5 et 6.

⁵⁰⁶ PESCATORE, P., L'effet des directives communautaires, une tentative de démythification, D. 1980, chron. XXV., p. 171.

⁵⁰⁷ WEYEMBERGH A., DE HERT P. ET PAEPE P., L'effectivité du 3ème pilier de l'UE et l'exigence de l'interprétation conforme : la Cour de justice pose les jalons, RTDH, 2007 p. 269 et s., spéc. p. 280.

⁵⁰⁸ SIMON, D., La panacée de l'interprétation conforme : injonction homéopathique ou thérapie palliative ? in : De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins, Mélanges en l'honneur de Paolo MENGOLZI, Bruylant, 2013, p. 287-288, 296-298.

⁵⁰⁹ Autrement dit, « la directive [ou la décision-cadre] non transposée, quoique non pleinement impérative en ce qu'elle est normalement privée de son effet direct, sert pour le juge national de modèle de référence, en ce que celui-ci doit interpréter le droit interne à la lumière de la directive » - BOFFA, R., La force normative des directives non transposées, in THIBIERGE, C. (dir.) « La force normative : naissance d'un concept », LGDJ, 2009, p. 324.

⁵¹⁰ Qui est, pour mémoire, le mécanisme par lequel l'outil normatif crée, dans le chef des particuliers, des droits et obligations qui peuvent être invoqués devant les juridictions nationales et respectés par elles.

l'acte⁵¹¹, quand bien même l'Etat aurait estimé les dispositions nationales conformes au droit de l'Union⁵¹², au risque de caractériser un manquement d'un Etat⁵¹³. La règle prétorienne initialement appliquée aux directives⁵¹⁴ fut étendue aux décisions-cadres⁵¹⁵, leur garantissant ainsi une normativité que l'on peut qualifier de « minimale »⁵¹⁶. Néanmoins, l'obligation d'interprétation conforme n'est pas sans limite : celle-ci cesse, d'une part, lorsqu'elle conduirait à une application *contra legem* du droit national⁵¹⁷ et, d'autre part, lorsqu'elle aurait pour incidence, et en l'absence d'une disposition de transposition de droit national, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale des mis en cause⁵¹⁸. En outre, s'agissant spécifiquement des décisions-cadres, la charge imposée au juge national n'est, en réalité, qu'un *desiderata* de la Cour de Justice dans la mesure où, en l'absence de recours en manquement dans le cadre institutionnel du troisième pilier⁵¹⁹, rien ne peut contraindre le juge pénal national à effectivement s'y adonner, ni à adopter une interprétation réellement conforme.

145. *L'insuffisance de l'obligation d'interprétation conforme en droit du rapprochement des infractions : l'exemple de la décision-cadre relative aux infractions terroristes* - S'il a été reproché à l'Union d'opérer le rapprochement des incriminations au plus petit dénominateur commun⁵²⁰, le grief induit donc que les infractions existent dans les législations nationales préalablement à l'harmonisation. Aussi, la possibilité d'invoquer l'interprétation conforme d'une

⁵¹¹ CJCE, 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86 (à propos des directives).

⁵¹² CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, précité ; 14 juill. 1990, Faccini Dori, précité : « en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci ». Egalement : CJCE, 16 déc. 1993, Wagner Miret c/ Fondo de garantia salarial, aff. C-334/92.

⁵¹³ A propos d'un manquement d'Etat du fait d'une jurisprudence nationale contraire au droit de l'Union, primaire ou dérivé : CJCE, 30 sept. 2003, Köbler, aff. C-224/01 - car « lorsqu'une législation nationale fait l'objet d'interprétations juridictionnelles divergentes pouvant être prises en compte, les unes aboutissant à une application de ladite législation compatible avec le droit communautaire, les autres aboutissant à une application incompatible avec celui-ci, il y a lieu de constater que, à tout le moins, cette législation n'est pas suffisamment claire pour assurer une application compatible avec le droit communautaire » (CJCE, 9 sept. 2003, Commission c/ Italie, C-129/00, §32). Etant précisé que des décisions isolées, fortement minoritaires ou démenties par la juridiction suprême nationale, ne sauraient être prises en compte.

⁵¹⁴ CJCE, 10 avril 1984, Von Colson, aff. 14/83 - Cet arrêt fit de l'interprétation conforme du droit national au droit communautaire une obligation qui n'était, antérieurement, qu'une faculté (CJCE, 20 mai 1975, Mazzalai, aff. 111/75, §10).

⁵¹⁵ CJCE, 16 juin 2005, Maria Pupino, aff. C-105/03, §§41-47.

⁵¹⁶ Etant expressément dépourvue d'effet direct et exclues du champ d'application du recours en manquement, l'absence d'obligation d'interprétation conforme auraient signifié que l'effectivité des décisions-cadres dépendaient exclusivement de la bonne volonté des Etats membres à les transposer. L'obligation d'interprétation conforme qui pèse sur le juge permet, même en l'absence de transposition, de donner un certain effet au droit de l'Union.

⁵¹⁷ CJCE, 15 avr. 2008, Impact, aff. C-268/06, §§98, 100, 104 ; Pupino, précité, §§44-47.

⁵¹⁸ CJCE, Pupino, précité.

⁵¹⁹ L'anc. art. 35 TUE n'attribuait à la Cour de Justice que la compétence du contrôle de légalité des actes et celle du recours préjudiciel.

⁵²⁰ SOTIS, C., « Criminaliser sans punir », RSC 2010. 773 ; BERGE, J.-S., LABAYLE, H., MEHDI, R., La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, Quatrièmes ateliers doctoraux du GDR « Réseau universitaire européen Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice » - Propos introductifs, RTD eur. 2014, p. 64.

incrimination pénale préexistante à la lumière des apports d'une directive n'est pas parfaitement hypothétique. Par exemple, l'article 421-1 du code pénal français définit les infractions terroristes comme celles commises « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ». Cependant, le terrorisme, au sens du droit de l'Union, apparaît sensiblement plus restrictif que son acception française, et surtout plus précis en raison de l'élément « contextuel »⁵²¹, aussi constitutif que le sont les éléments matériel et intentionnel⁵²². Empreint d'intentionnalité comme de matérialité, celui-ci exige que les faits commis, « par leur nature ou leur contexte, [puissent] porter gravement atteinte à un pays ou une organisation internationale »⁵²³. Le juge national étant tenu d'une obligation d'interprétation conforme, il apparaît qu'une notion aussi intrinsèquement flexible et ambiguë⁵²⁴, et suscitant la méfiance de la doctrine pénale⁵²⁵, que l'est celle de « trouble à l'ordre public », si « grave » soit-il, doit être entendue à la lumière du droit de l'Union, c'est-à-dire comme susceptible, par nature ou contexte, de porter gravement atteinte à un pays. Une telle interprétation réduit alors sensiblement le champ d'application de l'infraction⁵²⁶, mais surtout celui des procédures dérogatoires que la qualification autorise. Cependant, dès lors que l'on envisage l'interprétation conforme plus douce, cela soulève la question de son articulation avec le caractère minimal de l'harmonisation. En effet, si l'obligation d'interprétation conforme semble autoriser une interprétation plus douce, l'établissement de règles minimales, de son côté, n'empêche pas les Etats membres d'adopter ou maintenir une législation plus sévère. La Cour de

⁵²¹ FLORE, D., *Droit pénal de l'Union Européenne*, Larcier, 2009, p. 142.

⁵²² L'élément matériel est une liste de comportements renvoyant à leur définition en tant qu'infraction en droit national. L'élément moral spécial est triple et alternatif. Voir infra n°508.

⁵²³ Art. 1, §1 de la décision-cadre 2002/475 « infractions terroristes ».

⁵²⁴ En ce sens : MANACORDA, S., *Le contrôle des clauses d'ordre public : la logique combinatoire de l'encadrement pénal*, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.), *Cour de justice et justice pénale en Europe, société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris*, vol. 19, 2010, p. 59 ; SUDRE, F., *Existe-t-il un ordre public européen ? in : TAVERNIER, P. (dir.), Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 41 (la notion d'ordre public « est singulièrement délicate à cerner : notion incertaine, évolutive, variable, contingente, ambiguë... »). La notion est d'autant plus indéterminée que le droit de l'Union comprend également un concept d'ordre public, dont il est avéré que le contenu est variable (KARYDIS, G., *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire*, RTD. Eur. 2002, p. 1.

⁵²⁵ En ce sens : MANACORDA, S., précité et référence citées.

⁵²⁶ Ne faisant aucune référence à l'obligation d'interprétation conforme ou à la décision-cadre « infractions terroristes », on ne peut affirmer que l'arrêt du 10 janvier 2017, n°16-84596, en est une illustration. Cela étant, en estimant que si « c'est à tort que, pour écarter la circonstance de terrorisme, l'arrêt retient que, d'une part, les agissements reprochés aux mis en examen n'ont pas de finalité terroriste (...) posant ainsi des conditions que l'article 421-1 du code pénal n'exige pas, (...) l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors qu'il se déduit de ces énonciations qu'il n'existe pas charges suffisantes permettant de retenir que les infractions, objet de l'arrêt de renvoi devant la juridiction de jugement, auraient été commises en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur » l'interprétation de la Chambre criminelle du mobil terroriste (des infractions « commises en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ») se révèle parfaitement cohérente avec l'élément contextuel unioniste exigeant que les faits puissent, par leur nature ou leur contexte, porter gravement atteinte à un pays.

Justice n'a, à notre connaissance, pas encore eu à prendre position sur cette question⁵²⁷ qui met en porte-à-faux une obligation prétorienne et une permission institutionnelle, et dont dépend le champ d'application d'une infraction, enjeu non négligeable. En tout état de cause, hors ce cas de figure qui reste, pour l'heure, hypothétique, l'obligation d'interprétation conforme ne pourra palier l'impératif de transposition compte tenu de ses limites⁵²⁸.

146. *L'insuffisance de l'obligation d'interprétation conforme en droit du rapprochement des infractions : l'exemple du travail forcé et le droit pénal français* - La directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains⁵²⁹ permet d'illustrer le propos. En élargissant l'infraction de traite des êtres humains au travail forcé, son adoption imposait une mise en conformité du code pénal français, car les articles 225-4-1 et 225-14 du code pénal⁵³⁰ permett(ai)ent pas d'incriminer le travail forcé ainsi que l'exige la directive. Pour la jurisprudence française, en effet, le seul travail forcé n'était pas une infraction, et donc encore moins une forme de traite des êtres humains, tant que les conditions de travail n'étaient pas dangereuses ou que celles d'hébergement n'étaient pas insalubres⁵³¹. L'échéance du délai de transposition avant l'adoption de la loi de mise en conformité⁵³² interrogeait la faculté, pour le

⁵²⁷ Cela étant, dans l'affaire *Awoyemi*, la Cour de Justice recommanda l'application de l'effet direct d'une directive non transposée dans le délai imparti ce qui, se manifestant par un effet « négatif » sur la loi pénale en cause, conduisant à « dépenaliser » les faits reprochés à l'intéressé (CJCE, 29 octobre 1998, *Awoyemi*, C-230/97).

⁵²⁸ Etant entendu que le juge est tenu par l'obligation conforme quand bien même l'Etat aurait estimé les dispositions nationales conformes au droit de l'Union (CJCE, 16 décembre 1993, *Wagner Miret c/ Fondo de garantia salarial*, aff. C-334/92) et peu importe que celles-ci soient antérieures à la directive (CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, précité ; 14 juillet 1990, *Faccini Dori*, précité).

⁵²⁹ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.

⁵³⁰ En particulier les articles 225-4-1 et 225-14. Art. 225-4-1 c. pén. : « La traite des êtres humains est le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit ». Art. 225-14 c. pén. : « Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine ».

⁵³¹ Si l'arrêt du 13 janv. 2009 sembla opérer le revirement de jurisprudence attendu et accuser réception des condamnations de la France par la Cour EDH pour ne pas avoir mis en place un cadre législatif et administratif permettant de lutter efficacement contre la servitude et le travail forcé (CEDH, 11 oct. 2012, *C. N. et V. c/ France*, n°66724/09 ; 26 juill. 2005, *Siliadin c. France*, n°73316/01), il fut ultérieurement contredit (Notamment, Cass. crim., 23 juin 2010, n°09-84.801 : *BOURGEOIS, B.*, Les infractions pénales réprimant le phénomène de traite des êtres humains à des fins d'exploitation par le travail, *AJ pénal* 2012. 204 ; 5 mars 2013, n°11-84.119 : *RENUCCI, F.*, Esclavage domestique et droits de l'homme : l'indispensable réforme, *RSC* 213, p. 921 ; 20 nov. 2013, n°12-83.938).

⁵³² Le délai de transposition expirait le 6 avril 2013, le projet de loi de transposition a été déposé le 19 février 2013, la loi adoptée le 25 juillet et publiée le 5 août 2013 (loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JORF* n°0181 du 6 août 2013 p. 13338). En particulier, elle définit les pratiques esclavagistes selon quatre degrés de gravité,

juge pénal, de réinterpréter les infractions du code pénal à la lumière des exigences de la directive⁵³³. La solution est tentante, permettant de satisfaire aux exigences de répression et de la Cour EDH, sous couvert d'une interprétation que l'on admettra aisément conforme tant l'inclusion du travail forcé a minima au titre de l'article 225-14 apparaît justifiée. De plus, cela répondait à l'effet utile des mesures de l'Union en faveur des droits des victimes⁵³⁴, car en l'absence d'infraction pénale punissable, la victime n'est pas juridiquement reconnue et se voit donc privée de ses droits. Cependant, l'interprétation conforme ne pouvant avoir pour effet de créer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui contreviendraient à ces dispositions, ni servir de fondement à une interprétation *contra legem* du droit national⁵³⁵, les résistances de la Chambre criminelle à tenir compte des condamnations de la Cour EDH trouvaient au moins leurs justifications dans ses obligations envers l'Union. Ainsi donc, en l'absence d'une transposition conforme, la directive 2011/36 aurait confiné à la plus grande ineffectivité.

147. Les insuffisances de l'obligation d'interprétation conforme en droit de la reconnaissance mutuelle – L'obligation d'interprétation conforme n'est pas un remède à l'absence de réception en droit interne plus satisfaisant en droit de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives. En la matière, l'intervention législative nationale s'impose en raison des options souvent laissées aux Etats membres⁵³⁶ et parce que l'obligation d'interprétation conforme ne peut pallier l'absence d'implémentation⁵³⁷ d'un mécanisme inconnu en droit interne ou les mauvaises transpositions. En effet, si l'obligation d'interprétation conforme ne saurait rencontrer la limite tirée d'une aggravation de la responsabilité pénale en matière de reconnaissance

conformément à la directive : le travail forcé, la réduction en servitude, la réduction en esclavage et l'exploitation d'une personne réduite en esclavage.

⁵³³ Précisons que les définitions des comportements à pénaliser semblent assez claires, précises et inconditionnelles pour satisfaire à la légalité criminelle. Le rapprochement des sanctions, opéré par la méthode du seuil minimal de la peine maximale, ne saurait en revanche suffire pour fonder une condamnation.

⁵³⁴ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil - JOUE L 315 du 14/11/2012 ; Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales - JOUE L 082 du 22/03/2001.

⁵³⁵ CJCE, 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, précité ; 7 janv. 2004, X, précité ; 3 mai 2005, Berlusconi e.a., précité ; 16 juin 2005, Pupino, précité.

⁵³⁶ Telle celle, systématique, de pouvoir subordonner l'exécution de la décision étrangère à la condition de la double incrimination hors du champ d'application de la liste des trente-deux infractions, voir infra n°472.

⁵³⁷ Désigne « l'ensemble des décisions, des organismes et des comportements des acteurs, concernant la mise en œuvre d'une loi ou d'un programme » - ARNAUD, A.-J., Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993. V. également : BLANKENBURG, E., La recherche de l'efficacité de la loi : réflexion sur l'étude de la mise en œuvre : le concept d'implémentation, Droit et société, n°2, 1986, p. 59 ; PORTA, J., La réalisation du droit communautaire, LGDJ, Fondation Varenne, 2007, Tome 1, p. 150.

mutuelle⁵³⁸, la limite tenant d'une application *contra legem* est tout à fait envisageable. Si le législateur français du mandat a relativement fidèlement transposé la décision-cadre⁵³⁹, un de ces motifs a toutefois été réécrit de manière plus restrictive⁵⁴⁰ de sorte que, saisie d'une question préjudicielle, la Cour de Justice invita le juge français à « interpréter le droit national, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte, ainsi que de la finalité de la décision-cadre 2002/584, afin de garantir la pleine effectivité de cette décision-cadre et d'aboutir à une solution conforme à la finalité poursuivie par celle-ci »⁵⁴¹. Cependant, comme, en l'occurrence, il était difficile d'interpréter le code de procédure pénale conformément à la décision-cadre sans tomber dans une interprétation *contra legem*⁵⁴², le législateur a rapidement accusé réception de la décision préjudicielle⁵⁴³. Quoique la cause initiale de cette distorsion entre le droit de l'Union émis et le droit de l'Union mis en œuvre tienne d'une anomalie du système juridique de l'Union - la défaillance du législateur français lors de la transposition - elle illustre bien que l'obligation d'interprétation conforme n'est pas un palliatif satisfaisant du défaut de transposition.

⁵³⁸ Le principe même de reconnaissance mutuelle s'y oppose. Qu'elle porte sur une décision de justice présente, sententielle ou post sententielle, la reconnaissance mutuelle ne crée ni n'aggrave la responsabilité pénale, encourue ou reconnue, des intéressés, entièrement déterminée par le droit pénal interne. En ce sens, CJUE 1^{er} juill. 2004, Tsapalos et Diamantakis, aff. C-361/02 et C-362/02, §20 ; Conclusions de l'av. gén. BOT du 2 oct. 2012 dans l'affaire Procédure pénale c/ Melloni, C-399/10, Note 10 : « la procédure du mandat d'arrêt européen n'a pas d'impact sur la responsabilité pénale individuelle, mais elle vise à faciliter l'exécution d'une décision prise à l'égard de la personne condamnée ».

Dans le même sens : CEDH, 7 oct. 2008, Monedero Angora c/ Espagne, req. n°41138/05 ; à propos de l'extradition : CEDH, 4 fév. 2005, Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie requêtes n°46827/99 et 46951/99, §82 ; 21 nov.2000 RAF c/ Espagne, req. n°53652/00 ; 8 janv. 2004, Sardinas Albo c/ Italie, req. n°56271/00 ; 23 nov. 2006, Zaratin c/ Italie req. n°33104/06.

⁵³⁹ En ce sens, notamment : BEAUVAIS, P., Mandat d'arrêt européen et discrimination à raison de la nationalité, RTD eur. 2013 p. 809 ; PETIT-LECLAIR S., « La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen », in JAULT-SESEKE F., LELIEUR J., et PIGACHE C. (dir.), L'espace judiciaire européen civil et pénal – regards croisés, Dalloz, 2009, p. 99. Ce qui ne remet pas en cause le récent dialogue des juges pénaux, constitutionnels et unionistes dans l'affaire *Jeremy Forrest*. En effet, l'article 695-46 du code de procédure pénale privant de tout recours la décision d'extension des poursuites résulte de l'exploitation, par le législateur français, des latitudes de transposition laissées par la décision-cadre elle-même ; il est (était) inconstitutionnel au regard du droit au procès équitable mais pas incompatible avec la décision-cadre. Voir notamment : DE BÉCHILLON, D., Jouer le jeu, AJDA 2013 p. 817 ; BERLIN D., JCP G, 2013, n°25, 716 ; SIMON D., Europe, mai 2013, étude 5 ; LABAYLE H., « Never say never again : quand le mandat d'arrêt européen conduit le Conseil constitutionnel à poser sa première question préjudicielle à la Cour de justice (7 avril 2013) », « Fin des questions, début des difficultés ? La réponse de la Cour de justice au Conseil constitutionnel à propos du mandat d'arrêt européen dans l'affaire Jérémy Forrest (1 juin 2013) » et « Suite et bientôt fin : la saga du mandat d'arrêt européen devant le Conseil constitutionnel (16 juin 2013) », Réseau universitaire européen – GDR Droit de l'ELSJ - <http://www.gdr-elsj.eu/>.

⁵⁴⁰ L'art. 695-24 al. 2 du c. proc. pén. français énonce que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen peut être refusée « si la personne recherchée pour l'exécution d'une peine ou d'une mesure de sûreté privatives de liberté est de nationalité française (...) » là où l'article 4, point 6, de la décision-cadre évoque la personne recherchée qui demeure ou réside dans l'État membre d'exécution.

⁵⁴¹ CJUE, 5 sept. 2012, Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge, C-42/11, §60.

⁵⁴² En ce sens, également : BEAUVAIS, P., Mandat d'arrêt européen et discrimination à raison de la nationalité, RTD eur. 2013 p. 809 ; LELIEUR, J., obs., AJ pénal 2013. 111 ; GAZIN, F., Europe 2012, n°11, comm. 427.

L'avocat général avait suggéré d'interpréter l'expression « de nationalité française » comme visant également les nationalités équivalentes que sont celles des autres États membres de l'Union (conclusions de l'av. gén. MENGOZZI, présentées le 20 mars 2012, §61) mais ce qui n'en demeure pas moins, selon nous, une interprétation *contra legem*.

⁵⁴³ Loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JO du 6 août 2013.

148. *Les insuffisances de l'obligation d'interprétation conforme en droit des garanties procédurales* – Il en va de même dans le domaine du rapprochement des droits des personnes

dans une procédure pénale. En la matière, l'échéance du délai de transposition et le défaut de mise en conformité des dispositions nationales font de l'effet direct partiel des directives plus protectrices un précieux outil pour les suspects et les personnes poursuivies. L'inhabituelle célérité du législateur français à transposer les directives « droit à l'information »⁵⁴⁴ et « droit à l'assistance d'un avocat »⁵⁴⁵ démontre que le législateur, au-delà d'une consciencieuse obligation de loyauté envers l'Union, a bien perçu les risques inhérents à un défaut de transposition dans les délais impartis. En effet, par l'obligation d'interprétation conforme, ces directives viennent s'insérer dans les sources des droits fondamentaux dès leur adoption et devraient donc participer aux mécanismes juridictionnels de protection du droit au procès équitable. Elles trouvent d'ailleurs une utilité toute particulière si la jurisprudence pertinente de la Cour EDH n'est pas fixée⁵⁴⁶. Les dispositions d'une directive, plus précises et/ou plus protectrices, devraient conduire les juges à interpréter les exigences d'un droit procédural déjà garanti en droit interne par diverses sources conformément aux dispositions et finalités de la directive⁵⁴⁷. Cela étant, l'interprétation conforme autorise-t-elle le juge pénal à procéder de la sorte si cela le conduit à conclure à la violation de ce droit et à neutraliser la disposition procédurale présentant des garanties manifestement insuffisantes⁵⁴⁸? D'un côté, le juge, saisi d'une exception de nullité ou même d'une QPC, ne ferait qu'apprécier le bien-fondé de la première ou le caractère sérieux de la seconde en interprétant la portée du droit au procès équitable, garanti en droit interne, mais à la lumière des

⁵⁴⁴ Directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L 142, p. 1-10 ; AJ pénal 2011. 446, obs. LEBLOIS-HAPPE J. ; AJ Pénal, 2012, p. 307, obs. FLEURIOT C. ; VERGÈS E., Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique : À propos de la directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, RSC, 2012, p. 635 ; BEAUVAIS P., « Nouvelle harmonisation des droits de l'accusé dans la procédure pénale », RTDE, 2013, p. 881 ; MORIN, M.-E., Quelle(s) place(s) pour la directive « droit à l'information dans les procédures pénales » ?, Rev. de l'U.E., Dalloz, Déc. 2014, p. 613.

⁵⁴⁵ Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 sur le droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, JOUE L 218 du 14 août 2013 : BOTTON, A., Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales : un projet de loi contrasté, D. 2014, p. 431 ; G'SELL, F., Vers un renforcement du rôle de l'avocat dans les procédures pénales - à propos de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013, JCP G 2014, n°1-2, p. 2.

⁵⁴⁶ Voir en particulier s'agissant de l'étendue du droit d'accès au dossier prévu par la directive 2012/13/UE relative au droit à l'information dans les procédures pénales : DESPREZ, F., Accès au dossier lors de la garde à vue : les risques d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz 2012 p. 2640 ; PRADEL, J., précité ; VERGÈS E., précité ; BEAUVAIS P., précité.

⁵⁴⁷ Lesquelles étant d'ailleurs d'être plus protectrices que les exigences de la Convention et de la Cour EDH – En ce sens, résumé de l'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive, SEC(2010)908.

⁵⁴⁸ L'inverse, en revanche, c'est-à-dire faire primer des garanties procédurales nationales, fussent-elles constitutionnelles, sur le droit de l'Union, même dérivé, a été exclu par la Cour de Justice : CJUE, 28 fév. 2013, Melloni, aff. C-399/11.

précisions de la directive. Toutefois, cela peut conduire à neutraliser une disposition procédurale et bel et bien anticiper l'effet direct négatif de la directive⁵⁴⁹. La question qui se pose là, et qui mériterait certainement d'être directement posée à la Cour de Justice, est finalement celle de la portée de l'obligation d'interprétation conforme. D'un autre côté, l'obligation d'interprétation conforme semble légitimement pouvoir anticiper l'inévitable effet négatif de la directive. D'une part, à ne s'en tenir qu'aux limites connues de l'obligation d'interprétation conforme, la solution n'en enfreint véritablement aucune. Pas d'aggravation de la responsabilité pénale sur le terrain des garanties procédurales. Pas d'application *contra legem* dans la mesure où la neutralisation ne serait que l'exacte mise en œuvre d'une règle de droit, qu'il s'agisse d'une exception de nullité ou de la transmission (voire de l'accueil) d'une QPC. D'autre part, cela est cohérent avec l'attachement notoire de l'Union au respect des droits fondamentaux⁵⁵⁰ et leur bonne place au rang des valeurs de l'Union⁵⁵¹. « Les principes généraux qui font partie du droit communautaire » qui bornent l'obligation d'interprétation conforme seraient, finalement, sans doute plus malmenés par le refus d'interpréter le droit au procès équitable à la lumière de la directive que par l'anticipation des effets de la directive qui seraient, en tout état de cause, au mieux de contraindre le législateur à modifier la législation, au pire d'être d'application directe et d'effet négatif à l'issue de la période de transposition. Une telle solution se trouvant en porte-à-faux avec un effet direct qui n'a pas encore lieu d'être, c'est peut-être la raison pour laquelle la Chambre criminelle ne donna pas suite aux demandes de renvois préjudiciels en interprétation du droit d'accès au dossier au sens de la directive 2012/13 présentée⁵⁵².

⁵⁴⁹ Tel ne fut pas le cas dans les décisions évoquées ; l'article 7, §3 de la directive allant dans le sens des dispositions litigieuses.

⁵⁵⁰ Outre les dispositions de droit primaire (spéc. art. 6 TUE et la Charte des droits fondamentaux) ou les programmes de promotion ou de protection (par ex. : Règlement (UE) 1381/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme «Droits, égalité et citoyenneté» pour la période 2014-2020 -JO L 354 du 28déc. 2013) les préambules des actes adoptés sur la base de la compétence pénale de l'Union mentionnent quasi-systématiquement le respect des droits fondamentaux.

⁵⁵¹ Art. 2, TUE : L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.

⁵⁵² La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, jusqu'à présent, systématiquement écarté les invocations des directives des droits procéduraux. Néanmoins, après avoir maladroitement écarté les moyens reposant sur une violation de la directive 2012/13 soulevés aux motifs que la directive invoquée ne soit pas entrée en vigueur, alors que tel était déjà le cas (Cass. Crim. 27 nov. 2012, n°12-85.645, 25 fév. 2015, n°14-86.453). la Cour se retranche désormais derrière le fait que son délai de transposition n'était pas expiré à la date à laquelle l'acte de procédure litigieux a eu lieu (Cass. Crim., 25 fév. 2015, n°14-86.453 ; 25 mars 2015, n°14-87.403 ; 9 avril 2015, n°14-87.660 et n°14-87.661 (relatifs à la portée du droit d'accès au dossier). Si la Cour semble laisser une porte ouverte en invoquant l'absence d'effet direct dans les espèces dont elle a eu à connaître, il n'est cependant pas certain que la Chambre criminelle adressera une question préjudicielle relative à la portée du droit d'accès au dossier car l'incompatibilité n'est pas manifeste.

149. L'obligation d'interprétation conforme assure une normativité minimale des directives et décisions-cadres qui exclue de les considérer comme du droit virtuel pour le citoyen européen et pour le juge. En réalité, l'obligation d'interprétation conforme est un palliatif des failles du droit institutionnel de l'Union.

B- L'INSUFFISANCE DE L'EFFET DIRECT PARTIEL POUR GARANTIR
L'EFFECTIVITE DES DIRECTIVES PENALES

150. **La normativité des directives** - Sous l'angle de la normativité institutionnelle de la directive, l'obligation négative pour l'Etat membre de ne pas faire obstacle à sa réalisation pendant la période de transposition devient, à son expiration, une obligation de faire : faire disparaître toutes les règles non-conformes aux objectifs de la directive, quel que soit le degré d'incompatibilité. *A minima*, le juge est tenu de les laisser inappliquées⁵⁵³. Sous l'angle de la normativité substantielle, l'expiration de la période de transposition déclenche l'effet direct de la directive. Bien que l'article 249, al. 2, TCE⁵⁵⁴ n'eut rien mentionné d'un tel effet⁵⁵⁵, c'est précisément de ce silence du texte que la Cour de Justice pu en exciper un⁵⁵⁶. Toutefois, celui-ci n'opère qu'à sens unique⁵⁵⁷. En effet, si une directive peut être invoquée pour contester un acte de portée individuelle (effet vertical direct), ce n'est que par le particulier ; l'Etat ne peut s'en

⁵⁵³ Pour de plus amples développements sur ce mécanisme d'« effet négatif », notamment: BOULOC, B., « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in Mélanges G. Levasseur, Litec 1992 ; BORE, J., « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », in Mélanges André Vitu, Cujas 1989 ; JAEGER, M., « Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal : l'institution d'une communauté de droit », RD pén. crim., 2004, n°12 p. 1099 ; MASSE M., « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français », RSC 1996, p. 935 ; PRADEL J., CORSTENS G., VERMEULEN G., Droit pénal européen, Dalloz, 2009, p. 483 ; SIMON, D., « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », Cahiers du Conseil constitutionnel n°26, août 2009 ; BIANCARELLI, J. et MAIDANI, D., L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres, RSC1984, p. 225 s. ; HUET, A., L'impact du droit communautaire sur le droit pénal, in SIMON, D. (dir.), Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Strasbourg PUF, 2003, p. 13 s. ; ARROYO-ZAPATERO, L. et MUNOZ de MORALES ROMERO, M., Le contrôle des choix de pénalisation : effets directs et indirects, in : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, D. (dir.), Cour de Justice et justice pénale en Europe, Société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris, vol. 19, 2010, pp. 24 à 44 ; DEBOVE, F., Le renouvellement des normes répressives françaises par le droit européen, th. Dactyl., Paris II, 1995, pp. 196-264.

⁵⁵⁴ Devenu l'article 228, al. 2 TFUE.

⁵⁵⁵ Contrairement à l'anc. art. 34, §2, c) TUE, relatif aux décisions-cadres, qui les en avait expressément dépourvu. Cette dernière précision, qui distingue fondamentalement les décisions-cadres des directives, trouve sans aucun doute son explication dans la volonté des rédacteurs du traité d'Amsterdam d'empêcher que la Cour de Justice d'étendre le raisonnement tenu sur les directives aux décisions-cadres (En ce sens : DELARUE, J.-M., Commentaire de l'article 34, TUE, in : PINGEL, I. (dir.), Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne, Dalloz-Sirey, 2^{ème} éd., 2010, p. 173).

⁵⁵⁶ « Dans le cas où les autorités communautaires auraient, par directive, obligé les Etats membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire » - CJCE, 4 déc. 1974, Van Duyn, aff. 41/74 ; Egalement, notamment : CJCE, 5 avril 1979, Ratti, aff. 148/78 ; 12 juill. 1990, Foster, aff. C-188/84 ; 16 déc. 1993, Wagner Miret c/ Fondo de garantia salarial, aff. C-334/92 ; 14 juill. 1994, Faccini Dori, C-91/92.

⁵⁵⁷ Sur cette question : MEHDI, R., Ordre juridique communautaire - effet direct, JCl Europe – traité, fasc. 195.

prévaloir (sens ascendant uniquement)⁵⁵⁸. Quant à la question d'un effet direct horizontal qui anima les antichambres de la Cour de Justice⁵⁵⁹, celle-ci se prononça finalement contre : « une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et (...) ne peut donc être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne »⁵⁶⁰ car « cela reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements »⁵⁶¹. L'effet direct des directives n'est cependant pas inconditionnel. Pour la Cour de justice, en effet, le droit de l'Union ne peut être utilement appliqué qu'à la condition que ses dispositions soient suffisamment claires, précises et inconditionnelles pour être à même de produire ses effets en l'absence de toute autre mesure complémentaire⁵⁶².

151. *L'insuffisance de l'effet direct des directives en droit du rapprochement des infractions* – En droit du rapprochement des infractions, la substitution des directives aux décision-cadres, et le déclenchement de l'effet direct partiel à l'échéance de la période de transposition, n'apporte qu'une maigre plus-value à la force normative du rapprochement des infractions. En effet, en ce domaine, et indépendamment de la nécessité d'une transposition due à la méthode normative qu'est l'harmonisation⁵⁶³, l'hypothèse d'une application directe des incriminations édictées par une directive est juridiquement plus qu'improbable, elle pour ainsi dire impossible. L'absence d'effet direct vertical descendant⁵⁶⁴, qui interdit à l'État membre de se prévaloir des dispositions d'une directive non transposée à l'encontre d'un particulier, s'opposera, de la même manière, à ce que le ministère public fonde des poursuites sur les dispositions plus

⁵⁵⁸ CJCE, 14 juill. 1994, Faccini Dori, aff. 91/92 – pour des illustrations récentes : CJCE, 28 avril 2011, El Dridi, aff. C-61/11 PU ; 6 déc. 2011, Achugabian, aff. C-329/11 PU, et leur application en droit interne : notamment Cass. Civ.1., 5 juill. 2012, pourvois n°11-19250, 11-30530 et 11-30371.

⁵⁵⁹ Ont notamment conclu au soutien d'un effet direct horizontal, les avocats généraux Van Gerven, Jacobs et Lenz (W. Van Gerven, conclusions sous CJCE 2 août 1993, M. H. Marshall, précité ; F. G. Jacobs, conclusions sous CJCE 27 janv. 1994, N. Vaneetveld c/ Le Foyer SA et Le Foyer SA c/ FMSS, aff. 316/93 ; C. O. Lenz, conclusions sous CJCE, 14 juill. 1994, Faccini Dori, précité).

A également soutenu une position analogue, le juge SCHOCKWEILER, F., Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers », in : *Hacia un nuevo order internacional y europeo*, Estudios en homenaje al profesor D. M. Diez De Velasco, Tecnos, 1993, p. 1201.

⁵⁶⁰ CJCE, 26 fév. 1986, M. H. Marshall, c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching), aff. 152/84 ; 22 fév. 1990, CECA c/ Faillite Accaierie e ferriere Busseni SpA, aff. 221/88 ; 13 nov 1990, Marleasing SA c/ La Commercial Internacional de alimentacion SA, aff. 106/89.

⁵⁶¹ CJCE, Faccini Dori, précité, §24.

⁵⁶² CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend and Loos, aff. C26/62 ; 26 fév. 1986, Marshall, aff. 152/84 ; 20 mars 2003, Kutz-Bauer, aff. C-187/00 ; 15 avril 2008, Impact, aff. C-268/06 ; 16 juill. 2009, Gomez-Limon Sanchez-Camacho, aff. C-537/07.

⁵⁶³ Voir infra n°157 et s.

⁵⁶⁴ CJCE, Faccini Dori, op. cit. ; CJCE, 5 avril 1979, Ratti, aff. 148/78 ; 12 juill. 1990, Foster, aff. C-188/84.

répressives d'une directive⁵⁶⁵. L'absence d'effet direct horizontal⁵⁶⁶ fera obstacle, quant à lui, à ce que des victimes déclenchent les poursuites. Pour autant que ces déclinaisons de l'effet direct soient particulièrement préjudiciables à l'effectivité du seul outil normatif prévu pour le rapprochement des infractions, elles expriment, ici, plus que dans toute autre branche du droit de l'Union, toute leur *ratio legis* : le principe de sécurité juridique, justifiant l'absence de plein effet direct des directives, rejoint ici le principe de légalité criminelle⁵⁶⁷. En effet, invoquer directement une directive de rapprochement des incriminations, afin d'asseoir une condamnation que la législation nationale et la jurisprudence de référence ne justifieraient pas, retournerait complètement sur lui-même le principe de légalité. Cela signifierait fonder une condamnation sur l'effet direct d'un texte qui, n'étant d'ailleurs pas censé en avoir, ne le tient qu'afin de pallier le défaut de transposition, c'est-à-dire, précisément, à l'absence de base légale dans la législation nationale. Quant à l'auteur de l'infraction, seul bénéficiaire de l'effet direct, celui-ci n'a aucun intérêt à invoquer une directive qui aggraverait sa responsabilité pénale et il ne saurait se prévaloir d'une répression européenne moins sévère, puisqu'il s'agit bien d'une harmonisation minimale laissant les Etats membres libres d'aller au-delà des exigences de l'Union.

152. L'insuffisance de l'effet direct des directives en droit de la reconnaissance mutuelle

– Dans le domaine de la reconnaissance mutuelle, la directive relative à la décision d'enquête européenne⁵⁶⁸, faisant application du principe aux actes d'enquêtes, permet d'illustrer le propos. Comme tout instrument de reconnaissance mutuelle, la directive prévoit des motifs de non-exécution. En cas de défaillance de la transposition, l'existence d'un effet direct pourra éviter au juge national de se retrouver dans d'inconfortables situations telle que devoir choisir entre

⁵⁶⁵ En effet, dans le contexte de l'effet direct des directives, la Cour de Justice entend largement la notion d'Etat et inclut les « organismes ou entités qui étaient soumis à l'autorité ou au contrôle de l'Etat ou qui disposent de pouvoirs exorbitants par rapport à ceux qui résultent des règles applicables aux rapports entre les particuliers ». (CJCE, 12 juill. 1990, *A. Foster e.a. c/ British Gas plc*, aff. 188/89). Le ministère public peut être rattaché à la catégorie des « entités disposant de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables aux particuliers », dans la mesure où il nous semble plus délicat et peu adéquat de le considérer comme une entité soumise à l'autorité ou au contrôle de l'Etat, compte tenu de l'indépendance de l'autorité judiciaire consacrée, en France, par l'article 64 de la Constitution, mais également, et pour l'ensemble des Etats membres, par différents instruments internationaux : art. 10 de la décl. univ. des droits de l'homme, art. 14 du pacte intern. relatif aux droits civ. et pol., art. 6 de la conv. EDH, et surtout par l'article 47 de la ch. des droits fond. de l'UE.

⁵⁶⁶ Voir notamment : CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152-84 ; CJCE, 14 juillet 2004, *Facini Dori*, C-91/92.

⁵⁶⁷ En ce sens, déjà : CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò*, aff. 14/86 dans lequel la Cour de Justice rejette qu'une directive non transposée puisse avoir pour effet de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions (§20 de l'arrêt) en parfaite application du principe de légalité sans pour autant avoir mentionné ce principe mais en se fondant exclusivement sur les dispositions du traité.

⁵⁶⁸ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale – La décision d'enquête européenne est une décision judiciaire qui a été émise ou validée par une autorité judiciaire d'un Etat membre, Etat d'émission, afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquêtes spécifiques dans un autre Etat membre, Etat d'exécution, en vue d'obtenir des preuves » (art. 1, §1 de la directive). Voir infra n°457.

malmener le droit unioniste de la reconnaissance mutuelle ou adopter une interprétation conforme au droit de l'Union mais *contra legem* en droit interne⁵⁶⁹. Si cela permettra dans certains cas l'application du droit de l'Union tel qu'il a été conçu, et non tel qu'il aura été incorrectement transposé, paradoxalement, cela ne garantit nullement la réalisation des objectifs poursuivis. Car en effet, l'effet direct ne peut être invoqué que par le particulier qui s'est vu conférer des droits par la directive européenne. Il ne pourra donc l'être que par une personne suspecte ou poursuivie, et non par l'Etat membre défaillant, ni par ses représentants judiciaires. Or, s'agissant de la reconnaissance mutuelle des actes d'enquêtes, les bénéficiaires de l'effet direct n'ont pas nécessairement intérêt à invoquer l'exécution directe d'un acte d'enquête. De la sorte, l'effet direct risque de jouer principalement à la défaveur de la coopération judiciaire et policière, et paradoxalement donc, à des fins opposées à l'objectif poursuivi par l'acte. Ainsi, l'applicabilité directe des directives portant application du principe de reconnaissance mutuelle n'est pas garante de l'effectivité.

153. *En droit des garanties procédurales pénales : l'indifférence à l'absence d'effet direct vertical descendant et horizontal* - Le rapprochement des droits procéduraux des personnes suspectes ou poursuivies initié après la réforme de Lisbonne est exclusivement opéré par directive⁵⁷⁰. En ce domaine, les restrictions à l'effet direct des directives ne présentent pas d'inconvénient. En effet, fixant les règles minimales des droits procéduraux des mis en cause dans une procédure pénale, les directives adoptées sur la base de l'article 82, §2 TFUE ne trouvent d'utilité que dans la mesure où le droit pénal interne n'offrirait pas de garanties suffisantes aux suspects et accusés. Or, on voit difficilement quel intérêt aurait l'autorité de poursuite à invoquer la violation, par le système pénal dont il est le bras répressif, des droits des prévenus, exposant ainsi la procédure conduite à l'annulation.

⁵⁶⁹ Voir supra, n°152.

⁵⁷⁰ Antérieurement, la décision-cadre 2009/999 renforçant les droits procéduraux des personnes, et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès, anticipa sur la compétence expresse en matière de rapprochement des droits procéduraux des personnes poursuivies. En érigeant l'absence d'un mis en cause en motif de refus de reconnaissance et d'exécution d'une décision répressive pour atteinte au droit au procès équitable, la décision-cadre a corrélativement, reconnu le droit d'assister à son procès.

154. *L'insuffisance de l'effet direct des directives pour garantir les droits des victimes -*

La directive 2012/29 relative aux droits des victimes⁵⁷¹, non encore transposée, renforce substantiellement les droits des victimes par rapport au droit français⁵⁷². Ainsi, l'assistance d'un interprète doit être offerte dès l'audition par les services de police, alors qu'elle n'est garantie que lors des audiences selon le code de procédure pénale. De même, les informations actuellement délivrées à la victime lors d'un dépôt de plainte en France ne sont pas aussi exhaustives que ce que la directive exige. Ou encore, la victime devra pouvoir être en mesure de déposer une plainte dans un Etat membre n'étant pas celui de sa résidence et obtenir le suivi de celle-ci à distance. Mais, contrairement aux droits des mis en cause dans une procédure pénale, les droits des victimes ne peuvent absolument pas être effectifs sans l'intervention des législateurs nationaux. En ce sens, à propos du droit des victimes d'être entendues pendant la procédure⁵⁷³ conjugué au droit des victimes vulnérables de voir leur vulnérabilité prise en compte à cette occasion⁵⁷⁴, la Cour de Justice constatait qu'« aucune des trois dispositions de la décision-cadre mentionnées par le juge de renvoi ne prévoit de modalités concrètes de mise en œuvre des objectifs qu'elles énoncent »⁵⁷⁵. « Force est dès lors de constater que la décision-cadre, tout en imposant aux États membres, d'une part, d'assurer aux victimes un niveau élevé de protection ainsi qu'un rôle réel et approprié dans leur système judiciaire pénal et, d'autre part, de reconnaître les droits et intérêts légitimes de ces dernières et de faire en sorte qu'elles puissent être entendues et fournir des éléments de preuve, laisse aux autorités nationales un large pouvoir d'appréciation quant aux modalités concrètes de mise en œuvre de ces objectifs »⁵⁷⁶. Effet direct et obligation d'interprétation conforme ne sont d'aucune utilité pour permettre à une victime de suivre à distance les suites d'une plainte déposée dans un autre Etat membre. L'effectivité d'un tel droit

⁵⁷¹ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil – JOUE L 315 du 14 nov. 2012.

⁵⁷² Voir pour une étude comparative : VERGES, E., Un corpus juris des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations, RSC, 2013, p. 121.

⁵⁷³ L'article 3 de la décision-cadre 2001/220 impose à chaque État membre de garantir la possibilité aux victimes d'être entendues au cours de la procédure, ainsi que de fournir des éléments de preuve, et prend les mesures appropriées pour que ses autorités n'interrogent les victimes que dans la mesure nécessaire à la procédure pénale.

⁵⁷⁴ Les articles 2 et 8, §4, de la même décision-cadre obligent chaque État membre à œuvrer pour garantir aux victimes un traitement dûment respectueux de leur dignité personnelle pendant la procédure, à veiller à ce que les victimes particulièrement vulnérables bénéficient d'un traitement spécifique répondant au mieux à leur situation et à garantir, lorsqu'il est nécessaire de protéger les victimes, notamment les plus vulnérables, contre les conséquences de leur déposition en audience publique, qu'elles puissent, par décision judiciaire, bénéficier de conditions de témoignage permettant d'atteindre cet objectif, par tout moyen approprié compatible avec les principes fondamentaux de son droit.

⁵⁷⁵ CJCE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03, §54.

⁵⁷⁶ CJCE, 9 oct. 2008, Katz c/ Sos, aff. C-404/07, §46.

nécessite des mesures complémentaires d'exécution en droit interne, sauf à exposer l'Etat membre à un recours en manquement et en responsabilité pour violation du droit de l'Union⁵⁷⁷. L'absence d'effet direct horizontal d'une directive rend absolument nécessaire la transposition de celle-ci. L'impossibilité pour une victime d'invoquer une directive est particulièrement ennuyeux, surtout lorsqu'il s'agit d'infractions harmonisées qui sont rarement spontanément découvertes, comme le travail forcé, pour la cohérence globale d'un droit pénal qui a, très tôt dans son développement, fait de la garantie des droits des victimes et de leur place dans le procès pénal une priorité.

155. Conclusion du paragraphe – Dans les principaux domaines de l'action pénale de l'Union, les directives et les décisions-cadres imposent qu'il soit procédé à une transposition. En matière de rapprochement des infractions, de reconnaissance mutuelle des décisions répressives, de coopération judiciaire et policière, de garanties procédurales ou encore de droits des victimes, l'implémentation des normes pénales de l'Union Européenne par le législateur national n'est pas qu'une exigence des traités, mais de l'ensemble du droit institutionnel – écrit et jurisprudentiel. L'effet direct partiel des directives et l'obligation d'interprétation conforme ne peuvent que rarement garantir l'effectivité du droit pénal de l'ELSJ. Loin d'être une « anomalie » du système normatif de l'Union, le choix d'outils juridiques doté d'un tel régime juridique est une particularité du modèle unioniste, justifiée par l'objectif de réduire les différences entre les droits nationaux tout laissant la possibilité de conserver une cohérence législative et des spécificités nationales. La nécessité d'emprunter ainsi au système juridique des Etats membres ne tient pas qu'aux outils normatifs en vigueur. Elle se double d'un impératif lié à la méthode normative principale dans le domaine pénal : l'harmonisation des législations⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Une telle hypothèse répondrait sans nul doute aux conditions posées par la jurisprudence pour engager la responsabilité d'un Etat membre : 1/ la règle de droit violée doit avoir pour objet de conférer des droits aux particuliers, 2/ la violation doit être suffisamment caractérisée, un critère apprécié en fonction de divers éléments tels que le degré de clarté et de précision de la règle violée, l'étendue de la marge d'appréciation, le caractère intentionnel ou involontaire du manquement commis ou du préjudice causé, le caractère excusable ou inexcusable d'une éventuelle erreur de droit, les attitudes d'une institution communautaire ayant pu contribuer à la violation, 3/ l'existence d'un lien de causalité entre la violation de l'obligation incombant à l'Etat et le dommage subi par les personnes lésées.

Sur le principe de la responsabilité de l'Etat, pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables, inhérent au système juridique de l'Union : notamment CJCE, 19 nov. 1991, aff. jtes C-690 et C-9/90, *Francovich e.a.*, §35 ; 5 mars 1996, aff. jtes C-46/93 et C-48/93, *Brasserie du pêcheur et Factortame*, §31 ; 23 mai 1996, aff. 5/94, *Hedley Lomas*, §24 ; 8 oct. 1996, aff. jtes C-178/94, C-179/94 et C-188/94 à C-190/94, *Dillenkofer e.a.*, §20 ; 24 mars 2009, aff. C-445/06, *Danske Slagterier*, §19.

Sur l'engagement de la responsabilité de l'Etat membre pour non transposition d'une directive causant un préjudice aux particuliers : CJCE, 8 oct. 1996, aff. C-178/94, *Dillenkofer et a.*

⁵⁷⁸ L'autre méthode, la reconnaissance mutuelle, « secondaire » en termes d'ampleur de champ d'application, en revanche, pourrait parfaitement être mise en œuvre par voie réglementaire.

§2 – L'EMPRUNT LEGISLATIF IMPOSE PAR LA METHODE NORMATIVE :
L'HARMONISATION ET SES DECLINAISONS

156. *Du rapprochement des législations à l'harmonisation* – Les articles 82 et 83 TFUE usent du terme de « rapprochement des législations » et précisent qu'elle s'opère par l'établissement de règles minimales, ce qui est plus communément qualifié par le concept d'« harmonisation »⁵⁷⁹. Cette modalité de rapprochement des législations implique un impact normatif plus important que la coordination, mais moins que l'unification⁵⁸⁰. La coordination n'implique pas nécessairement de modifier le contenu des dispositions en vigueur, telles que ne le font pas les règles de conflits de lois⁵⁸¹. L'unification, comme l'harmonisation, agit substantiellement sur la norme, mais à un degré d'intégration, de systématisation supérieur, induisant la substitution d'une norme commune nouvelle⁵⁸².

157. *Les déclinaisons de l'harmonisation pénale et la nécessité d'une intervention du législateur national* - Mais derrière un vocable unique, la méthode qu'est l'harmonisation connaît plusieurs modalités⁵⁸³ : l'harmonisation minimale, maximale, totale, partielle, optionnelle, alternative, complète, ou encore détaillée⁵⁸⁴. Dans le champ pénal de l'Union, l'harmonisation s'entend de l'établissement de règles minimales⁵⁸⁵ ; elle est également, sous certains aspects, partielle, optionnelle, détaillée⁵⁸⁶ et au plus petit dénominateur commun. Certaines de ces déclinaisons sont normativement efficaces, c'est-à-dire qu'elles produisent par elles-mêmes l'effet

⁵⁷⁹ Faisant de même : WEYEMBREGH, A., *L'harmonisation des législations : conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Ed. de l'Univ. De Bruxelles, 2002, p. 35 ; GINDRE, E., précité, p. 110.

⁵⁸⁰ En ce sens : WEYEMBREGH, A., précité, p. 31-36.

⁵⁸¹ En ce sens : WEYEMBERGH, A., précité, p. 33 ; VAN DER ELST, R., *Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté européenne*, in : DE RIPAINSEL-LANDY, D., GERARD, A., LIMPENSMEINERTZHAGEN, A., *Les instruments de rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Ed. de l'Univ de Bruxelles, 1976, p. 5.

⁵⁸² En ce sens : WEYEMBERGH, A., précité, p. 34 ; CORNU, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, p. 803 ; DELMAS-MARTY, M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998, p. 106 et s. ; GINDRE, E., précité, p. 382.

⁵⁸³ Il a en outre été souligné que « l'harmonisation » qui renvoie aussi bien à un processus qu'à son résultat (M. Delmas-Marty, G. Guidicelli-Delage, E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Unité mixte de recherche en droit comparé, Société de législation comparée, Paris, Vol. 5, 2003, p. 375). Ainsi, pour le *Vocabulaire juridique* G. CORNU, l'harmonisation-processus est ce mode d'intégration juridique qui, en droit de l'Union européenne, emporte le transfert de compétence nationale aux institutions communautaires.

⁵⁸⁴ GINDRE, E., *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, LDGJ – La Varenne, 2009, p. 128 ; BARAV, A et PHILIP, C., *Dictionnaire juridique des Communautés européenne*, PUF, 1993, v° Harmonisation ; DINTILHAC, F., *Rapprochement des législations*, Rep. Droit européen, Dalloz, n°204 et s.

⁵⁸⁵ Art. 82, §2 et art. 83, §1 et 2, TFUE.

⁵⁸⁶ GINDRE, E., précité, p. 129.

recherche⁵⁸⁷ et dispensent, voir interdisent, que les législateurs nationaux apportent précisions et/ou complément (A). Cependant, les modalités les plus courantes de l'harmonisation pénale imposent l'intervention du législateur (B) ou, *a minima*, l'emprunt à la législation nationale préexistante (C).

A- L'HARMONISATION PENALE NORMATIVEMENT AUTONOME

158. *Harmonisation détaillée et droit pénal* - Déclinaison rencontrée essentiellement dans les domaines techniques du droit du marché intérieur⁵⁸⁸, l'« harmonisation détaillée consiste à préciser dans la directive l'ensemble des exigences en matière de sécurité ou de santé que doit remplir le produit pour pouvoir être mis sur le marché et bénéficier de la libre circulation sur l'ensemble du marché intérieur »⁵⁸⁹. Cette déclinaison de l'harmonisation met l'accent sur la qualité rédactionnelle des textes, ou autrement considéré, ne laisse aux Etats membres qu'une faible marge d'appréciation. Dans le domaine du droit pénal, l'harmonisation, même minimale, peut parfaitement être détaillée. Ainsi, en matière de faux-monnayage⁵⁹⁰ ou de cybercriminalité⁵⁹¹, les infractions sont décrites avec exhaustivité et précision, envisageant divers procédés ou méthodes pour leur réalisation⁵⁹². Cette modalité de l'harmonisation tend, par sa précision, à faire du législateur national un simple retranscripteur.

⁵⁸⁷ COMMAILLE, J., Effectivité, in ALLAND, D., et RIALS, S., Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993, 2^{ème} éd., pp. 219-220.

⁵⁸⁸ On peut, par exemple, citer le domaine des produits industriels, médicaments, denrées alimentaires, produits agricoles, cosmétiques, produits chimiques.

⁵⁸⁹ DINTILHAC, F., Rapprochement des législations, Rep. Droit européen, Dalloz, n°210.

⁵⁹⁰ Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, JOUE L 151 du 21 mai 2014.

⁵⁹¹ Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil JOUE L 218 du 14 août 2013.

⁵⁹² Le faux-monnayage couvre la fabrication par production originale ou altération, la mise en circulation, l'importation, l'exportation de fausse monnaie comme de vraie monnaie en violation des droits ou des conditions en vertu desquels les autorités compétentes peuvent émettre des pièces ou des billets. Il comprend également le fait de fabriquer, réceptionner, se procurer ou posséder soit tous procédés destinés par leur nature à la fabrication de fausse monnaie ou altération de monnaie (instruments, objets, programmes ou données informatiques, par exemple), soit tout élément servant à protéger la monnaie de la falsification (dispositifs de sécurité tels que les hologrammes et filigranes).

De même s'agissant de la cybercriminalité, sont successivement incriminés, de manière concentrique, d'une part, le simple accès illégal à tout ou partie d'un système d'information, en violation d'une mesure de sécurité mais indépendamment de tout résultat dommageable ou préjudiciable, d'autre part, l'atteinte portée à l'intégrité globale d'un système d'information, qui s'entend d'une perturbation ou d'un dysfonctionnement grave du système, selon différents modes opératoires couvrant l'éventail des logiciels et autres procédés malveillants, et enfin l'atteinte à l'intégrité des données, indifféremment du mode opératoire utilisé et de la nature de l'atteinte causée au système dans sa globalité. La directive érige également en infraction autonome un mode opératoire souvent utilisé dans un plan d'attaque informatique : l'interception de données qui couvre largement l'écoute, le contrôle, la surveillance ou l'obtention de transmission de données informatiques à destination. Enfin, la directive incrimine largement la fourniture des

159. Harmonisation totale, maximale, complète, exhaustive, et droit pénal - De leur côté, l'harmonisation totale, maximale ou encore complète⁵⁹³ se dispenseraient de transposition si elle n'étaient portées par une directive. L'harmonisation totale porte un contenu « concret et parfait »⁵⁹⁴ dictant la retranscription des règles communautaires dans les mêmes termes, sans pouvoir ni retrancher, ni ajouter des conditions ou des effets⁵⁹⁵. En conséquence, l'harmonisation totale relève également de la notion d'harmonisation complète et exhaustive, des points réglementés uniquement⁵⁹⁶, qui exclut que les Etats membres maintiennent ou introduisent des dispositions nationales autres que celles prévues⁵⁹⁷, sauf à ce que l'acte leur ménage des marges de manœuvre⁵⁹⁸. L'harmonisation totale est également nécessairement maximale, c'est-à-dire que sur le plan du degré de précision ou de la marge d'appréciation laissée aux législateurs nationaux, elle interdit d'adopter ou de maintenir des dispositions moins contraignantes ou protectrices⁵⁹⁹. Quoique l'harmonisation soit nécessairement portée par une directive, sur le plan de la normativité autonome, il n'y a guère de différence entre ces méthodes d'harmonisation et un règlement⁶⁰⁰. Cependant, de telles normes sont, en droit pénal européen, fortement minoritaires. En effet, l'harmonisation pénale étant, en vertu des traités, minimale, cela exclut, *a priori*, qu'elle puisse être totale ou maximale, complète ou exhaustive⁶⁰¹. Malgré cela, dans de rares hypothèses,

moyens et outils utilisés par les hackers : la production, la vente, l'obtention pour utilisation, l'importation, la diffusion ou d'autres formes de mise à disposition de programmes informatiques, principalement conçus ou adaptés pour permettre la commission des infractions précédemment définies, d'une part, ou d'un mot de passe, code d'accès ou des données permettant d'accéder à tout ou partie d'un système d'information, d'autre part. Afin de ne pas couvrir les faits qui auraient une finalité légitime, notamment tester la fiabilité de produits, l'incrimination exige un dol spécial qui est l'intention de commettre l'une des euros-cyber-infractions.

⁵⁹³ Quoiqu'il semble exister des différences (V. à ce sujet : DINTILHAC, F., Rapprochement des législations, Rep. Droit européen, Dalloz, n°204 et s.; ROCHFELD, J. Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne, D. 2009. 2047 ; GONZALES VAQUE, L., La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales : entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche de l'harmonisation complète, RDUE 2005. 785) celles-ci sont subtiles, voire incertaines, et rares sont les auteurs opérant des distinctions (Montchrestien, 2009, p. 320-321 ; ZOLYNSKI, Méthodes de transposition des directives communautaires. Etude à partir du droit d'auteur et des droits voisins, Dalloz, 2007 n°190, p. 141 ; REMY-CORLAY, P., La directive 2005/29 CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale, RTD civ. 2005. 746 ; Stuyck, J., Politique européenne de la consommation, JCL Europe – traité, fasc. 2000, n°25 et s. par exemple : DUBOUIS, L. et BLUMANN, C., Droit matériel de l'Union européenne, 5e éd., Montchrestien, 2009, p. 320-321 ; ZOLYNSKI, Méthodes de transposition des directives communautaires. Etude à partir du droit d'auteur et des droits voisins, Dalloz, 2007 n°190, p. 141 ; REMY-CORLAY, P., La directive 2005/29 CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale, RTD civ. 2005. 746 ; Stuyck, J., Politique européenne de la consommation, JCL Europe – traité, fasc. 2000, n°25 et s.).

⁵⁹⁴ PORTA, J., La réalisation du droit communautaire, LGDJ-Varennes, 2007, n°135 s., p. 105 s.

⁵⁹⁵ ROCHFELD, J. précité.

⁵⁹⁶ CJCE, 25 avr. 2002, González Sánchez, aff. C-183/00.

⁵⁹⁷ DINTILHAC, F., Rapprochement des législations, Rep. Droit européen, Dalloz, n°208.

⁵⁹⁸ CJCE, 6 nov. 2003, Lindqvist, aff. C-101/01.

⁵⁹⁹ GINDRE, E., précité, p. 128.

⁶⁰⁰ En ce sens : GAUTRON, J.-C., Droit européen, Dalloz, coll. Mémento, p. 166.

⁶⁰¹ En ce sens : CJCE, 22 juin 2000, Fornasar E.A., aff. C-318/98, §46 : en matière d'environnement, l'harmonisation minimale n'est pas complète puisque les États membres peuvent adopter des mesures de protection renforcées (l'anc. Art. 137, §2 TCE prévoyait l'adoption de « prescriptions minimales », l'actuel art. 193 TFUE n'évoque plus que la possibilité pour les Etats

même en matière pénale, et nonobstant les traités, l'effectivité du rapprochement des législations semble difficilement pouvoir se faire autrement que par une harmonisation réduisant considérablement la marge de transposition des Etats membres. En matière d'admissibilité des preuves, une harmonisation trop « minimale », insuffisamment complète ou détaillée risque de produire une harmonisation en trompe-l'œil, ne rapprochant nullement les législations et ne permettant pas d'améliorer la reconnaissance mutuelle et la coopération judiciaire. Et si l'on ne peut exclure que la Cour de Justice soit amenée à interpréter une directive ou une décision comme s'opposant à ce qu'une législation nationale maintienne ou introduise d'autres dispositions que celles prévues⁶⁰², il est difficilement envisageable qu'elle usera du qualificatif d'harmonisation complète ou exhaustive, compte tenu de la lettre du traité.

160. Cela étant, en matière d'harmonisation des infractions, il a longtemps été déploré un manque de précision, et une certaine atteinte au principe de légalité⁶⁰³. Néanmoins, on peut observer que « les incriminations rapprochées se sont faites au fil des ans de plus en plus précises, les préambules de plus en plus explicatifs, de sorte que, s'agissant des définitions des infractions en tout cas, on peut douter qu'il s'agisse là de règles minimales »⁶⁰⁴. Elles apparaissent désormais, pour la majorité, suffisamment précises pour satisfaire au principe de légalité, mais surtout aux exigences de l'effet direct⁶⁰⁵.

membres de prévoir des mesures de protection renforcées) sous la forme d'une définition plus large des notions (v. CJCE, 29 sept. 1999, Van Rooij, aff. C-231/97 ; 29 sept. 1999, Nederhoff, aff. C-232/97).

⁶⁰² Par exemple, le maintien de mentions nationales peut restreindre le champ d'application d'une infraction et être ainsi en deçà de l'exigence d'une directive.

⁶⁰³ Voir notamment : GINDRE, E., précité, pp. 284-285 ; WEYEMBERGH, A., L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions, précité, p. 264 ; PRADEL, J., CORSTENS, G., et VERMEULEN, G., Droit pénal européen, précité, p. 687-688.

⁶⁰⁴ REBUT, D., Le droit pénal et la procédure pénale saisis par l'Union européenne, *in* : GUINCHARD, S. et BUISSON, J. (dir.), Les transformations de la justice pénale – cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation, Dalloz, 2014, p. 101 ; dans le même sens : GINDRE, E., précité, p. 129.

⁶⁰⁵ On concèdera, en revanche, que la tentative et la complicité sont envisagées mais sans être définies. Par ailleurs, la nature pénale de la responsabilité des personnes morales n'est pas clairement précisée, alors même que les critères de son engagement sont précisément définis.

Ponctuellement également, des incriminations procèdent purement et simplement par renvoi à la législation nationale. Ainsi, la décision-cadre 2002/475/JAI, par exemple, définit les infractions terroristes par renvoi au droit national comme « les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national ».

161. Harmonisation alternative, droit pénal et impératif de transposition -

L'harmonisation alternative est celle qui laisse la possibilité aux Etats membres de choisir certaines modalités d'harmonisation. Cette méthode n'est pas fréquente. Il est parfois difficile pour les institutions législatives de s'accorder sur une version d'harmonisation, on comprend alors bien toutes les difficultés de s'accorder sur différentes versions⁶⁰⁶. En outre, l'harmonisation ayant pour objectif de réduire les différences entre les législations - quoiqu'elle tolère, par principe, qu'il en subsiste - cette modalité de la méthode normative augmente les distorsions restantes après l'harmonisation et apparaît donc peu productive. C'est sans doute pourquoi elle n'est pas fréquente mais peut néanmoins être illustrée par la décision-cadre « criminalité organisée »⁶⁰⁷ qui définit deux infractions que les Etats membres sont libres d'incriminer alternativement ou conjointement⁶⁰⁸. Le droit de l'Union laissant des options aux Etats membres, le législateur national ne peut être qu'un simple retranscripteur.

162. A côté de cette modalité peu fréquente mais appelant nécessairement l'intervention du législateur national, l'harmonisation pénale, telle qu'elle est envisagée par le traité, impose, si ce n'est l'intervention d'une loi nationale, *a minima* l'emprunt du droit pénal national.

⁶⁰⁶ En ce sens, GINDRE, E., précité.

⁶⁰⁷ Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée - JOUE L 300, 11 nov. 2008.

⁶⁰⁸ Art. 2 de la décision-cadre « Infractions relatives à la participation à une organisation criminelle » : Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que l'un des deux ou les deux types de comportements liés à une organisation criminelle décrits ci-après soi(en)t considéré(s) comme une (des) infraction(s):

a) le fait pour toute personne de participer activement, d'une manière intentionnelle et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation.

b) le fait pour toute personne de conclure avec une ou plusieurs personnes un accord visant à exercer une activité qui, si elle aboutit, reviendrait à commettre les infractions visées à l'article 1er, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité.

163. *L'harmonisation minimale et/ou facultative* – L'une des méthodes d'harmonisation dépendante de l'emprunt au droit national est l'harmonisation minimale qui implique la fixation de règles à l'égard desquelles l'Etat peut choisir de se montrer ou, plus généralement, de rester plus exigeant ou plus sévère⁶⁰⁹. Ce faisant, l'harmonisation minimale est, presque consubstantiellement, facultative dans la mesure où les législateurs nationaux ont, en principe, le choix d'adopter ou maintenir une législation plus exigeante ou de s'aligner sur les règles minimales unionistes. En droit pénal de l'Union européenne, l'harmonisation pénale est minimale ainsi que les articles 82, §2 et 83, §1 et §2, TFUE le prescrivent expressément. Plus spécifiquement, on rencontre également des dispositions d'harmonisation optionnelles, notamment en matière de sanctions complémentaires⁶¹⁰ et de personnes morales⁶¹¹ et de compétences⁶¹². Ces déclinaisons de l'harmonisation n'imposent pas systématiquement l'intervention du législateur. En effet, l'harmonisation des incriminations, même minimale, peut tout à fait être suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour être d'effet direct, lorsqu'elle est portée par une directive. En revanche, s'agissant du rapprochement des sanctions, le système du « seuil minimal de la peine maximale », qui n'est qu'un minima, comme la méthode de la

⁶⁰⁹ A noter que dans le cadre du marché intérieur, la Cour de Justice fait une distinction entre les mesures d'exécution plus sévères des exigences minimales prévues par la directive qui doivent respecter le principe communautaire de proportionnalité, et les mesures nationales de protection renforcée dépassant les exigences minimales prévues par la directive, pour lesquelles ce même principe ne trouve pas à s'appliquer (CJCE, 14 avr. 2005, Deponiezweckverband Eiterköpfe, aff. C-6/03, §63).

⁶¹⁰ Par exemple : art. 1, §2 de la décision-cadre 2002/946 « aide à l'immigration illégale » : « les sanctions visées au paragraphe 1 peuvent être accompagnées des mesures suivantes : la confiscation du moyen de transport ayant servi à commettre l'infraction, l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée l'activité professionnelle dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, l'expulsion ».

Voir également : art. 10 de la directive 2011/92 « exploitation sexuelle des enfants ».

⁶¹¹ « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'une personne morale déclarée responsable (...) soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales, et éventuellement d'autres sanctions, telles que/ notamment (...) » - Art. 8, §1, de la décision-cadre 2002/475 « infractions terroristes » ; Art. 3, §1 de la décision-cadre 2002/946 « aide à l'immigration illégale » ; art. 6, §1 de la décision-cadre 2008/841 « criminalité organisée » ; art. 6, §1 de la décision-cadre 2008/913 « racisme et xénophobie » ; art. 6, §1 de la directive 2011/36 « traite des êtres humains » ; art. 13, §1 de la directive 2011/92 « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 11, §1 de la directive 2013/40 « cybercriminalité » ; art. 9, §1 de la directive 2014/57 « abus de marchés » ; art. 7, §1 de la directive 2014/62 « protection pénale de l'euro ».

⁶¹² Outre l'obligation alternative de prévoir leur compétence territoriale ou personnelle active, les Etats membres peuvent étendre leur compétence à la compétence personnelle passive : Art. 9, §2, de la décision-cadre 2002/475 « infractions terroristes » ; Art. 4, §2 de la décision-cadre 2002/946 « aide à l'immigration illégale » ; art. 7, §2 de la décision-cadre 2008/841 « criminalité organisée » ; art. 9, §2 de la décision-cadre 2008/913 « racisme et xénophobie » ; art. 10, §2 de la directive 2011/36 « traite des êtres humains » ; art. 17, §2 de la directive 2011/92 « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 12, §2 de la directive 2013/40 « cybercriminalité » ; art. 10, §2 de la directive 2014/57 « abus de marchés » ; art. 8, §2 de la directive 2014/62 « protection pénale de l'euro ».

sanction « efficace, proportionnée et dissuasive »⁶¹³, se révèlent totalement inexploitable par le juge⁶¹⁴. En droit pénal de fond, donc, l'harmonisation minimale semble difficilement pouvoir se dispenser du recours, au moins partiellement, au législateur ou à la législation nationale.

164. L'harmonisation partielle – Seconde modalité dépendante de l'emprunt du système législatif national, l'harmonisation partielle signifie que le rapprochement ne portera que sur un/des aspects spécifiques du domaine considéré - les aspects non harmonisés relevant du droit national - en raison des difficultés politiques, de la complexité d'un domaine ou d'une approche progressive voulue par les institutions communautaires dans le but d'arriver éventuellement à une harmonisation complète⁶¹⁵. L'harmonisation pénale, minimale, relève de cette notion plus générale d'harmonisation partielle⁶¹⁶ puisque l'Union a procédé infraction par infraction⁶¹⁷ et, au-delà, que l'article 83 TFUE conditionne son champ d'application aux infractions particulièrement graves et revêtant une dimension transfrontière, par nature ou incidence, ou lorsqu'il est indispensable à la pleine effectivité d'une politique de l'Union de rapprocher des infractions⁶¹⁸. Autrement illustrée, l'harmonisation partielle est celle qui exige des Etats membres l'incrimination de la tentative, de la complicité ou encore de l'instigation, sans pour autant fixer la frontière entre les actes préparatoires et la tentative punissable, par exemple, ou les éléments constitutifs de la complicité, questions renvoyées au droit national⁶¹⁹. Cette modalité de l'harmonisation n'implique

⁶¹³ A considérer même que l'on puisse encore parler d'harmonisation des sanctions dans cette hypothèse. A notre connaissance, la Cour de justice a eu l'occasion de venir contrôler le respect, par les législations internes, de ce triptyque en droit communautaire *stricto sensu*.

⁶¹⁴ MORIN, M.-E., L'invocation du droit de l'Union devant le juge pénal, *Annales de droit de l'Union Européenne* 2012, Ed. Panthéon-Assas, 2012, p. 268.

⁶¹⁵ DINTILHAC, F., précité, n°245-248, citant comme exemple d'une harmonisation progressive en raison de la complexité de la matière l'harmonisation des contrôles phytosanitaires (CJCE, 2 mars 1983, Commission c/ Belgique, aff. 155/82 ; 29 févr. 1984, Rewe-Zentrale c/ Landwirtschaftskammer Rheinland, aff. 37/83), des contrôles sanitaires des aliments pour animaux (CJCE, 27 mars 1985, Denkavit Futtermittel c/ Land Nordrhein-Westfalen, aff. 73/84), des additifs dans les denrées alimentaires (CJCE, 5 févr. 1981, Ministère public c/ Kugelmann, aff. 108/80), les droits d'accises (CJCE, 17 juin 1999, Socridis, aff. C-166/98).

⁶¹⁶ En ce sens : CJCE, 13 déc. 1990, Pall, aff. C-238/89.

⁶¹⁷ En ce sens : GINDRE, E., précité, p. 129.

⁶¹⁸ De la même manière, en droit procédural, l'article 82, §2 TFUE n'autorise le rapprochement des législations qu'en matière d'admissibilité des preuves, de droit des personnes dans les procédures pénales, et de toute autre question qui serait « nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle ».

⁶¹⁹ Sur ce point, l'harmonisation partielle n'est pas sans évoquer la méthode « nouvelle approche » appliquée pour l'harmonisation des domaines techniques du marché intérieur, introduite par la résolution du Conseil du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (JOCE, n° C 136, 4 juin 1985). Selon cette méthode, le texte des directives fixe les seules exigences essentielles conditionnant la mise sur le marché des produits couverts ; les spécifications techniques sont fixées par la voie de la normalisation par des organismes européens spécialisés. Cela étant, la méthode « nouvelle approche », si elle externalise du processus législatif normal les aspects techniques de l'harmonisation, cette délégation de normalisation assure néanmoins l'harmonisation de législations, contrairement à l'harmonisation partielle qui, renvoyant aux droits nationaux, garantit des divergences de législations.

Contra : E. GINDRE rapproche l'harmonisation minimale de la méthode nouvelle approche en ce que les deux ne fixent que les grandes lignes (thèse précité pp. 128-129). Nous ne partageons pas exactement ce point de vue. Quoiqu'il ne soit pas erroné de

aucune appréciation quant au degré de précision ou à la marge d'appréciation laissée aux législateurs nationaux et n'est pas incompatible avec les exigences de précision, clarté et incondtionnalité nécessaires à l'effet direct. Elle impose en revanche le recours au droit national pour les questions non harmonisées.

165. En principe, donc, l'établissement de règles minimales, optionnelles ou partielles appellent, si ce n'est l'intervention du législateur, *a minima* le recours à la législation nationale, faute d'être exploitable, telles quelles, par le juge. En outre, en raison de la marge de transposition qu'elle laisse nécessairement aux Etats membres, le principe de sécurité juridique le recommande. Il en va différemment de l'harmonisation détaillée et maximale qui apparaît insusceptible de dispenser le législateur national d'agir. Cela étant, en matière d'harmonisation des infractions, il a longtemps été déploré un manque de précision, et une certaine atteinte au principe de légalité⁶²⁰. Néanmoins, on peut observer que « les incriminations rapprochées se sont faites au fil des ans de plus en plus précises, les préambules de plus en plus explicatifs, de sorte que, s'agissant des définitions des infractions en tout cas, on peut douter qu'il s'agisse là de règles minimales »⁶²¹. Elles apparaissent désormais, pour la majorité, suffisamment précises pour satisfaire au principe de légalité, mais surtout aux exigences de l'effet direct⁶²².

CONCLUSION DE LA SECTION

166. *De l'emprunt législatif à l'emprunt fonctionnel* - Si le droit pénal de l'ELSJ est un droit normativement autonome, son effectivité est hautement dépendante du système législatif des

relever que l'établissement des règles minimales, dans le champ du droit pénal, s'est souvent opéré par le biais de règles essentielles, de grandes lignes, le raccourci est réducteur. La spécificité de la fixation de règles minimales est de fixer un standard de base que les Etats membres peuvent dépasser, tel que l'est le seuil minimal de la peine maximale, mais cela n'est pas exclusif de ce que celles-ci soient relativement détaillées, ainsi que l'illustre l'échelle des peines du droit pénal de l'Union européenne (voir *infra*, n°629).

⁶²⁰ Voir notamment : GINDRE, E., précité, pp. 284-285 ; WEYEMBERGH, A., L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions, précité, p. 264 ; BEAUVAIS, P., Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union européenne, 2006 p. 288-290.

⁶²¹ REBUT, D., « Le droit pénal et la procédure pénale saisis par l'Union européenne », in GUINCHARD, S. et BUISSON, J. (dir.), les transformations de la justice pénale – cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation, Dalloz, 2014, p. 101 ; dans le même sens : GINDRE, E., précité, p. 129.

⁶²² On concèdera, en revanche, que la tentative et la complicité sont envisagées mais sans être définies. Par ailleurs, la nature pénale de la responsabilité des personnes morales n'est pas clairement précisée, alors même que les critères de son engagement sont précisément définis.

Ponctuellement également, des incriminations procèdent purement et simplement par renvoi à la législation nationale. Ainsi, la décision-cadre 2002/475/JAI, par exemple, définit les infractions terroristes par renvoi au droit national comme « les actes intentionnels visés aux points a) à i), tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national ».

Etats membres. Les outils juridiques et les méthodes normatives employés dans le champ pénal nécessitent bien souvent l'intervention du législateur national ou le recours à la législation nationale préexistante afin de garantir l'effectivité des normes adoptées. Ainsi, le système juridique de l'Union « descend » et englobe les systèmes juridiques de ses Etats membres. En ayant exposé la nécessité de cet emprunt législatif, il a néanmoins été mis en évidence l'autonomie normative de certaines dispositions, pouvant être directement appliquées, sous réserve que l'instrument qui les porte l'autorise également. Dès lors, l'effectivité du droit de l'Union sera moins assurée par l'intervention du législateur, alors réduit à un simple transcripteur, que par une autre forme d'emprunt du système juridique de l'Union à celui de ses Etats membres : l'emprunt fonctionnel.

SECTION 2 – L'EMPRUNT FONCTIONNEL GARANT DE L'EFFECTIVITE DU SYSTEME PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

167. *De l'édiction unioniste à l'exécution étatique* - L'effectivité du droit nécessite de garantir que, lorsqu'il est mis en œuvre, il soit véritablement et correctement mis en application, que sa formulation théorique emporte sa mise à exécution sans aucune distorsion de sa substance. Cette garantie se fait avant toute chose par l'appareil juridictionnel : c'est par la voix des juges que se manifeste l'effectivité d'un système juridique⁶²³. Cependant, dans la sphère pénale, l'effectivité du système passe également par l'appareil policier. En effet, Police et Justice sont deux sous-systèmes du système pénal⁶²⁴. Or, en vertu du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, la mise en œuvre du droit de l'Union repose sur les appareils étatiques. Il est ainsi classiquement entendu que le juge national est le juge communautaire de droit commun, garant de l'effectivité du droit, notamment pénal, de l'Union dès lors qu'il est son principal maître d'œuvre (§1). La sphère pénale permet de révéler un autre visage du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. Compte tenu de la place essentielle de l'appareil policier dans la

⁶²³ VAN DE KERCHOVE, M., Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal, publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005.

⁶²⁴ VERNEUIL, D., Fonctions et processus du système pénal ce qu'on en dit dans le public, *Déviante et Société*, 1981, vol. 5, n°3, p. 223-245.

mise en œuvre du droit pénal, l'autonomie institutionnelle et procédurale implique également un emprunt opérationnel aux systèmes répressifs des Etats membres (§2).

§1 - L'EMPRUNT JURIDICTIONNEL : LE JUGE NATIONAL, JUGE DU DROIT DE
L'UNION DE DROIT COMMUN

168. Quand « dire » c'est « punir »⁶²⁵ - En droit pénal, l'importance d'une proclamation juridictionnelle de la norme dépasse la seule considération de validité intrinsèque⁶²⁶. La fonction régaliennne qui est mise en œuvre à travers la justice pénale donne au jugement le sceau de l'autorité publique, de la société, une symbolique autrement plus essentielle qu'en matière civile que la sanction pénale se veut, se doit, classiquement, d'être afflictive et infamante. Son prononcé à lui seul, et avec lui la déclaration de culpabilité, participe grandement, si ce n'est essentiellement pour certains⁶²⁷, à l'infamie. Or, il est communément considéré que l'ordre juridique de l'Union n'inflige pas, par ses propres composantes, de sanctions pénales⁶²⁸. A ne considérer que le droit pénal de l'ELSJ, c'est on ne peut plus vrai. Est-ce à dire, alors, que le droit pénal de l'Union est virtuel ? Et partant, aussi ineffectif qu'inexistant ? Parce que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international (...) dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants »⁶²⁹, et « qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la CEE a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du traité, et qui s'impose à leurs juridictions »⁶³⁰, le

⁶²⁵ VAN DE KERCHOVE, M., *op. cit.*

⁶²⁶ Par opposition à la validité extrinsèque qui tient de l'origine de la norme, la norme fondamentale, sa légalité formelle.

⁶²⁷ Ainsi Montesquieu écrit-il : « dans les monarchies, où l'on est gouverné par l'honneur (...), les formalités mêmes des jugements sont des punitions. (...) dans les Etats modérés, (...) la plus grande peine d'une mauvaise action sera d'en être convaincu » (De l'esprit des lois, p. 90). Pour Bentham, « tous les maux qui dépendent de la sanction morale (...) peuvent être le résultat d'une sentence prononcée par le juge (Théorie des peines légales, p76). Certains, tels Feinberg, vont même jusqu'à estimer que la peine pourrait être « limitée » à un « rituel public (...) stigmatis[ant] sans infliger aucune autre souffrance au corps, à la famille, à la capacité créatrice » (FEINBERG, J., The expressive function of punishment, *in* : DUFF, R.-A. et GARLAND, D., « A reader of punishment », Oxford University Press, 1994, p.87. Pour d'autres, en revanche, une réprobation symbolique, fut-elle publique, est insuffisante: DUFF, R.-A., Alternatives to punishment – or alternative punishment ? » *in* : Retributivism and Its Critics, ed. par W. Cragg, Stuttgart, Franz Steiner, 1992 ; VON HIRSCH, A., Censure and sanctions, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 14 : a condemnatory response to injurious conduct (...) can be expressed either in a purely (or primarily) symbolic mode, or else, in one in which the reprobation is expressed through the visitation of hard treatment. The criminal sanction is a response of a latter kind. It is preferred to the purely symbolic response because of its supplementary role as a disincentive”).

⁶²⁸ Voir note n°28.

⁶²⁹ CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend and Loos, aff. 26/62, somm. §3.

⁶³⁰ CJCE, 15 juill. 1964, Costa c/ E.N.E.L., aff. 6/64.

juge national est le juge européen de droit commun⁶³¹ (A) disposant, à ce titre, d'une certaine autonomie (B).

A- LE JUGE NATIONAL, JUGE COMMUNAUTAIRE DE DROIT COMMUN

169. Une caractéristique du système juridique - Si le juge national est le juge du droit de l'Union de droit commun, ce n'est ni un « hasard », ni un résultat de fait, encore moins une « anomalie » du système unioniste. Le système juridique de l'Union est ainsi pensé, des propriétés des normes de l'Union (I) aux compétences limitées des juridictions de l'Union (II).

I- Le juge national, juge du droit de l'Union en raison des propriétés des normes de l'Union

170. Les principes « clés » - « Effet immédiat, effet direct, applicabilité directe, applicabilité immédiate du droit communautaire sont autant d'explications utilisées par la doctrine comme par la Cour de Justice de manières indifférentes »⁶³² pour expliquer, au-delà du seul principe de primauté, les raisons pour lesquelles le juge national doit appliquer le droit de l'Union. « Ces « métanormes », dont on pressent la centralité sans pouvoir toujours s'appuyer sur une terminologie parfaitement claire »⁶³³, représentent néanmoins des mécanismes précis qu'ils convient de distinguer dès lors que la combinaison des uns et des autres, ou des uns sans certains autres, déterminera les normes applicables. Ainsi, si le juge national est juge communautaire de droit commun, c'est d'abord en raison du principe d'intégration immédiate selon lequel le droit de l'Union intègre automatiquement le droit positif national (a). Pour autant, qu'une norme soit applicable ne signifie pas qu'elle puisse être appliquée. Ce sont les principes d'applicabilité directe et d'effet direct (b) qui le détermineront. Enfin, c'est en vertu du principe de primauté que le juge national est alors obligé d'appliquer le droit de l'Union et non son droit national (c).

⁶³¹ Expression fréquemment employée en doctrine et consacrée, plus tardivement, par le Tribunal : TPI, 22 déc. 1995, Danielsson, aff. T-219/95 (R) ; 10 juill. 1990, Tetra Pack, aff. T-51/89.

⁶³² KOVAR, R., *Ordre juridique communautaire, immédiateté du droit communautaire*, JCL Europe – Traité, fasc. 432, n°1. Dans le même sens : ISAAC, G., et BLANQUET, M., *Droit général de l'Union Européenne*, précité, p. 376 ; DUBOS, O., *les juridictions nationales, juges communautaires*, Dalloz, coll. nouv. bib. de thèses, 2001, p. 31 ; BLANQUET, M., *Effet direct du droit communautaire* : Rép. dr. communautaire, Dalloz, 2008, §6, p. 3 ; MEHDI, R., *Ordre juridique de l'union européenne - Effet direct*, JCI Europe – Traité, fasc. 195, 2013, n°2.

⁶³³ MEHDI, R., *op. cit.*

a) Le principe d'intégration immédiate

171. Définition - L'intégration, ou l'applicabilité, immédiate⁶³⁴, désigne l'aptitude du droit de l'Union à produire par lui-même les effets juridiques qui lui sont attachés sans l'interposition des droits nationaux, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire que sa réception ait été effectuée⁶³⁵. Sous sa dimension temporelle, en outre, l'immédiateté induit une application sans délai, instantanée, dès l'entrée en vigueur⁶³⁶. Toutefois, l'intégration immédiate est avant tout « une condition de validité, une propriété extrinsèque de la norme qui signifie que le droit de l'Union acquiert automatiquement le statut de droit positif dans l'ordre interne »⁶³⁷, « l'Etat ne peut rien faire pour [l']éviter »⁶³⁸. C'est une différence majeure du droit de l'Union avec le droit international classique, lequel nécessite un acte de réception dans l'ordre juridique interne⁶³⁹. Le principe d'immédiateté ne fait pas que rendre inutile tout acte de réception ou de transposition, elle l'interdit afin de ne pas dissimuler l'origine communautaire de l'acte⁶⁴⁰. En revanche, cela n'interdit pas l'adoption de normes nationales complémentaires lorsque l'acte n'est pas directement applicable ; un acte juridique valide n'est pas nécessairement à même de produire des effets⁶⁴¹.

172. Conséquences pour le juge – « L'immédiateté constitue l'élément déterminant de l'invocabilité du droit communautaire devant le juge national. Elle permet aux normes communautaires d'être valables par elles-mêmes dans l'ordre juridique des Etats membres, et donc d'être invoquées devant les juridictions nationales : l'immédiateté apparaît comme une propriété fondamentale de la norme communautaire »⁶⁴², de toutes les normes communautaires :

⁶³⁴ L'expression d'intégration immédiate est peu utilisée, la doctrine lui préférant généralement celle d'application immédiate. Néanmoins, elle apparaît plus expressive du mécanisme juridique qu'elle synthétise et limite les confusions entre applicabilité immédiate et directe. (v. ISAAC, G., et BLANQUET, M., *Droit général de l'Union Européenne*, Sirey, 10^{ème} édition, 2012, p. 371).

⁶³⁵ En ce sens : GAUTRON, J.-C., *Droit européen*, Dalloz, 9^{ème} édition, 1999, p. 178 ; KOVAR, R., *La contribution de la Cour de Justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire*, in *Collected courses of the Academy of European law*, vol. IV, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 55.

⁶³⁶ DEBARD, T., LE BAUT-FERRARESE, B. et NOURISSAT, C., *Dictionnaire du droit de l'Union Européenne*, v^o Immédiateté, Ellipse, 2002. Dans le même sens : ISAAC, G., *Droit communautaire général*, Armand Colin, 7^{ème} édition, p. 370.

⁶³⁷ ISAAC, G., *ibid.* Dans le même sens : DUBOS, O., précité, p.19, n^o17 ; SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, p. 241.

⁶³⁸ DE QUADROS, F., *Droit constitutionnel et administratif de l'Union Européenne*, Bruylant, p. 384.

⁶³⁹ Voir à ce propos : DUBOS, O., précité, p. 44.

⁶⁴⁰ CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77.

Sur la condamnation de l'Italie pour l'adoption de lois d'exécution des dispositions reproduisant plus ou moins textuellement les règlements communautaires : CJCE, 7 fév. 1973, Commission c/ Italie, aff. 39/72 ; 10 oct. 1973, Variola, aff. C-34/73.

⁶⁴¹ Voir infra, n^o174.

⁶⁴² DUBOS, O., précité, p. 51.

le droit primaire⁶⁴³, les règlements⁶⁴⁴ ou encore les directives. Pour ces dernières, d'ailleurs, l'incorporation immédiate au droit positif interne est notamment ce qui justifie que la transposition – acte d'exécution et non de réception⁶⁴⁵ - n'est nécessaire que si le droit national n'est pas conforme aux prescriptions de la directive⁶⁴⁶ et qui permet de faire peser sur le juge national l'obligation d'interprétation conforme avant l'expiration du délai de transposition, ou en dehors des mesures de transposition⁶⁴⁷.

173. Si le principe d'intégration immédiate permet de savoir que le droit communautaire fait partie du droit applicable par les juridictions nationales, il ne permet pas pour autant de déterminer si elles peuvent être effectivement appliquées. L'effet et l'applicabilité directs entrent alors en jeu.

b) Les principes d'effet et d'applicabilité directs

174. Définitions - En énonçant, dès 1963, que l'effet direct consiste « à conférer des droits individuels que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder »⁶⁴⁸, la Cour de Justice avait déjà, avec toute le synthétisme possible, exposé l'effet direct dans son ensemble : il « signifie que les règles du droit communautaire doivent déployer la plénitude de leurs effets, d'une manière uniforme (...), à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité »⁶⁴⁹. L'effet direct a trois aspects : la création directe de droits, dont les particuliers peuvent se prévaloir⁶⁵⁰, et que le juge a l'obligation de garantir⁶⁵¹. C'est une propriété

⁶⁴³ La Cour considère notamment que la réception des traités fondateurs dans certains ordres juridiques n'a pas transformé le droit communautaire, qui doit être appliqué en tant que tel et non en tant que droit national (CJCE, ord., 22 juin 1965, San Michele, aff. 9/65). Subséquemment, par exemple, l'acte d'adhésion du Royaume-Uni a écarté la procédure de transformation ayant normalement cours dans son ordre juridique (art. 2, §1 de l'European Communities Act du 17 oct. 1972). Par la suite, encore, les Etats adhérents ont presque tous adapté leur constitution (ISAAC, G., Droit général de l'Union Européenne, précité, p. 373).

⁶⁴⁴ CJCE, Variola, précité, ; 2 fév. 1977, Amsterdam Bulb, aff. 50/76, §4 (si la Cour se réfère à l'applicabilité directe, elle s'appuie en revanche sur les propriétés de l'applicabilité immédiate).

⁶⁴⁵ GAUTRON, J.-C./, Droit européen, Dalloz, coll. Mémento, 14^{ème} éd., pp. 165-166.

⁶⁴⁶ Ce qui suppose que le droit interne existant assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise (v. CJCE, 9 avril 1987, Commission c/ Italie, aff. 363/85 ; 30 mai 1991, Commission c/ Allemagne, aff. C-361/88 et C-59/89 ; 19 sept. 1996, Commission c/ Grèce, aff. C-326/95). Au regard de ces exigences, la Cour de Justice admet rarement « l'harmonisation préexistante » (PORTA, J., La réalisation du droit communautaire, LGDJ – La Varenne, 2007, p. 133).

⁶⁴⁷ 13 nov 1990, Marleasing SA c/ La Comercial Internacional de alimentacion SA, aff. C-106/89, §8.

En ce sens : GAUTRON, J.-C., précité, p. 166.

⁶⁴⁸ CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62, somm. §5.

⁶⁴⁹ CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, précité, §§14-18.

⁶⁵⁰ GAUTRON, J.-C., Droit européen, Dalloz, coll. Mémentos, 14^{ème} édition, p. 200 ; MONJAL, P.-Y., Termes juridiques européens, v° Effet direct, Gualino éditeurs, 2005.

intrinsèque⁶⁵², un élément d'invocabilité et non de validité, une capacité conditionnelle attachée à la qualité de la norme⁶⁵³, déterminée par un contenu matériel⁶⁵⁴ - la création de droits. Dans l'ombre de l'effet direct, l'applicabilité directe signifie que la norme européenne ne nécessite aucune norme nationale complémentaire⁶⁵⁵, ou, encore autrement dit, qu'elle soit claire, précise et inconditionnelle⁶⁵⁶. Elle s'inscrit également dans le registre des exigences de l'exécution⁶⁵⁷. L'applicabilité directe et l'effet direct ne sont pas parfaitement assimilables⁶⁵⁸ : toute norme directement applicable, c'est-à-dire qui n'a pas besoin d'être complétée, crée nécessairement des droits en faveur des particuliers⁶⁵⁹ ; à l'inverse, toute norme à effet direct n'est pas nécessairement directement applicable.

175. Normes concernées – Les normes à effet et applicabilité directs s'identifient donc au cas par cas. Seules certaines dispositions des traités sont concernées⁶⁶⁰, telles que les articles 101 et 102 TFUE en matière de concurrence⁶⁶¹, ou l'article 21 TFUE relatif à liberté de circulation et de séjour dans le cadre de la citoyenneté européenne⁶⁶². Du côté du droit dérivé, les règlements ont

⁶⁵¹ ISAAC, G., et BLANQUET, M., *Droit général de l'Union Européenne*, précité p. 375.

⁶⁵² DUBOS, O., précité, p. 31.

⁶⁵³ MONJAL, P.-Y., précité.

⁶⁵⁴ GAUTRON, J.-C., *Le droit directement applicable dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, *Annuaire fr. dr. int.*, 1974, p. 905, spé. p. 910.

⁶⁵⁵ DUBOS, O., précité, id. ; GAUTRON, J.-C., précité ; PORTA, précité, p. 135.

⁶⁵⁶ Notamment : CJCE, 5 avr. 1979, *Ministère public c/ Ratti*, aff. 148/78 ; 4 mars 1999, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI)*, aff. C-258/97.

Les critères de clarté et précision se confondent grandement, de sorte que les deux ne sont pas systématiquement évoqués (BLUMANN, C., et DUBOIS, L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, coll. Manuel, 2013, p. 539). La précision s'entend de l'énoncé d'une obligation dans des termes non équivoques (Conclusions de l'av. gén. COLOMER, présentées le 24 avril 2004 dans l'affaire C-397/01 à 403/01, *Pfeiffer e.a.*, §51). L'inconditionnalité signifie que l'application de la disposition en cause ne doit être subordonnée à aucune mesure ultérieure comportant un pouvoir discrétionnaire soit des organes de l'Union, soit des Etats membres, soit des uns et des autres, qui ferait écran entre elle et le particulier (ISAAC, G., et BLANQUET, M., *Droit général de l'Union Européenne*, précité, p. 379). L'existence d'un pouvoir discrétionnaire est l'élément le plus important ; une disposition prescrivant l'application du droit national ou prévoyant l'adoption de mesures nationales sans marge de décision (obligation d'interdire, de supprimer telle ou telle norme, etc.) n'affecte pas l'effet direct d'une disposition (respectivement : CJCE, 21 juin 1974, *Reyners c/ Belgique*, aff. 2/74 ; 16 juin 1966, *Lütticke c/ Hauptzollamt de Sarrelouis*, aff. 57/65).

⁶⁵⁷ MEHDI, R., *Ordre juridique de l'union européenne - Effet direct*, JCI Europe – *Traité*, fasc. 195, 2013, n°5.

⁶⁵⁸ Distinguant les deux concepts : DE QUADROS, F., *Droit constitutionnel et administratif de l'Union Européenne*, Bruylant, 2011, pp. 384 – 386 s.

Plus nombreux sont les auteurs qui jumellent les deux : LECOURT, R., *L'Europe des juges* : Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 248 ; MEHDI, R., précité, n°13 ; VAN RAPENBUSCH, S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, 2009, p. 491 ; PORTA, J., *La réalisation du droit communautaire*, LGDJ – LaVarennes, 2011, p. 135.

⁶⁵⁹ En ce sens : GAUTRON, J.-C., *Droit européen*, Dalloz, coll. Mementos, 14^{ème} édition, p. 200.

⁶⁶⁰ Certaines dispositions des traités ne produisent qu'un effet direct vertical, prescrivant la suppression ou la prohibition de mesures étatiques dont les Etats membres ne peuvent se prévaloir à l'encontre d'un particulier : art. 34 et 35 TFUE ; art. 37 TFUE, 110 TFUE. D'autres, trop générales dans leur formulation, ne confèrent aucun droit aux individus et sont donc dépourvues d'effet direct : art. 2 CE, devenu art. 3 TUE (CJCE, 24 janv. 1991, *Alsthom Atlantique*, aff. C-339/89), 13 CE, devenu 19 TFUE (TPICE, 28 oct. 2004, *Lutz Herrera c/ Comm.*, aff. jtes T-219/02 à T-337/02, §89).

⁶⁶¹ CJCE, 6 avr. 1962, *Bosch*, aff. 13/61 ; 30 janv. 1974, *BRT c/ SABAM I*, aff. 127/73 ; 10 janv. 1985, *Leclerc c/ Au blé vert*, aff. 229/83.

⁶⁶² CJCE, 17 sept. 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, §§80-96, spéc. §94.

longtemps été considérés comme automatiquement dotés de l'effet direct⁶⁶³ ; les formulations de la Cour de Justice liant applicabilité directe et effet direct⁶⁶⁴. Mais, récemment, la Cour est revenue sur cette position, esquisant une nouvelle catégorie de règlements : les règlements incomplets ou imparfaits, requérant des mesures d'exécutions nationales, et donc dénués d'effet direct⁶⁶⁵, faute d'être directement applicables. Il en va ainsi de l'article 5 du règlement 2988/95 relatif à la fraude aux intérêts financiers qui « ne détermine pas précisément laquelle des sanctions énumérées (...) devrait être appliquée (...) ni la catégorie d'acteurs devant faire l'objet d'une telle sanction dans un tel cas »⁶⁶⁶. *A contrario*, l'article 3, §1 qui fixe le délai de prescription, en revanche, « ne laisse aucune marge d'appréciation aux États membres ni n'appelle de leur part l'adoption de mesures d'exécution »⁶⁶⁷. Enfin, les directives, comme les décisions, se sont vues attribuées un effet direct partiel et conditionné, déjà évoqué, ne prenant effet qu'à l'échéance de la période de transposition, sous réserve d'être claire, précises et inconditionnelles⁶⁶⁸.

176. Les trois principes évoqués déterminent l'invocabilité du droit de l'Union devant le juge national, lesquels s'insèrent alors dans le *corpus* normatif dont il dispose pour prendre ses décisions. Entre alors en jeu le principe de primauté qui, dépassant la seule applicabilité du droit de l'Union par le juge national, impose son application effective.

c) Le principe de primauté

177. Définition - Pour autant qu'il ne soit ni prévu, ni défini par les traités⁶⁶⁹, la signification du principe de primauté est largement entendue⁶⁷⁰ : en cas de conflit de normes⁶⁷¹, le droit de l'Union

⁶⁶³ CJCE, 27 sept. 1979, Eridania, aff. C-230/78.

⁶⁶⁴ En ce sens : CJCE, 14 déc. 1971, Politi, aff. 43/71, §9 : « Aux termes de l'article 189, al. 2, du traité, le règlement « a une portée générale » et « est directement applicable dans tout Etat membre » ; que des lors, en raison de sa nature même et de sa fonction dans le système des sources du droit communautaire, il produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger ».

⁶⁶⁵ CJCE, 11 janv. 2001, Monte Arcosu Srl, aff. C-403/98 ; 28 oct. 2010, Belgisch Interventie en Restitutiebureau, aff. C-367/09.

⁶⁶⁶ CJCE, 28 oct. 2010, SGS Belgium e.a., aff. C-367/09, §§29 à 43, spéc. §§35, 36 et 43.

⁶⁶⁷ CJCE, 24 juin 2004, Herbert Handlaouer GmbH, aff. C-278/02, §27.

⁶⁶⁸ Voir supra, n°174 et 175.

⁶⁶⁹ Déjà perceptible dans l'arrêt Van Gend and Loos, il fut solennellement affirmé dans l'arrêt Costa c/ E.N.E.L du 15 juill. 1964, aff. 6/64 : « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ».

⁶⁷⁰ Voir pour de plus amples développements sur le principe de primauté, notamment : DUBOS, O., précité, p. 51 et s. ; CHEVALIER, B., La primauté et l'effet direct du droit communautaire, les développements de la jurisprudence récente, Bull. d'informations de la Cour de cassation, 2005, n°624 p. 1-11 ; RITLENG, D., Le principe de primauté du droit de l'Union,

prime le droit national⁶⁷², qu'il s'agisse du droit primaire⁶⁷³, dérivé⁶⁷⁴ ou encore des principes généraux⁶⁷⁵.

178. Conséquences pour le juge national – Les conséquences de la primauté du droit de l'Union sur l'office du juge ont été explicitées par la Cour de Justice dans l'arrêt *Simmenthal* : « le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »⁶⁷⁶. Le principe de primauté participe aussi bien à l'effet d'exclusion⁶⁷⁷, d'interprétation conforme, que de substitution⁶⁷⁸, selon les autres principes applicables à la norme considérée. En présence d'une norme directement applicable et dotée de l'effet direct, la primauté commande l'éviction⁶⁷⁹ et la substitution de la norme européenne à la norme nationale⁶⁸⁰. En présence d'une norme directement applicable mais dépourvue de l'effet direct, la primauté commande l'éviction de la norme nationale incompatible avec le droit de l'Union et l'interprétation conforme⁶⁸¹.

RTD eur., 2005-2, pp. 285-303 ; RUPONT-LASSALLE, J., La primauté du droit de l'Union européenne, socle des droits des justiciables, RUE, 2013-1, p. 99-119.

⁶⁷¹ La précision n'est pas anodine : le principe de primauté est une règle de résolution de conflit de normes. Il ne signifie pas la primauté du droit de l'Union sur l'ensemble du droit national.

⁶⁷² CJCE, 15 juill. 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6/64.

⁶⁷³ Pour l'affirmation de la primauté des traités institutionnels (en droit français) : Cass., Mixte, 24 mai 1975, n°73-13556 (« Jacques Vabre »).

Pour l'affirmation des traités d'adhésion : CJCE : et en droit français, par ex : Cass., crim., 15 mars 2011, 10-81510 (en raison de l'adhésion de la Pologne en 2004, toutes les restrictions à l'accès au marché du travail pour les ressortissants polonais ont été levées au 1er juillet 2008, de sorte que l'infraction d'emploi de travailleurs, polonais donc, non munis d'une autorisation de travail n'était plus punissable).

⁶⁷⁴ Sur la primauté des directives : notamment : CJCE 12 sept. 2000 *Geffroy*, C-366/98.

Sur la primauté des règlements, en droit français : notamment : Cass., crim., 22 oct. 1970, n°69-90850 (relaxe d'un importateur de vins italiens, en violation d'une loi française de 1941, par la conformité de l'importation effectuée à un règlement communautaire).

⁶⁷⁵ A propos du principe primauté, en droit français, par ex. : Cass. Mixte, 7 juill. 2017, n°15-25651.

⁶⁷⁶ CJCE, *Simmenthal*, précité, §24.

⁶⁷⁷ C'est-à-dire écarter purement et simplement l'application de la norme nationale non conforme au droit de l'Union.

⁶⁷⁸ C'est-à-dire appliquer la norme communautaire en lieu et place de la norme nationale lorsque celle-ci n'est pas conforme ou qu'il n'y en a pas.

⁶⁷⁹ CJCE, *Simmenthal*, précité, §17.

Pour un exemple récent et en lien avec le champ pénal : CJCE, 6 déc. 2011, *Achughbabian*, aff. C-329/11 et, par ex : Cass. Civ. 1, 5 juill. 2012, n°11-19.250 et 11-30.530 (neutralisation de l'incrimination de la peine d'emprisonnement pour séjour irrégulier).

⁶⁸⁰ Par ex : Cass. Civ. 1, 5 juill. 2012, n°11-30371.

⁶⁸¹ GAUTRON, J.-C., *Droit européen*, précité, pp. 203 et 204 ; DUBOS, O., précité, p. 51.

La primauté commande également un effet de réparation, lorsqu'un justiciable a subi un préjudice du fait de la non application du droit de l'Union. Toutefois, cet effet ne nous concerne pas directement.

179. Immédiatement applicables, parfois directement applicables, primant le droit interne en toutes circonstances, le juge national n'a pas seulement la faculté de connaître des outils juridiques et normes communautaires ; il est le « juge de droit commun du droit de l'Union »⁶⁸², y compris et surtout en matière pénale. En effet, le système juridique de l'Union n'octroie que des compétences d'attributions à ces juridictions laissant l'essentiel du contentieux pénal aux mains du juge national.

II- Le juge national, juge du droit de l'Union en raison des compétences d'attribution des juridictions de l'Union

180. *Les compétences d'attribution des juridictions de l'Union* – Les traités n'ont jamais attribué aux juges de l'Union que des compétences dites « d'attribution », c'est-à-dire des compétences spécifiquement déterminées et en dehors desquelles c'est le juge national qui sera compétent⁶⁸³, même s'agissant des « litiges auxquels l'Union est partie »⁶⁸⁴. Pour autant, les juges de l'Union remplissent divers rôles qui leur « confèrent un statut complexe, irréductible à toute transposition analogique classique »⁶⁸⁵. En veillant à la répartition des compétences, au respect des procédures législatives adéquates⁶⁸⁶, en se prononçant sur la compatibilité d'un accord international avec les traités⁶⁸⁷ ou sur l'interprétation de ceux-ci⁶⁸⁸, les fonctions de la Cour de Justice la rapprochent alors d'une cour constitutionnelle⁶⁸⁹. Ayant compétence en matière de litige entre les Etats membres⁶⁹⁰ ou contre un Etat membre pour non-respect de ses obligations découlant des traités⁶⁹¹, la Cour remplit des fonctions de juridiction internationale⁶⁹². Elle est

⁶⁸² Notamment : VAN REAPENBUSH, S., Droit institutionnel de l'Union Européenne », p. 329.

⁶⁸³ CJCE, 14 juill. 1998, Glasoltherm c/ Commission, aff. C-399/97; §6 ; 25 juill. 2002, Union de Pequenos Agricultores c/ Conseil, aff. C-50/00P, §44.

⁶⁸⁴ En ce sens, art. 274, TFUE.

⁶⁸⁵ SIMON, D., le système juridique communautaire, PUF, coll. Droit international, 200, p. 309.

⁶⁸⁶ Recours en annulation : art. 263, TFUE ; exception d'illégalité : art. 277, TFUE.

⁶⁸⁷ Art. 218, §11, TFUE.

⁶⁸⁸ Art. 267, TFUE – compétence exclusive de la CJ. Dans le même sens, art. 19, al. 1, TFUE.

⁶⁸⁹ En ce sens : SIMON, D., précité, p. 309 ; PICOD, F., Cour de Justice : composition, organisation, compétences, JCL Europe – Traité, Fasc. 265, 2013, n°102.

⁶⁹⁰ Art. 273 TFUE. A ce jour, aucun recours de cette nature n'a jamais été intenté.

⁶⁹¹ Tel, en particulier, le recours en manquement (art. 258 à 260 TFUE).

⁶⁹² En ce sens : SIMON, D., le système juridique communautaire, PUF, coll. Droit international, 2001, p. 309 ; PICOD, F., précité, n°106 ; TIZZANO, A., Notes sur le rôle de la Cour de Justice de l'Union Européenne, *in* : De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins - Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi, Bruylant, 2013, p. 223.

également « juge du droit », à l'image des cours suprêmes nationales⁶⁹³, dans le cadre des recours contre les décisions du Tribunal⁶⁹⁴. L'ensemble de ses fonctions peuvent parfaitement avoir un objet relevant du champ pénal. La Cour est indiscutablement juge constitutionnel du droit pénal lorsqu'elle interprète une norme pénale de l'Union européenne. Rien ne s'oppose à ce que les juridictions de l'Union soit « juge pénal », pour peu que les sanctions qu'elles sont autorisés à infliger soient considérées comme étant de nature pénale. En revanche, à l'évidence, elles ne sont pas les juridictions de droit commun de l'Union ; elles n'ont ni la compétence, ni les moyens, pour connaître de la justice pénale ainsi qu'elle est couramment entendue. Savoir si ces compétences limitées sont les pendants des principes de spécialité et d'administration indirecte qui donnent corps et cohérence à l'ensemble du droit de l'Union ou l'inverse importe peu. En tout état de cause, le droit pénal édicté par l'Union, euro-infractions et reconnaissance mutuelle, principalement, est porté devant les juridictions pénales nationales ; faute, pour les juges de l'Union de pouvoir en connaître au-delà du renvoi préjudiciel.

181. Mais l'intérêt du présent développement n'est pas uniquement d'assoir l'affirmation selon laquelle le juge national est le juge de droit commun du droit (pénal) de l'Union. La limitation matérielle des compétences des juridictions de l'Union fait surtout du juge national un juge très autonome du droit (pénal) de l'Union.

B- LE JUGE NATIONAL, JUGE COMMUNAUTAIRE AUTONOME

182. *Le juge national, le droit de l'Union et la neutralisation du droit pénal national* – L'office communautaire du juge pénal national n'a pas attendu que l'Union acquiert une quelconque compétence en matière pénale. Le pendant du principe de primauté, le principe de coopération loyale, a contraint le juge pénal national à laisser inappliquées ses propres lois pénales

⁶⁹³ En ce sens : TIZZANO, A., précité, p. 224.

⁶⁹⁴ Sur la compétence du Tribunal en matière de recours contre les décisions de sanctions : art. 261 TFUE.

Sur les compétences de la Cour en matière de recours contre les décisions du Tribunal, notamment celles relatives à des sanctions : art. 256, §1er, al. 2, TFUE et 56 à 61 du Statut de la Cour de justice ; Art. 256, §2, al. 2, TFUE et art. 62 à 62 *ter* du Statut de la Cour de justice pour le réexamen des décisions rendues en deuxième instance par le Tribunal présentant un risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union. Les réexamens sont peut fréquents et non automatiques : CJUE, 17 déc. 2009, réexamen §c/ EMEA, aff. C-197/09 RX-II ; 28 févr. 2013, Arango Jaramillo et a. c/ BEI, aff. C-334/12 RX-II ; 19 sept. 2013, Commission. c/ Strack, aff. C-579/12 RX-II. Rejet d'une demande : CJUE, 8 févr. 2011, aff. C-17/11 RX.

En revanche, les juridictions de l'Union sont incompétentes pour annuler une décision nationale (CJCE, ord., 5 oct. 1983, Konstantinos Antonios Chatzidakis Nevas c/ Caisse des juristes à Athènes et la décision du Conseil d'Etat grec, aff. 142/83 ; 17 déc. 1986, Belkacem c/ Allemagne, aff. C-276/86, §3).

incompatibles avec le droit de l'Union. Ce que l'on nomme l'effet « négatif »⁶⁹⁵, l'effet « neutralisant »⁶⁹⁶ ou encore l'effet « abrogatif »⁶⁹⁷ du droit de l'Union sur le droit pénal ne retiendra cependant pas l'attention de la présente recherche. Ce mécanisme est une manifestation en miroir de l'existence du système pénal de l'Union. A ne considérer que le sort juridictionnel des normes pénales édictées par l'Union, le juge national n'est pas instrumentalisé par le système juridique de l'Union. L'emprunt des systèmes juridictionnels nationaux dominé par le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale (I) confère au juge national une autonomie décisionnelle lui permettant de malmener le droit pénal de l'Union (II).

I- L'autonomie institutionnelle et procédurale du juge national

183. *Principe d'autonomie procédurale et juridictionnelle*⁶⁹⁸ – Formulé par le Professeur RIDEAU, le principe d'autonomie procédurale et institutionnelle signifie que « les organes compétents, les procédures à utiliser pour la mise en œuvre du droit communautaire sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques »⁶⁹⁹. « L'autonomie institutionnelle entraîne l'adaptation de l'appareil étatique aux besoins de l'exécution du droit communautaire, tandis que l'autonomie procédurale implique la mobilisation de l'appareil étatique aux mêmes fins »⁷⁰⁰. Bien que la terminologie « autonomie institutionnelle et procédurale » n'apparaisse pas dans la jurisprudence, son existence ne fait aucun doute⁷⁰¹. Le principe est présent dans de nombreuses décisions de la Cour de Justice⁷⁰² dès lors qu'il découle de l'article 4, §3 TFUE qui charge les Etats membres de prendre « toute mesure générale ou particulière propre à assurer

⁶⁹⁵ PRADEL, J., CORSTENS, G., VERMULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, 2009, p. 677 et s., n°630 et s.

⁶⁹⁶ MANACORDA, S., Le contrôle des clauses d'ordre public : la « logique combinatoire » de l'encadrement du droit pénal, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.), Cour de justice et justice pénale en Europe, société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris, vol. 19, 2010, p. 57.

⁶⁹⁷ BIGAY, J., droit communautaire et droit pénal, RTD eur. 1972, p. 727 ; GASSIN, R., Incriminations pénales et marché commun, in : Mélanges Jauffret, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p. 21 ; GUINCHARD, S., Application de la convention européenne par le juge judiciaire, Europe, Hors série octobre 1999, p. 18.

⁶⁹⁸ Dénommé par certains auteurs comme « principe d'administration indirecte » (BLUMANN, C. et DUBOIS, L., Droit institutionnel de l'Union Européenne, LexisNexis, 2012, p. 495 et s.) et par d'autres, « loi de subsidiarité juridictionnelle » (SIMON, D., Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?, AJDA 1993. 235, spéc. 240).

⁶⁹⁹ RIDEAU, J., Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire, Annuaire, fr. dr. int. 1972, p. 885.

⁷⁰⁰ NEFRAMI, E., L'exercice en commun des compétences illustré par le devoir de loyauté, in : MONJAL, P.-Y., NEFRAMI, E., Le "commun" dans l'Union européenne, Bruylant, 2009, p. 179-201.

⁷⁰¹ DUBOS, O., précité, p. 240.

⁷⁰² RIDEAU, J., Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, p. 799 et s.

En effet, voir, par exemple : CJCE, 11 Février 1971 Deutsches Vieh und Fleischkontor, aff. 39-70, §4 (autonomie procédurale) ; TPI, 19 mars 1998, Gerard Van der Wald c/ Commission, aff. T-83/96, §47.

l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union», et qui constitue une obligation de résultat et non de moyen⁷⁰³. Ce principe découle également du principe de spécialité, en vertu duquel l'Union n'est pas plénipotentiaire mais n'a que les compétences qui lui ont été attribuées. Or, « le traité n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national »⁷⁰⁴. Et « si la Cour rappelle le principe de l'autonomie institutionnelle, elle souligne aussi que cette autonomie est à la fois résiduelle et subordonnée : résiduelle puisque les Etats ne peuvent agir que pour autant que le droit communautaire n'en a pas disposé autrement ; subordonnée, puisqu'alors même que les institutions communautaires ne sont pas intervenues, les Etats sont tenus d'assurer l'efficacité du droit communautaire »⁷⁰⁵. Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale est donc un « principe » moins dans le sens d'une règle à valeur particulière, tels que le sont les « principes généraux du droit », que dans celui d'une règle de base, susceptibles de connaître des exceptions⁷⁰⁶. Celui-ci s'accompagne de, ou offre, une autonomie décisionnelle pour le juge national.

II- L'autonomie décisionnelle du juge national

184. *Nature des rapports entre juridictions de l'Union et nationales* - « Si les juridictions nationales doivent être considérées comme étant aussi des juridictions communautaires, elles doivent l'être toujours : soit qu'elles violent occasionnellement le traité, soit que, systématiquement, elles n'en tiennent pas compte »⁷⁰⁷. Après tout, les juridictions nationales font parfois des applications discutables, et discutées, de leur droit interne, de source non-unioniste. Bien que l'on puisse ne pas s'en réjouir, c'est précisément parce que le juge national est le juge communautaire de droit commun que des distorsions du droit de l'Union peuvent ponctuellement s'observer en jurisprudence nationale. En effet, il n'existe pas de réel rapport hiérarchique entre les juridictions de l'Union et celles des Etats membres. Les rapports entre

⁷⁰³ Conclusions av. gén. ROMER, sous CJCE, 7 mars 1972, Marimex, aff. 84/71; SIMON, D., les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ?, in Mélanges BOULOUIS, l'Europe et le droit, 1991, p. 485.

⁷⁰⁴ CJCE, 7 juill. 1981, Rewe Handelsgesellschaft Nord, aff. 158/80.

⁷⁰⁵ KOVAR, R., Compétences des Communautés européennes, J.-Cl Europe – Traité, Fasc. 420.

⁷⁰⁶ En ce sens : De QUADRO, F., Droit constitutionnel et administratif de l'Union Européenne, Bruylant, 2009, p. 466, qui le qualifie de principe à valeur relative ; DUBOS, O., précité, p. 251 et s. ; NEFRAMI, E., précité.

⁷⁰⁷ CAHIER, P., les art. 169 et 171 TCE à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour, Cah. Dr. eur. 1974, p. 8.

celles-ci s'inscrivent dans le registre de la coopération ou de la collaboration et non dans celui de la subordination : « les juges nationaux sont moins des consommateurs de la jurisprudence produite à Luxembourg que les coproducteurs de l'ordre juridique européen »⁷⁰⁸. La Cour de Justice, de son côté, est dépendante des réponses de ses interlocuteurs en termes de déflection, prise de parole et loyauté⁷⁰⁹. L'autorité naturelle de la Cour de Justice sur les juridictions étatiques est indirecte, procédant de sa compétence exclusive pour interpréter le droit de l'Union et de l'autorité de choses jugées des arrêts en interprétation⁷¹⁰, d'une part, et par l'instrumentalisation du recours en manquement aux fins de la sanction des manquements judiciaires, d'autre part⁷¹¹. Les exemples sont peu nombreux, cela dit⁷¹².

185. Les résistances des juges nationaux à l'application du droit de l'Union : illustration⁷¹³ - Les interprétations ou applications difformes du droit de l'Union par les juridictions internes sont donc possible. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 7 juin 2011⁷¹⁴, la chambre criminelle fit une libre (in)application des dispositions relatives à l'interception des télécommunications de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire entre États membres de l'Union européenne⁷¹⁵. Elle n'estima pas nécessaire de notifier l'interception d'une télécommunication à l'Etat de son émission, réception ou transit⁷¹⁶, bien que la convention l'exige⁷¹⁷, en opérant une distinction que la convention ne fait pas - selon la nationalité des

⁷⁰⁸ BARANI, L., L'Europe des cours : entre résistances et loyautés nationales face à la Cour de Justice des Communautés Européennes, in, BRIBOSIA, E., SCHEECK, L., et UBEDA DE TORRES, A. (dir.), L'Europe des Cours : loyautés et résistances, Bruylant, 2010, p. 96.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, p. 97 – sur les changements d'attitude de la Cour de Justice confrontée à des résistances des juges nationaux, voir spéc. pp. 103 et s.

⁷¹⁰ « un arrêt par lequel la Cour statue à titre préjudiciel (...) tranche, avec autorité de la chose jugée, une ou plusieurs questions de droit communautaire et lie le juge national pour la solution du litige au principal » (CJCE, 5 mars 1986, Wunsche c/ Allemagen, aff. 69/85, §13).

⁷¹¹ En ce sens : DUBOS, O., précité, pp. 637 et s. - étant précisé qu'à la date où l'auteur écrit, le recours en manquement aux fins d'un contrôle indirect des juridictions nationales n'a jamais été utilisé, celui-ci n'en évoque que la possibilité.

La Cour de Justice n'étant pas une juridiction supérieure à celles nationales, c'est par le truchement d'une défaillance législative ou réglementaire que la Cour de Justice sanctionne l'Etat qui n'a pas mis les juridictions nationales en mesure d'interpréter conformément le droit national au droit de l'Union, et seulement lorsque le manquement judiciaire est récurrent.

⁷¹² CJCE, 9 décembre 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00.

⁷¹³ Pour d'autres illustrations, voir par exemple : WEYEMBERGH, A. et RICCI, V., Les interactions dans le secteur de la coopération judiciaire : le mandat d'arrêt européen, in : GUIDICELLI-DLEAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.), Cour de Justice et Justice pénale en Europe, Société de législation comparée, 2010, pp. 229-233 ; BARANI, L., précité.

⁷¹⁴ Cass, Crim., 7 juin 2011, n°11-81.702 ; RSC 2012 p. 433, chron. AUBERT B.

⁷¹⁵ Acte du Conseil du 29 mai 2000 établissant, conformément à l'article 34 TUE, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne – texte de la convention en annexe de la décision.

⁷¹⁶ Pour la chambre criminelle de la Cour de cassation, les réquisitions exclusivement adressées à des opérateurs français et les conversations interceptées en France n'appelaient pas l'application de la convention, quand bien même le transit sur le territoire français induisait un échange transnational de télécommunications et l'application de la convention. La solution ne devrait pouvoir prospérer compte tenu de ce que la directive « décision d'enquête européenne » se substitue aux dispositions litigieuses de la convention et sera d'effet direct à compter du 22 mai 2017, date limite de transposition.

⁷¹⁷ Art. 20 de la convention.

opérateurs concernés et du lieu d'interception. L'interprétation et la solution sont plus que discutables⁷¹⁸. La juste application du droit européen a cédé, ici, devant les impératifs de la répression⁷¹⁹. Surtout, cette décision illustre, certes de manière peu satisfaisante, l'autonomie décisionnelle du juge national, véritable juge communautaire.

186. Conclusion du paragraphe - En toute rigueur, les juridictions de l'Union incluent non seulement les juridictions instituées par les traités - la Cour de Justice, le Tribunal de l'Union et le Tribunal de la fonction publique - mais englobe également l'ensemble des instances juridictionnelles des Etats membres connaissant du droit de l'Union⁷²⁰. Dans le respect de la convention de langage, cependant, l'expression « juridictions de l'Union » continuera de désigner les juridictions instituées par les traités. Et si le juge pénal national est le juge du droit pénal de l'Union de droit commun, ce n'est pas à dire que les juridictions de l'Union n'ont aucune compétence en matière pénale. La Cour de Justice est, en tant que juge de l'interprétation et de la validité du droit de l'Union, juge du droit pénal de l'Union⁷²¹. En outre, il sera ultérieurement démontré que les juridictions de l'Union sont également des juges pénaux de fond, prononçant des sanctions de nature pénale⁷²². Les juridictions de l'Union ne sont, simplement, pas des juridictions spécialisées dans le domaine pénal, ainsi que le sont les juges pénaux nationaux. Cet aspect du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union trouve, dans le domaine pénal, un écho particulier dans la préservation de l'autonomie judiciaire et policière des Etats membres. En effet, la répression pénale, dans l'enceinte européenne, repose exclusivement sur les bras répressifs des Etats membres.

⁷¹⁸ Aussi est-il souligné que la Cour aurait à minima dû poser une question préjudicielle ; AUBERT B., *op. cit.*

⁷¹⁹ Cette solution a ainsi sauvé le dossier. Les auditions faites ultérieurement en garde-à-vue ont été annulées, faute pour les gardés-à-vue de s'être vus notifié leur droit au silence, les télécommunications interceptées devenaient ainsi la pierre angulaire des charges. Sur cette partie de l'arrêt : RENUCCI J.-F., RSC 2012, p. 902.

⁷²⁰ En ce sens : SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, PUF, coll. Droit international, 2001, p. 303.

⁷²¹ L'article 267 TFUE s'applique désormais au droit de l'ELSJ. La réserve que constituait l'article 10, §1 du protocole n°36 sur les dispositions transitoires maintenant les effets de l'ancien article 35 TUE pour les actes adoptés et relevant antérieurement du troisième pilier a expiré le 1er décembre 2014.

⁷²² Voir infra, n°309 et s.

§2 - L'EMPRUNT OPERATIONNEL : L'ABSENCE DE BRAS REPRESSIF DE L'UNION EUROPEENNE

187. *Droit de punir vs pouvoir de punir* - L'Union produisant des normes, créant des infractions, prévoyant des modalités de répression, les traités ont porté atteinte au droit de punir des Etats membres. Pour autant, ils n'ont pas été dépossédés de leur pouvoir de punir⁷²³. En effet, l'effectivité de la répression pénale dans l'Union Européenne repose sur les unités nationales (A). Et si le droit de la coopération judiciaire et policière entre Etats membres a vu naître diverses structures opérationnelles, celles-ci n'ont ni vocation à, ni fonction de se substituer aux autorités nationales compétentes dans l'exercice du pouvoir de punir (B), ce que la perspective d'institution d'un Parquet européen ne met que partiellement en cause (C).

A- LE PRINCIPE DE LA COMPETENCE OPERATIONNELLE PENALE ETATIQUE

188. *Le principe et sa portée* – L'article 72 TFUE, reprenant les anciens articles 64 TCE et 33 TUE, dispose que « le présent titre ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure ». De manière cohérente, l'article 4, §2, TUE énonce que la sécurité intérieure est de la responsabilité de chaque Etat membre. Réservant l'exclusivité de ces compétences aux Etats membres, les traités interdisent non seulement à l'Union d'agir en ce domaine, mais ils déchargent également l'Union de toute responsabilité en la matière dont seuls les Etats peuvent être amenés à avoir à répondre, devant la Cour EDH comme devant les instances de l'Union⁷²⁴. De manière cohérente, en outre, on remarquera que les motifs tirés du maintien de l'ordre public et de la sauvegarde de la sécurité intérieure font partie des motifs traditionnels pouvant justifier des limitations aux libertés de circulation du marché intérieur⁷²⁵. Ceci dit, la compréhension de ces dispositions ne doit pas être hâtive. D'une part, l'article 72 mentionne « le présent titre », ce qui

⁷²³ SOTIS, C., « Criminaliser sans punir » - Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne, RSC 2010 p. 773.

⁷²⁴ L'art.7 TUE prévoit la surveillance en cas de risque et la sanction des Etats membres en cas de violation grave et persistante des valeurs de l'Union, dont font partie les droits fondamentaux. L'art. 276 TFUE exclut toute compétence de la Cour de Justice pour « pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure » « dans l'exercice de ses attributions concernant les dispositions des chapitres 4 et 5 du titre V, de la troisième partie, relatives à l'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

⁷²⁵ Voir, en particulier, art. 36, 45 et 52, TFUE.

sous-entend : tel qu'il existe actuellement. En conséquence, cela n'interdit, ni ne présage d'aucune évolution future. En outre, le « présent titre » s'entend du potentiel évolutif qu'il comporte déjà, notamment la possibilité de créer un Parquet européen, d'attribuer des compétences opérationnelles à Eurojust ou encore à Europol. D'autre part, si les articles 72 TFUE et 4 TUE réservent la responsabilité des opérations devant maintenir la « sécurité intérieure » et « l'ordre public », il s'agit là de concepts qui, faute d'être définis, permettent bien des interprétations, notamment de ce qui y porte atteinte.

189. En l'état du droit de l'Union, c'est donc dans le respect de ce principe de compétence opérationnelle étatique qu'ont été mis en place les acteurs, organes et autres structures institués depuis le traité d'Amsterdam sur le fondement du troisième pilier.

B- LES FAUX SEMBLANT D'UN EMBRYON D'ORGANISATION PENALE EUROPEENNE

190. *Des structures de soutien opérationnel* - Souvent présentés comme les précurseurs d'une justice pénale européenne⁷²⁶, les acteurs (I), comme les structures (II), compétents dans le domaine de la justice pénale et institués par l'Union depuis le traité d'Amsterdam « are more dealing with co-operation and co-ordination (...) but they have no objective of deciding on supranational level over national competent bodies »⁷²⁷. Ainsi, les différentes structures de soutien opérationnel sont au service des justices pénales des États membres, maitresses de la répression des infractions sur le territoire de l'Union.

⁷²⁶ En ce sens, notamment : GINDRE, E., précité, p. 388 ; FALL, N. Vers un système européen de justice pénale, th. Dactyl, Nice, 2007 ; TAUPIAC-NOUVEL, G., Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne, LGDJ – La Varenne, 2011, p. 437 et s. ; CLERGERIE, J.-L., Europol ou l'amorce d'une police fédérale de l'Union européenne ? *in* : Mélanges en l'honneur de G. ISSAC, 50 ans de droit communautaire, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 333. ; FLORE, D., D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale, *in* DE KERCHOVE, G. et WEYEMBREGH, A. (dir.), L'espace pénal européen : enjeux et perspectives, Ed. de l'Univ. De Bruxelles, 2002, p. 13.

⁷²⁷ NILSSON, H., Proliferation or concentration of the actors in the JHA area ? *in* : De KERVOCHE, G., et WEYEMBERG, A. (dir.) L'espace penal européen : enjeux et perspectives, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 67.

I- Les structures communes

191. *Les structures communes au service des justices pénales nationales* - Les structures communes illustrent un dépassement de l'entraide classique dans la mesure où elles sont instituées de manière permanente, régies par un instrument juridique de l'Union et applicables à l'ensemble des Etats membres. Cependant, elles demeurent plus empruntées de coopération que d'intégration. Le facteur humain et leurs fonctions gravitent autour de la dimension étatique, qu'il s'agisse des structures n'ayant pour objet que de créer des points de contact entre des autorités compétentes en matière pénale de différents Etats membres (a) ou des structures d'actions communes (b).

a) Les structures de rapprochement des systèmes pénaux nationaux

192. *Les magistrats de liaison* - L'action commune adoptée le 22 avril 1996⁷²⁸ a consacré une expérience née de la pratique⁷²⁹ « pour l'envoi ou l'échange de magistrats ou de fonctionnaires particulièrement experts en procédures de coopération judiciaire, dénommés « magistrats de liaison », entre États membres, sur la base d'arrangements bilatéraux ou multilatéraux »⁷³⁰. Leur fonction première est « de favoriser et d'accélérer, notamment par l'établissement de contacts directs avec les services compétents et avec les autorités judiciaires de l'État d'accueil, toutes les formes de coopération judiciaire en matière pénale et, le cas échéant, civile »⁷³¹. Ils permettent également à leur État d'origine d'accéder et de maîtriser les éléments de législation interne d'un autre État (droit substantiel, mais également dispositions procédurales). Nonobstant l'existence d'un acte juridique de l'Union, ou le fait qu'ils constituent des maillons importants dans la mise en place d'un esprit de coopération internationale et d'échange européen⁷³², ils ne sont bien que de magistrats nationaux faisant office d'« interface entre deux systèmes et deux pays »⁷³³.

⁷²⁸ Action commune 96/277/JAI, du 22 avril 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, JOUE L 105, 27 avr.. 1996.

⁷²⁹ En effet, en 1993 afin d'améliorer la coopération judiciaire entre l'Italie et la France dans le cadre de l'action contre la criminalité organisée mafieuse et le terrorisme, la France envoya à Rome un magistrat afin qu'il s'assure, au sein même du ministère de la Justice italien, de la bonne exécution des commissions rogatoires internationales françaises adressées aux autorités judiciaires italiennes.

⁷³⁰ Art. 1^{er} de l'action commune.

⁷³¹ Art. 2 de l'action commune.

⁷³² En ce sens : VUELTA S., Les nouveaux acteurs de la coopération pénale européenne, LPA n°13, 2005. 4 s. - BARBE, E., Le point sur dix années d'existence des magistrats de liaison, Obs. Bruxelles déc. 2003. 12 s.

⁷³³ VUELTA, S., précité.

193. *Les officiers de liaison* - Institués quelques mois plus tard⁷³⁴, les officiers de liaison sont, à l'image des magistrats de liaison, les représentants d'un État membre envoyés par une autorité répressive dans un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales pour établir et entretenir des contacts en vue de contribuer à prévenir ou à élucider des infractions pénales⁷³⁵. Ils ont vocation à faciliter et accélérer la collecte et l'échange d'informations qui peuvent être utiles pour lutter contre les formes graves de criminalité transfrontière, y compris celles permettant d'acquérir une meilleure connaissance des systèmes juridiques et des méthodes opérationnelles applicables dans les pays ou les organisations internationales considérés. Ils exercent leurs fonctions dans le cadre de leurs attributions en vertu de leur droit national et, le cas échéant, dans le respect des accords éventuellement conclus avec les États d'accueil ou les organisations internationales⁷³⁶. Comme les magistrats de liaison, les officiers de liaison mettent en relation les systèmes policiers des États membres sans une quelconque attribution de nature supranationale.

194. *Le réseau judiciaire européen* – Dernier né des structures de rapprochement des systèmes pénaux, le réseau judiciaire européen⁷³⁷ s'est voulu une amélioration de la mise en place des magistrats de liaison par la création d'un réseau institutionnalisé reliant des experts nationaux en matière de coopération pénale internationale - les « points de contact » - chargés de faciliter la coopération judiciaire entre les États membres⁷³⁸, notamment en s'informant des demandes d'entraide anciennes et en souffrance ou en recueillant des renseignements lorsque la coopération policière est en échec⁷³⁹. Le réseau est doté d'un secrétariat qui met à disposition des points de contact et des autorités judiciaires compétentes sur un site internet⁷⁴⁰ : les coordonnées et compétences des points de contact de chaque État membre, un outil informatique permettant de

⁷³⁴ Action commune 96/602/JAI du 14 octobre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant un cadre d'orientation commun pour les initiatives des États membres en matière d'officiers de liaison (JOUE L 268 du 19 oct. 1996), abrogée par la décision 2003/170/JAI du Conseil du 27 février 2003 relative à l'utilisation commune des officiers de liaison détachés par les autorités répressives des États membres (JO L 067, 12 mars 2003) telle que modifiée par la décision 2006/560/JAI du Conseil du 24 juillet 2006.

⁷³⁵ Art. 1^{er} de la décision.

⁷³⁶ Art. 2 de la décision.

⁷³⁷ Action commune 98/428/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen (JOUE L 191 du 7 juill. 1998) abrogée et remplacée par la décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 déc. 2008 concernant le réseau judiciaire européen, JOUE n°L 348, 24 déc. 2008 - BEAUVAIS, P., Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen, Dr. pén. 2010, n°9, étude 18.

⁷³⁸ Art. 4 de la décision.

⁷³⁹ VUELTA, S., précité.

⁷⁴⁰ <http://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn/> - Qui met à disposition beaucoup d'informations au grand public. Seules les coordonnées des points de contact dont l'accès est protégé par le recours à des identifiants.

déterminer l'autorité d'un autre État membre compétente pour recevoir et exécuter une demande de coopération judiciaire ou de reconnaissance mutuelle, des informations concernant les systèmes judiciaires et procéduraux des États membres, et, enfin, les textes pertinents telles que les conventions en vigueur⁷⁴¹. Ce n'est, là encore, qu'une structure de mise en relation des informations, nombreuses et variées.

195. La création de structures de rapprochement des systèmes pénaux apparue rapidement insuffisante. Ce genre de mesures de « macro-coopération » fut complété par des mesures de « micro-coopération »⁷⁴² permettant une coopération de terrain, à plus petite échelle, mettant directement en interaction des hommes et non plus des institutions.

b) Les structures d'action commune

196. *Structure d'action commune : présentation* - Mettant en commun des hommes et des moyens au service d'une action collective transnationale, les structures d'action commune constituent un dépassement de la coopération traditionnelle. La remise en cause de la souveraineté et de la territorialité pénale nationale n'est que partielle⁷⁴³. Là encore, le droit pénal de l'Union ne dépasse pas les États membres de leur monopole répressif. Il ne s'efforce que de favoriser l'action conjointe.

197. *Les équipes communes d'enquête*⁷⁴⁴ - Les équipes communes d'enquête sont des structures temporaires et spéciales, créées pour une durée limitée et une affaire déterminée. Elles sont réservées aux investigations difficiles, concernant plusieurs États membres, et qui impliquent la mobilisation d'importants moyens et/ou exigent une action coordonnée et concertée, et un

⁷⁴¹ Art. 7 de la décision.

⁷⁴² Ces notions de « macro-coopération » et « micro-coopération » sont dérivées de l'opposition entre la macroéconomie et de la microéconomie qui distingue l'étude des phénomènes économiques de grande échelle, comme le chômage, la croissance, l'inflation, le PIB (macroéconomie) de celle des phénomènes individuels des agents économiques (micro économique) dans l'idée que la clé des comportements collectifs et phénomènes globaux se trouve dans les comportements individuels.

⁷⁴³ BEAUVAIS, P., Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen, Dr. pén. 2010, n°9, étude 18.

⁷⁴⁴ Lors du Conseil européen de Tampere en 1999, les États membres s'étaient engagés à adopter, sans délai, le cadre juridique nécessaire à la mise en place d'équipes d'enquête ayant vocation à se déployer sur le territoire de plusieurs États, ce que concrétisa la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000 (Art. 13 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne). Cependant, le retard avec lequel certains États membres ratifiaient - ou plutôt, n'avaient toujours pas ratifié - la convention incita le Conseil, en juin 2002, à adopter une décision-cadre imposant aux États de prendre les mesures nécessaires pour qu'à compter du 1er janvier 2003 des équipes communes d'enquête puissent être constituées (Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative aux équipes communes d'enquête, JOUE L 162 du 20 juin 2002).

partage des moyens⁷⁴⁵, tel qu'en matière de terrorisme⁷⁴⁶, par exemple. Manifestant un dépassement de la simple coopération policière, la territorialité pénale, difficilement compatible avec l'idée d'un service d'enquête centralisé parfaitement intégré, demeure toutefois très prégnante. En effet, toute « commune » que soit l'équipe d'enquête, elle est dirigée par un des représentants de l'autorité compétente de l'Etat sur le territoire duquel l'équipe intervient⁷⁴⁷ et est soumise au respect du droit de cet Etat⁷⁴⁸. De même, s'agissant des agents « détachés »⁷⁴⁹, leur fonction de relai pour les actes d'enquêtes devant être menés dans leur propre Etat ou pour l'échange d'informations disponibles dans leur Etat, et leur soumission aux règles statutaires et procédurales nationales⁷⁵⁰, expriment aussi bien l'essence coopérative que la gravité nationale des équipes communes d'enquête.

198. *Les patrouilles communes* – Dans la continuité des équipes communes d'enquête, il fut prévu la possibilité pour les autorités compétentes désignées par les États membres de mettre en place des patrouilles communes⁷⁵¹ aux fins du maintien de l'ordre et de la sécurité publique ainsi que de la prévention des infractions pénales⁷⁵². La dynamique de coopération est dominante et la place des institutions de l'Union réduite. En effet, le secrétariat général du Conseil n'intervient que comme interface, centralisant les points de contact désignés par chaque Etat membre⁷⁵³, qu'il tient à jour et à disposition des autorités nationales compétentes pour la mise en place d'une opération ou patrouille commune⁷⁵⁴. Le déroulement d'une opération commune est déterminé par les autorités compétentes de chaque Etat membre. L'accord devant, en particulier, fixer les attributions que les fonctionnaires des États membres d'origine peuvent exercer dans l'Etat membre d'accueil pendant l'opération⁷⁵⁵.

⁷⁴⁵ Art. 1er, §1 de la décision-cadre.

⁷⁴⁶ Art. 3 de la décision 2005/671/JAI relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes.

⁷⁴⁷ Art. 1, §3 de la décision-cadre.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ C'est-à-dire les membres de l'équipe commune d'enquête provenant d'États membres autres que celui sur le territoire duquel l'équipe intervient.

⁷⁵⁰ Art. 1, §4 à 9 de la décision-cadre.

⁷⁵¹ Art. 17 de la décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière (JOUE L 210 du 06 août 2008).

⁷⁵² *Ibid.*, §1.

⁷⁵³ Chaque État membre peut préciser ses procédures pour l'organisation de patrouilles communes ou d'autres opérations conjointes, ses procédures à l'égard des initiatives des autres États membres, ainsi que d'autres aspects pratiques, et les modalités opérationnelles applicables à ces opérations.

⁷⁵⁴ Art.17 de la décision 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière (JOUE L 210 du 06 août 2008).

⁷⁵⁵ *Ibid.*

199. Aucune de ces structures ne sont des corps européens de magistrats ou de forces de l'ordre. Elles ne font que favoriser la coopération entre les autorités compétentes nationales, sans spolier les compétences étatiques en matière de police ou de justice. Il en va de même des organes partiellement centralisés créés par l'Union.

II- Les acteurs de la coopération pénale

200. *Les acteurs de la coopération pénale : présentation générale* – On distinguera les acteurs des structures de la coopération par l'attribution de la personnalité juridique ainsi que par le fait d'être dotés de services centraux dépassant un simple service administratif, tel que l'est le secrétariat du Réseau judiciaire européen. Et s'ils sont bien des « acteurs », c'est-à-dire des personnes morales qui agissent plus qu'elles ne permettent les interactions, Europol et Eurojust ne sont bien que des acteurs de la coopération pénale entre Etats membres.

201. *Europol* – Le besoin d'instituer une structure de coopération policière est né d'un double constat : celui de la nécessité d'adopter « des mesures compensatoires » appropriées à la suppression des frontières économiques et humaines et celui des insuffisances des structures déjà existantes, en particulier Interpol, « discrédité à cause de son gigantisme, de la fiabilité douteuse de certains de ses membres (notamment d'Europe orientale et d'Asie), des restrictions statutaires à son engagement dans la lutte contre le terrorisme et, d'une manière générale, par une vocation insuffisamment opérationnelle »⁷⁵⁶. Désormais régies par un règlement⁷⁵⁷ et mentionnées dans le

⁷⁵⁶ ISAAC, Le nouvel office européen de la police, LPA 113, 7 juin 2000. Dans le même sens : CASTELLA, C., Souveraineté de l'Etat et droit de punir, thèse dactyl. Toulouse 1, 2009, p 117 ; BRUGGELAN, W., Europol et Interpol, in : De KERVOICHE, G. et WEYEMBREG, A., Vers un espace judiciaire pénal européen, Ed de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 97 ; MASSE, M., Le point de vue français, in : TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., La justice pénale et l'Europe, 1996, p. 388.

⁷⁵⁷ 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) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI (JOUE L 135 du 24 mai 2016). Il a été précédé de l'Unité-Drogue-Europol (Action commune 95/73/JAI, du 10 mars 1995, concernant l'unité "Drogues" Europol (JOUE L 62 du 20 mars 1995) telle que modifiée par l'action commune du 16 décembre 1996 (JOUE L 342/4 du 31 déc. 1996), spécialisé dans la lutte contre le trafic de stupéfiants et crée en prélude dans l'attente de l'entrée en vigueur et de la mise en fonctionnement de l'Office tel qu'issu de la convention du 26 juillet 1995 (Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police (JOCE, n°C 316, 27 nov. 1995), entrée en vigueur le 1er juillet 1999 – ISAAC, Le nouvel office européen de la police, LPA 113, 7 juin 2000. - GAUTHIER, La genèse d'Europol, in Institut des hautes études de la sécurité intérieure, LECLERC [dir.], La criminalité organisée, 1996, La documentation française, p. 244 s.) et dernièrement modifiée par la décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avr. 2009 (JOUE L 15 mai 2009 - ROLAND, G et BUYSENS, E., La transformation d'Europol en agence de l'Union ; Regards sur un nouveau cadre juridique, RMCUE, 2009, p. 83 et s.).

TFUE⁷⁵⁸, la structure et les missions de l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) n'en font jamais qu'une structure d'essence coopérative à centre de gravité nationale. Tout d'abord, sa structure hybride ne masque pas que l'unité de référence reste l'officier national : à la branche « européenne », composée d'agents propres d'Europol assimilables à des fonctionnaires européens⁷⁵⁹, s'ajoute une branche « nationale » composée, d'une part, des officiers de liaison détachés par les États membres⁷⁶⁰, et d'autre part, des unités nationales, créés ou désignées dans chaque Etat membre et faisant l'intermédiaire entre Europol et les services nationaux compétents⁷⁶¹. Ensuite, les missions d'Europol confirment que ses forces créatrices se sont employées à ne pas porter atteinte à la souveraineté pénale nationale. En effet, Europol est d'abord « une interface »⁷⁶² entre les Etats membres concernant l'information policière, l'analyse de renseignements, et la coordination opérationnelle⁷⁶³. L'extension de ses compétences opérée par la décision 2009/371 n'a pas fondamentalement modifié ce rôle de « fourniture de services »⁷⁶⁴ aux forces de police nationales. Il reste dépourvu de pouvoir répressif autonome⁷⁶⁵ : Europol ne peut que demander l'ouverture d'enquêtes aux autorités nationales, lesquelles restent pleinement souveraines dans la décision d'y donner suite⁷⁶⁶. Et si l'Office peut désormais participer aux équipes communes d'enquête, structures de « mise en commun des hommes »⁷⁶⁷, il ne peut que lui « prêter son concours »⁷⁶⁸. En somme, Europol n'est pas, par sa structure et son fonctionnement, un organe d'entraide judiciaire classique, il n'est pas non plus un organe de justice pénale supranationale. « Son rôle, aussi important soit-il, se limite à améliorer l'efficacité des services compétents des Etats membres et leur coopération »⁷⁶⁹. Il en va de même d'Eurojust, intéressé par la dimension judiciaire.

⁷⁵⁸ Art. 88, TFUE.

⁷⁵⁹ Pont 59 du 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) – JOUE L 135 du 24 mai 2016.

⁷⁶⁰ Art. 8 du règlement « Europol ».

⁷⁶¹ Art. 7 du règlement « Europol ».

⁷⁶² CASTELLA, C., *Souveraineté de l'Etat et droit de punir*, thèse dactyl. Toulouse 1, 2009, p 118.

⁷⁶³ Art. 3, §1, de la convention Europol, remplacé par l'art. 5, §1 de la décision 2009/371, remplacé par l'art. 4, §1, 2 et 4 du règlement « Europol ». Dans le même sens, art. 88, §2, a) TFUE.

⁷⁶⁴ FLORE, D., *D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale*, in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBREGH, A. (dir.), *L'espace pénal européen : enjeux et perspectives*, Ed. de l'Univ. De Bruxelles, 2002, p. 13. L'expression est appliquée à Eurojust. Néanmoins compte tenu du type de compétences que les deux structures avaient lorsque l'auteur usa de l'expression, elle nous semble parfaitement utilisable s'agissant d'Europol.

⁷⁶⁵ Réaffirmé par l'art. 4, §5 du règlement « Europol ».

⁷⁶⁶ Art.6 du règlement « Europol ».

⁷⁶⁷ CASTELLA, C., *Souveraineté de l'Etat et droit de punir*, thèse dactyl. Toulouse 1, 2009, p 133.

⁷⁶⁸ Art.5 du règlement « Europol ».

⁷⁶⁹ GINDRE, E., précité, p. 391.

202. Eurojust- Conçu dans son principe lors du Conseil européen de Tampere⁷⁷⁰, né de la décision-cadre 2002/187/JAI du 28 février 2002⁷⁷¹, la création d'Eurojust est l'achèvement d'un processus de construction de coopération judiciaire entrepris en 1996 avec l'établissement des magistrats de liaison⁷⁷², puis du Réseau judiciaire européen⁷⁷³, rapidement considérés comme insuffisants. Son institution était également destinée à constituer le pendant judiciaire d'Europol et de réduire l'écart entre les réalisations en matière de coopération judiciaire et celles en matière de coopération policière⁷⁷⁴. Eurojust est une structure hybride⁷⁷⁵ faisant coexister dimensions européenne et intergouvernementale, tout en respectant l'affiliation nationale de ses membres, qui ne quittent pas leur organisation judiciaire nationale. Ainsi, chaque membre d'Eurojust voit sa qualité et ses compétences définies par son droit⁷⁷⁶ et n'a donc pas nécessairement les mêmes pouvoirs et les mêmes compétences⁷⁷⁷. Cette « asymétrie organisée »⁷⁷⁸ de l'unité judiciaire entraîne une insertion différenciée d'Eurojust dans les systèmes nationaux, selon les pouvoirs des membres nationaux. Si certains auteurs y voient un inconvénient et/ou un handicap pour l'utilité d'Eurojust⁷⁷⁹, cela n'est que l'expression de l'essence d'un organe ayant un centre de gravité étatique. Cela se confirme au regard du rôle « d'intermédiation »⁷⁸⁰ que remplit l'organe européen. Eurojust a initialement été pensé comme un « fournisseur de services » qui soutient le déclenchement et/ou la coordination des enquêtes ou poursuites, facilite la coopération mais ne les dirige pas⁷⁸¹. Tel est toujours le cas⁷⁸². De même, pour autant que le membre national puisse

⁷⁷⁰ Point 46 des conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 (SN 200/99).

⁷⁷¹ Décision du Conseil 2002/187/JAI du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité ; JOCE L 63 du 6 mars 2002 p. 1 - Concrètement, Eurojust prit d'abord la forme d'une unité provisoire expérimentale créée par une décision du Conseil le 14 décembre 2000 (Décision du Conseil 2000/799/JAI du 14 décembre 2000 instituant une unité provisoire de coopération judiciaire, JOCE L 324 du 21 décembre 2000 p. 2).

⁷⁷² Action commune du 22 avril 1996 concernant un cadre d'échange des magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les Etats Membres de l'Union européenne, JO L 105 du 27 avril 1996 – voir n°192.

⁷⁷³ Action commune du Conseil du 29 juin 1998, concernant la création d'un Réseau judiciaire européen JO L 191 du 7 juillet 1998.

⁷⁷⁴ GAUTIER, Y., Europe, mai 2002, n°174.

⁷⁷⁵ FLORE, D., Droit pénal européen, Larcier, 2009, p. 567.

⁷⁷⁶ Art. 9 à 9 sexies de la décision.

⁷⁷⁷ Pour autant que la décision assure des pouvoirs et compétences minimum qui sont de pouvoir fournir les informations des casiers judiciaires, des registres des personnes arrêtées, des registres d'enquêtes, des registres d'ADN et des autres registres nécessaires à l'accomplissement de ses tâches (art. 9, §2 de la décision), recevoir les demandes de coopération judiciaire et les décisions donnant effet au principe de reconnaissance mutuelle (art. 9 ter de la décision) et certains pouvoirs décisionnels en matière de coopération judiciaire, en cas d'urgence uniquement (art. 9 quinquies).

⁷⁷⁸ De BIOLLEY, S., Eurojust, JCI Europe – traité, fasc. 2710, n°10.

⁷⁷⁹ FLORE, D., D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale, in De KERCHOVE, G., WEYEMBERGH, A. (dir.), L'espace pénal européen : enjeux et perspectives, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 19.

⁷⁸⁰ BEAUVAIS, P., Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen, Dr. pén. 2010, n°9, étude 18.

⁷⁸¹ FLORE, D., D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale, in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), L'espace pénal européen : enjeux et perspectives, Ed. de l'Univ. De Bruxelles, 2002, p. 13.

être « l'autorité compétente » au sens du droit de l'entraide judiciaire et de la reconnaissance mutuelle, la dimension nationale du processus reste prégnante puisque l'autorité nationale normalement compétente doit en être avisée et donner son accord⁷⁸³. Quant au fait que ses compétences matérielles couvrent toutes infractions, y compris sans lien avec des euros-infractions, ses compétences opérationnelles restent cantonnées à l'appui et au renforcement de la coordination et de la coopération entre les autorités nationales, qu'il agisse en tant que collègue ou par comme interface d'intermédiaire nationaux⁷⁸⁴. Enfin, le fait que tout échange d'information entre Eurojust et les Etats membres passe par le membre national⁷⁸⁵ manifeste, là encore, la relativité de la dimension intégrationniste de l'organe.

203. Bien qu'hybrides au regard de la coexistence des interventions individuelles, concertées ou collégiales, la mise en perspective des modes d'intervention d'Europol ou d'Eurojust avec les tâches de l'unité révèle leur nature profonde. Si leur qualité d'organe de l'Union Européenne dénote une volonté de dépasser le cadre de la coopération judiciaire classique, ceux-ci demeurent des organes de coopération. On conviendra cependant que l'article 85 TFUE marque une évolution notable. Si les objectifs initiaux d'Eurojust sont maintenus, l'assignation de nouvelles missions déplace le curseur vers la mise en place d'un acteur d'une justice pénale de l'Union Européenne : le pouvoir de déclencher des enquêtes et la coordination de celles-ci et des poursuites qui en résulteraient, sous réserve d'une adaptation de ses statuts. Cependant, en l'état de la proposition de règlement en attente d'adoption depuis 2013⁷⁸⁶, l'heure n'est pas encore arrivée pour la future Agence européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale d'avoir des fonctions opérationnelles dépassant le cadre de la coopération judiciaire. Les modalités pressenties d'un éventuel Parquet européen confirme que l'évolution vers une plus grande intégration judiciaire est une étape délicate.

⁷⁸² Art. 85, §1, TFUE. En effet, il ne peut guère plus que solliciter des autorités nationales compétentes d'ouvrir une enquête, de réaliser un acte d'enquête ou de déclencher les poursuites, ou avoir un rôle de consultant en matière de résolution d'un conflit de compétences ou de difficultés d'exécution d'actes de coopération judiciaire ; l'Etat membre n'a que l'obligation de motiver son refus, le cas échéant, qui reste d'une contrainte relative eu égard à l'existence de dérogations et l'absence de contrôle du refus de donner suite ou de motivation.

⁷⁸³ Art. 9, §1 et §2 quater de la décision.

⁷⁸⁴ Voir le parallélisme des compétences d'Eurojust exercées par l'intermédiaire de ses membres nationaux (art. 6, §1 de la décision) ou en tant que collègue (art. 7, §1 de la décision).

⁷⁸⁵ Art. 9, §2 de la décision.

⁷⁸⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) - COM(2013)535 final.

204. Présentation générale – «La protection d'intérêts spécifiquement communautaires appellerait peut-être une action elle-même communautaire»⁷⁸⁸. De cette interrogation lancée en 1996, l'idée d'instituer un Parquet européen fit progressivement son chemin, dans une dynamique d'entraînement mutuelle entre la doctrine et les institutions européennes⁷⁸⁹, jusqu'à la prévision de sa création par l'article 86 TFUE⁷⁹⁰. Plus qu'un « embryon de pouvoir judiciaire européen »⁷⁹¹, le projet de règlement actuellement en cours de négociation⁷⁹² propose l'institution d'une véritable autorité européenne de poursuites, distincte et autonome (a), mais non une autorité de poursuites européennes⁷⁹³, dès lors que son institution n'affectera que peu le monopole des systèmes nationaux sur l'administration de la justice pénale (b).

⁷⁸⁷ L'analyse suivante s'appuie sur la proposition de règlement portant création d'un Parquet européen, COM(2013) 534 final, qui suit actuellement la procédure législative et est donc susceptible d'être modifiée ou abandonnée.

⁷⁸⁸ VERNIMMEN, G., La pénalisation du droit communautaire et la communautarisation du droit pénal, in TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, 1996, p. 246.

⁷⁸⁹ En 1997, Le Parlement européen et la Commission européenne avaient mandaté un groupe d'experts afin de réfléchir à des solutions pour renforcer l'efficacité de la coopération judiciaire européenne contre la criminalité transnationale, notamment celle portant atteinte aux intérêts financiers. Cette réflexion donna lieu au Corpus Juris, portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union, combinant à travers 17 dispositions, unification et harmonisation des systèmes pénaux (DELAMS-MARTY, M., *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union Européenne*, Economica, 1997). C'est à cette occasion que fut introduite l'idée d'un ministère public européen. Celle-ci fit progressivement son chemin au sein de la doctrine (notamment : MANACORDA, S., *Le Corpus juris et l'unification tempérée dans la construction de l'espace pénal européen contre la fraude*, *Justices*, 1998, p. 62 ; MANACORDA, S., *Pour un corpus juris, perspectives d'unification du droit pénal des affaires en Europe*, les Cahiers de la sécurité intérieure, 1999, n°2, p. 169 ; au sein des institutions européennes ; KRIEGK, J.-F., *Quel ministère public européen, pour quel espace judiciaire européen*, *LPA*, 25 avril 2001, pp. 4-9 ; *Propos d'autour de la proposition de création d'un parquet européen*, DUCOULOUX-FAVARD, C., *LPA*, 6 juin 2002, pp. 4-6 ; De BAYNAST, O., *Eurojust, lot de consolation pour les tenants du parquet européen ou socle pour la construction d'une action publique ?*, *RAE*, 2003, n°3, p. 335-340 ; TRICOT, J., *Ministère public européen et systèmes pénaux nationaux : les enjeux de l'articulation verticale*, in G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA (dir.), *L'Intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Editions de la Société de législation comparée, 2005, pp. 181-209 ; LASSALLE, A., *Ministère public européen et organes de procédure européens : les enjeux de l'articulation horizontale*, in G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA (dir.), précité ; GAMBERNI, G., *Quel modèle pour un ministère public européen*, in LAZERGES, C. (dir.), *Figures du parquet*, PUF, coll. Les voies du droit, 2006, pp. 123 à 140) et au sein des institutions européennes (*Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, Commission Européenne, 11 déc. 2001, COM(2001)715 final ; *Rapport de suivi du livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen*, Commission européenne, 19 mars 2003, COM(2003)128 final).

⁷⁹⁰ Mais déjà antérieurement dans le projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, 18 juill 2003, CONV 820/1/03/REV 1, CONV847/03 CONV848/03.

⁷⁹¹ GINDRE, E., *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, précité, p. 388.

⁷⁹² Proposition de règlement du Conseil mettant en oeuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen - COM/2013/0534 final – Procédure 2013/0255/APP, tel que publié le 30 juin 2017.

⁷⁹³ Selon la règle grammaticale régissant l'ordre des épithètes, un pouvoir européen de poursuite induit la qualité européenne du pouvoir de poursuites, et non des poursuites elles-mêmes, alors qu'un pouvoir de poursuite européen induit que les poursuites sont européennes. Le Parquet européen exerçant ses fonctions de poursuite devant les juridictions nationales et non devant une cour pénale européenne, l'appellation « autorité européenne de poursuite » apparaît plus adéquat.

I- Une autorité européenne judiciaire

205. Une autorité unitaire - D'après la proposition de règlement, le Parquet européen sera⁷⁹⁴ un organe de l'Union doté d'une structure hybride, à la fois « centrale et décentralisée »⁷⁹⁵, devant toutefois être considéré comme « un organe indivisible de l'Union fonctionnant comme un Parquet unique »⁷⁹⁶. « Le niveau central se compose du chef du Parquet européen⁷⁹⁷, qui sera le chef du Parquet européen dans son ensemble et le chef du collège des procureurs européens⁷⁹⁸, des chambres permanentes⁷⁹⁹. Le niveau décentralisé sera constitué des procureurs européens délégués affectés dans les États membres⁸⁰⁰ »⁸⁰¹. Cela étant, à la lumière des rapports entre le Bureau central et ses procureurs délégués, le Parquet européen révélera d'une hiérarchie pyramidale plus proche de la déconcentration puisque chaque procureur délégué dans chaque Etat membre exercera ses fonctions européennes sous les ordres et le contrôle des chambres permanentes et du Procureur européen chargé de la surveillance de l'affaire⁸⁰².

206. Le caractère européen – L'unité de l'organe dévoile le caractère pleinement européen de l'autorité pressentie. Bien que composé d'agents de l'Union et d'agents nationaux ayant une « double casquette »⁸⁰³, le centre de gravité de l'organe se situera à l'échelon européen : les actes accomplis par les uns et les autres seront imputables au Parquet européen⁸⁰⁴, représenté par son chef à l'égard des institutions de l'Union, des Etats membres et des tiers⁸⁰⁵. Le caractère européen s'exprimera également par l'indépendance de l'organe, non seulement celle, classique, du

⁷⁹⁴ Dans la mesure où les propos qui vont suivre concernent un projet de règlement, le futur a néanmoins valeur de conditionnel.

⁷⁹⁵ Art. 8, §2 de la proposition de règlement.

⁷⁹⁶ Point 21 du préambule de la proposition de règlement.

⁷⁹⁷ Le chef du Parquet le dirigera et représentera le Parquet européen auprès des institutions de l'Union et des tiers. Il sera secondé par deux adjoints (art. 11 de la proposition de règlement).

⁷⁹⁸ Le collège sera composé du chef du Parquet européen et d'un procureur européen par Etat membre. Il est destiné à organiser la politique pénale du Parquet européen, sans jamais prendre de décisions opérationnelles portant sur des dossiers particuliers (art. 9 de la proposition de règlement).

⁷⁹⁹ Les chambres permanentes seront composées de trois membres et auront pour mission générales de superviser les enquêtes et les poursuites (art. 10 de la proposition de règlement).

⁸⁰⁰ Art. 8, §3 de la proposition de règlement.

⁸⁰¹ Point 21 du préambule du règlement.

⁸⁰² Art. 13, §1 de la proposition de règlement.

⁸⁰³ Communication de la Commission, Mieux protéger les intérêts financiers de l'Union : instituer le Parquet européen et réformer Eurojust », 17 juill. 2013, COM(2013)532 final. Les procureurs européens délégués pourront également exercer les fonctions de procureur national (art. 13, §3 de la proposition de règlement, voir également points 32 et 33 du préambule).

⁸⁰⁴ Les enquêtes et poursuites seront menées au nom du Parquet européen (art. 5, §3 de la proposition de règlement). Les dispositions relatives au contrôle juridictionnel, y compris pour ce qui est de la réparation des dommages, visent systématiquement le « Parquet européen » (art. 42 de la proposition de règlement).

⁸⁰⁵ Art. 11 de la proposition de règlement.

judiciaire face aux autres pouvoirs⁸⁰⁶, mais surtout celle, spécifique, des procureurs délégués qui, conservant leurs fonctions nationales⁸⁰⁷, feront « partie intégrante du Parquet européen »⁸⁰⁸. En conséquence, lorsqu'ils agiront au titre de leur mandat, ils seront sous l'autorité exclusive de la chambre permanente et du procureur européen chargé de l'affaire⁸⁰⁹, totalement indépendants des organes nationaux de poursuites, envers lesquels ils n'auront pas d'obligations⁸¹⁰. Enfin, en cas de conflit de compétence entre le Parquet européen et des autorités nationales, si ce sont ces dernières qui décident⁸¹¹, ce ne sera que sous réserve de la compétence préjudicielle expresse de la Cour de Justice pour interpréter les dispositions pertinentes du règlement⁸¹², obligatoire pour les juridictions statuant en dernier ressort⁸¹³

207. Un pouvoir judiciaire européen autonome – En étayant les caractères unitaire et européen, s'est déjà esquissée l'autonomie d'un véritable pouvoir judiciaire autonome. Le Parquet européen ne rendra de compte de ses activités qu'aux institutions unionistes, sans leur être assujetti⁸¹⁴. Il sera dirigé par un chef supervisant les activités et en organise les travaux⁸¹⁵; le collège définira la politique pénale⁸¹⁶ et exercera des fonctions « administratives »⁸¹⁷ et de l'ordre des ressources humaines⁸¹⁸. Les chambres permanentes et le procureur délégué chargés de l'affaire détiendront le pouvoir de direction de l'enquête et de l'action publique⁸¹⁹. Alors qu'Europol et Eurojust sont encore largement tributaires des sollicitations et/ou du bon vouloir des Etats membres⁸²⁰, le Parquet européen disposera d'une réelle autonomie d'action. Les

⁸⁰⁶ Encore qu'en l'occurrence celle du Parquet, dans son ensemble, joue aussi bien à l'égard des institutions européennes qu'étatiques (art. 6, §1 de la proposition de règlement). Et, à cette fin, le mandat du procureur européen est de sept ans, non renouvelable (art. 14, §1 de la proposition de règlement).

⁸⁰⁷ Art. 13, §5 de la proposition de règlement et point 32 et 33 du préambule.

⁸⁰⁸ Point 32 et 43 du préambule de la proposition de règlement.

⁸⁰⁹ Art. 13, §1 de la proposition de règlement et point 30 du préambule.

⁸¹⁰ En ce sens : point 32 de la proposition de règlement.

⁸¹¹ Art. 25, §6 de la proposition de règlement.

⁸¹² Art. 42, §2 de la proposition de règlement.

⁸¹³ Art. 267 TFUE.

⁸¹⁴ Art. 6 de la proposition de règlement.

⁸¹⁵ Art. 11, §2 de la proposition de règlement.

⁸¹⁶ Programmation annuelle et pluriannuelle du Parquet européen, adoption d'une stratégie anti-fraude (art. 114, a) et b) de la proposition de règlement).

⁸¹⁷ Publication d'un rapport annuel d'activité et compte rendu annuel (art. 114, a) de la proposition de règlement) adoption du règlement intérieur (art. 9 de la proposition de règlement).

⁸¹⁸ Nomination et révocation des procureurs délégués (art. 17, §1 et §3 de la proposition de règlement), prévention et gestion des conflits d'intérêts relatifs aux procureurs délégués (art. 114, c) de la proposition de règlement).

⁸¹⁹ Art. 10, §2 de la proposition de règlement : «Les chambres permanentes supervisent et dirigent les enquêtes et les poursuites menées par les procureurs européens délégués (...) coordonn[ent] les enquêtes et les poursuites dans les dossiers transfrontaliers », prennent les décisions concernant le renvoi du dossier devant une formation de jugement ou son classement, etc.

Art. 12, §1 : les procureurs européens surveillent les enquêtes et poursuites dont les procureurs délégués sont responsables.

⁸²⁰ Voir supra, n°201 et 202.

autorités des Etats membres et les institutions, organes et organismes de l'Union devront immédiatement informer le Parquet européen de tout comportement susceptible de constituer une infraction relevant de sa compétence⁸²¹ ; pendant le délai de décision sur l'exercice ou non du droit d'évocation du Parquet européen, les autorités nationales devront s'abstenir de prendre toute décision qui affecterait ce droit⁸²² et lorsque celui-ci est exercé, les autorités nationales ne devront pas interférer avec⁸²³. Les procureurs délégués devront se conformer aux instructions des chambres permanentes et des procureurs européens ; tout au plus pourront-ils demander le réexamen d'une instruction par le chef du Parquet s'ils estiment que ladite instruction ne serait pas conforme au droit national⁸²⁴. Les autorités nationales seront tenues de renvoyer « sans retard indu »⁸²⁵ au Parquet européen toute enquête qui apparaîtrait relever de sa compétence. Et plus globalement, le Parquet européen exercera ses fonctions conformément au règlement. Ce n'est qu'en cas de silence du règlement que le droit national s'appliquera⁸²⁶.

208. L'ensemble de ces éléments permet de considérer que le Parquet européen constituera la première véritable autorité européenne judiciaire. Cependant, l'autonomie décisionnel ne doit pas occulter qu'il sera fonctionnellement totalement dépendant des systèmes pénaux nationaux.

II- L'emprunt des systèmes pénaux nationaux maintenu

209. L'emprunt législatif : le modèle unioniste – La proposition de règlement envisage un régime d'hybridation juridique typiquement unioniste pour l'enquête: les mesures et actes d'enquête que le règlement autorise le parquet européen à exécuter seront soumis aux conditions définies par le règlement et, subsidiairement, par le droit national du lieu de leur exécution lorsqu'une question n'est pas réglée par le règlement ; et en présence d'un conflit de règles, le règlement prévaut⁸²⁷.

⁸²¹ Art. 24, §1 à 3 de la proposition de règlement.

⁸²² Art. 27, §2 de la proposition de règlement.

⁸²³ Art. 27, §5 de la proposition de règlement.

⁸²⁴ Point 34 du préambule.

⁸²⁵ Art. 24, §1 et §2 de la proposition de règlement. Réciproquement, lorsqu'une enquête déclenchée par le Parquet européen fait apparaître que le comportement faisant l'objet de l'enquête constitue une infraction pénale qui ne relève pas de sa compétence, le Parquet européen renvoie l'affaire sans retard indu aux autorités nationales compétentes (art. 24, §8 et art. 34).

⁸²⁶ Art. 5, §3 de la proposition de règlement. Dans le même sens : art. 30, §5.

⁸²⁷ Art. 11, §3.

210. L'exécution de l'enquête et des poursuites : l'emprunt opérationnel national - Pour ce qui est des aspects pratiques, les réalisations de la future institution imposeront l'emprunt de l'organisation judiciaire nationale. D'une part, l'article 30 énumère les mesures d'enquête que le Parquet européen est habilité à demander ou ordonner, ce qui sous-entend clairement que leur exécution sera effectuée par la force publique étatique. D'autre part, il est tout aussi clairement mentionné que les poursuites seront exercées devant les juridictions des Etats membres⁸²⁸ et que le contrôle juridictionnel des actes du Parquet européen leur reviendra⁸²⁹, conformément au droit national de la juridiction compétente⁸³⁰, sous réserve des compétences réservées à la Cour de Justice : renvoi préjudiciel et contrôle de légalité d'un classement sans suite contesté sur la seule base du droit de l'Union⁸³¹. Enfin, bien que le Parquet agira dans l'intérêt et au nom de l'Union⁸³², la condamnation qui résultera de son action publique ne sera en aucun cas une condamnation européenne, il s'agira d'une décision nationale. D'ailleurs, alors que la proposition de Cour pénale européenne de 1982, destinée à condamner pénalement, prévoyait un régime d'exécution des peines et du droit de grâce⁸³³, les prescriptions de la proposition de règlement « Parquet européen » ne vont pas au-delà du renvoi devant une formation de jugement. Le procès est ensuite totalement national.

211. En somme, le Parquet européen sera, sous l'angle de son organisation, un organe centralisé dont la hiérarchie suprême est unioniste. Cependant, l'exercice de ses fonctions empruntera(it) totalement aux organisations policières et judiciaires compétentes des Etats membres. Sa spécialisation extrême n'en fait guère plus qu'un embryon de justice pénale unioniste ; une véritable justice pénale européenne autonome et distincte de celle des Etats membres demande plus qu'un Parquet européen.

⁸²⁸ Art. 86 TFUE et, subsidiairement, art. 27, §3 et 4, en particulier (procédure de clôture d'enquête et décision de renvoi devant les juridictions nationales). La juridiction compétente est déterminée.

⁸²⁹ Art. 42, §1 de la proposition de règlement.

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ Art. 42, §2 et §3 de la proposition de règlement.

⁸³² A propos de l'action du Parquet européen dans l'intérêt de l'Union : Art. 6, §1 et point 17 du préambule de la proposition de règlement. A propos de l'action au nom de l'Union : art. 5, §3 et 13, §1 de la proposition de règlement.

⁸³³ De GOUTTES, R., De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen *in* : Mélanges offerts à Georges Levasseur – droit pénal, droit européen, Gazette du Palais, Litec, 1992, pp. 6-7.

212. Conclusion du paragraphe - La plupart de la doctrine a vu, dans Eurojust et Europol, les éléments d'un embryon de système répressif européen et centralisé⁸³⁴, l'amorce d'un passage d'une logique de coopération à une logique d'intégration. Telle n'est pas la conclusion du présent paragraphe. Eurojust n'a pas, au moins pour le moment, vocation à se substituer aux autorités nationales pour mener les enquêtes⁸³⁵ ; il existe par et pour les autorités nationales⁸³⁶. Il en va sensiblement de même s'agissant d'Europol. Quant à la perspective d'un Parquet européen, en l'état du projet, il ne s'agira jamais que d'une autorité européenne de poursuites – et non une autorité de poursuites européennes - devant les juridictions pénales nationales, selon les règles nationales.

CONCLUSION DE LA SECTION

213. L'appartenance partielle des systèmes pénaux nationaux au système pénal unioniste - Police et Justice sont deux sous-systèmes de tout système pénal⁸³⁷. L'originalité ici est que bien qu'étant organiquement strictement nationaux, chaque sous-système national est mis au service du droit pénal de l'Union européenne. Le juge pénal national est le premier à connaître de l'application des infractions harmonisées, et plus encore du principe de reconnaissance mutuelle, moins sujet à « renationalisation » sous l'effet de la transposition. Le droit pénal de l'ELSJ emprunte ainsi au système juridictionnel pour asseoir son effectivité. En amont du processus pénal, la réalisation des objectifs de liberté, de sécurité et de justice repose d'abord sur la compétence étatique en matière de maintien de l'ordre public et de sauvegarde de la sécurité intérieure. Même les développements les plus teintés d'intégration du droit de la coopération judiciaire et policière en matière pénale – Europol et Eurojust, dotés d'une structure partiellement centralisée – n'affectent pas le monopole étatique en la matière. Et pour autant que le futur Parquet européen déposèdera(it) les Etats membres de leurs compétences pour la poursuite des infractions portant atteintes aux intérêts financiers, l'atteinte reste limitée, d'une part, à la poursuite de ces seules infractions et non à la condamnation qui restera du ressort des juridictions

⁸³⁴ GINDRE, E., L'émergence d'un droit pénal de l'Union Européenne, LGDJ – La Varenne, 2010, p. 388 et s.

⁸³⁵ De BIOLLEY, S., Eurojust, JCL Europe – Traité, fasc. 2710, n°18.

⁸³⁶ *Ibid.*, n°60.

⁸³⁷ VERNEUIL, D., Fonctions et processus du système pénal ce qu'on en dit dans le public, Déviance et Société, 1981, vol. 5, n°3, p. 223-245.

nationales, et, d'autre part, à ces seules infractions. Aussi, la mise en oeuvre du droit pénal de l'Union a vocation à demeurer de la compétence des justices pénales nationales.

CONCLUSION DU CHAPITRE

214. *Un système pénal effectif donc existant*⁸³⁸ - « Grâce aux nouvelles dispositions, l'Union européenne devient définitivement compétente pour décider de la nécessité de la peine, mais reste dépourvue du pouvoir de punir : un pouvoir d'incrimination (*ius incriminandi*) donc sans pouvoir de punition (*jus puniendi*) »⁸³⁹. Dans la mesure où l'existence d'une norme dépend autant de sa validité que de son effectivité⁸⁴⁰, le droit pénal de l'ELSJ n'existe que dans la mesure où l'on admet qu'il emprunte aux systèmes juridiques nationaux. Et c'est bien ainsi qu'il faut considérer qu'il peut exister un système pénal de l'Union européenne : « c'est la façon d'être et de fonctionner du système dans lequel coexistent et se complètent mutuellement les dispositions communautaires et les dispositions nationales »⁸⁴¹. En effet, le système juridique de l'Union est fondamentalement conçu sur le principe d'une coopération entre l'échelon européen, décisionnaire, et l'échelon national, exécutant. Tel qu'il est pensé, le système juridique de l'Union est efficace en ce sens qu'il garantit l'effectivité de ses normes. Selon des modalités originales, il est vrai. L'édition de normes pénales par les institutions de l'Union est généralement complétée par les législations nationales, afin de garantir l'effectivité des normes volontairement conçues comme directement inapplicables. Au stade de l'exécution, la dynamique s'inverse : la vie du droit de l'Union est d'abord entre les mains des structures nationales, du législateur au juge pénal, en passant par les forces de l'ordre, néanmoins en charge de quelques obligations envers l'enceinte unioniste. En ce sens, le système pénal de l'Union européenne comprend, car il repose sur, les systèmes pénaux des Etats membres dans leur globalité.

⁸³⁸ Sur le rapport entre effectivité d'un droit et existence d'un système de droit, voir note n°56.

⁸³⁹ SOTIS, C., « Criminaliser sans punir » - Réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne, RSC 2010 p. 773.

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ TESAURO, G., « La sanction des infractions au droit communautaire » *Rivista di diritto europeo* 1992 p. 477.

215. Ensemble qualitatif et quantitatif d'éléments en interaction - L'embryon de justice pénale que représente, pour beaucoup d'auteurs, la perspective de création d'un Parquet européen ne sera pas l'indice d'une amorce de système pénal de l'Union européenne ; celui-ci existe déjà. En effet, un système est avant tout un ensemble d'éléments en interaction. Cela suppose donc un quorum d'éléments qui ne soient pas isolés, ni quantitativement, ni qualitativement. L'isolation quantitative renvoie à un nombre insuffisant d'éléments pour former un « ensemble ». Or, le seul volet pénal de l'ELSJ constitue déjà un ensemble imposant d'éléments : douze directives ou décisions-cadres d'harmonisation d'infractions⁸⁴², sept décisions-cadres portant application du principe de reconnaissance mutuelle⁸⁴³, trois directives de rapprochement des droits des personnes suspectes ou poursuivies⁸⁴⁴, quatre outils de rapprochement des droits des victimes⁸⁴⁵,

⁸⁴² Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil ; Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché ; Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil ; Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil ; Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil ; Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ; Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal ; Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée ; Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions ; Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue ; Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers complétant la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ; Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme ; Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (rapprochement des sanctions uniquement – sur la particularité du rapprochement des infractions et sanctions du blanchiment, voir n°531 - 532).

⁸⁴³ Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne ; Décision-cadre 2009/829/JAI du Conseil du 23 octobre 2009 concernant l'application, entre les États membres de l'Union européenne, du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire ; Décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution ; Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne ; Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil, du 6 octobre 2006, relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation ; Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires ; Décision-cadre 2002/548/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen.

⁸⁴⁴ Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires ; Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales ; Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales.

une directive remplaçant les conventions d'entraide antérieurement applicables entre Etats membres⁸⁴⁶, et six structures instituées pour contribuer à la réalisation des objectifs ainsi poursuivis par les normes⁸⁴⁷. A cela s'ajoute la dimension externe de l'ELSJ, les accords conclus par l'Union⁸⁴⁸ et les mesures restrictives anti-terroristes⁸⁴⁹, ainsi que le droit international non écrit, qui s'impose à l'Union, pour autant que son apport substantiel soit réduit⁸⁵⁰. Cet ensemble d'éléments n'est pas non plus isolé d'un point de vue qualitatif, c'est-à-dire sans interactions, sans cohérence, sans unité, etc... Ils sont unitaires dès lors qu'ils sont tous rattachés aux mêmes traités constitutifs, soumis aux mêmes principes généraux directeurs, tels que la primauté, l'intégration immédiate ou encore l'applicabilité directe, pour ceux déjà étudiés. Ils sont en interactions ne serait-ce, par exemple, parce qu'Europol et Eurojust contribuent à l'entraide judiciaire et policière, que des actes du troisième pilier ont intégré au droit écrit de l'Union des règles coutumières internationales pénales, que l'harmonisation des infractions a facilité la reconnaissance mutuelle en ayant facilité la suppression de l'exigence de la double incrimination pour un certain nombre d'infractions, ou encore que les accords conclus par l'Union ou ses agences dans le champ pénal, prolongent les efforts en matière d'amélioration de la coopération judiciaire et policière en matière pénale au-delà des frontières de l'Union.

216. *L'existence du système pénal de l'Union* - En somme, à l'issue de ce titre, le champ pénal de l'Union européenne est déjà composé d'un nombre d'éléments hétérogènes et

⁸⁴⁵ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil ; Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne (reconnaissance mutuelle des décisions de protection des victimes) ; Directive 2004/80/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité ; Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes.

⁸⁴⁶ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

⁸⁴⁷ Décision du Conseil du 6 avril 2009 portant création de l'Office européen de police ; Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière ; Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative aux équipes communes d'enquête ; Décision du Conseil 2002/187/JAI du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité ; Action commune 98/428/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen abrogée et remplacée par la décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 déc. 2008 concernant le réseau judiciaire européen ; Action commune 96/602/JAI du 14 octobre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant un cadre d'orientation commun pour les initiatives des Etats membres en matière d'officiers de liaison ; Action commune 96/277/JAI, du 22 avril 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne.

⁸⁴⁸ Voir supra, n°96-116.

⁸⁴⁹ Voir supra, n°117-136.

⁸⁵⁰ Voir supra : coutume pénale internationale, n°87-90 ; principes généraux du droit international (pénal) n°91-92.

interconnectés susceptibles de prétendre à la qualification de système, un système présentant la particularité de n'exister que grâce aux acteurs nationaux, derniers garants de son effectivité. Cette délimitation, envisagée sous l'angle de l'enchevêtrement des ordres juridiques internationaux, nationaux et européens nous autoriserait déjà à rechercher plus sérieusement les propriétés d'un système juridique. Cependant, ainsi qu'il a déjà évoqué à quelques reprises, le champ pénal de l'Union européenne ne se limite pas à ce champ pré-identifiable par la seule qualification apposée par l'Union. Les traités et le droit dérivé comportent plus d'éléments de nature pénale qu'ils ne le laissent entendre.

TITRE 2 : LA DELIMITATION HORIZONTALE : LE CHAMP PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

217. *Incertitude sur les frontières du champ pénal de l'Union* - Bien que le « tabou » de l'expression « droit pénal de l'Union européenne » soit enfin dépassé⁸⁵¹, celui de l'étendue de ce droit pénal est encore loin de l'être parfaitement. Défini pour certains comme l'ensemble des normes pénales communes aux États membres⁸⁵², il est plus communément, et plus strictement, entendu comme le droit issu du volet pénal de l'ELSJ⁸⁵³. Cependant, certains auteurs y incluent la protection des intérêts financiers⁸⁵⁴, quand d'autres relèguent des pans du droit répressif de l'Union dans une « zone grise », à pénalité indéterminée⁸⁵⁵; de rares auteurs estiment que les institutions de l'Union infligent directement des sanctions bel et bien de nature pénale⁸⁵⁶ quand la Cour, de son côté, nie fermement avoir à connaître de sanctions pénales, tout en soumettant très largement le contentieux communautaire aux garanties afférentes à la matière pénale. Il est ainsi évident que s'interroger sur la question des frontières exactes du champ pénal serait pertinent. Et, dans la mesure où l'affirmation de l'existence d'un système pénal suppose l'existence d'un ensemble d'éléments de nature pénale, elle doit impérativement trouver une réponse précise (Chapitre 2).

⁸⁵¹ En ce sens : MANACORDA, S., *Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen*, RSC 2013, p. 927.

⁸⁵² PRADEL, J., CORSTENS, G., VERMEULEN, G., *Droit pénal européen*, Dalloz, 2009, p. 2, n°2 : une telle définition ne sera pas retenue. Littéralement, elle étendrait la recherche au-delà du droit de l'Union ; les États membres ayant en commun d'autres normes pénales supranationales que celles produites par l'Union.

⁸⁵³ Dans sa thèse intitulée « L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne » (LGDJ –La Varenne, 2009, E. GINDRE traite aussi bien de l'harmonisation des législations que de la reconnaissance mutuelle, et des structures de soutien opérationnel à la coopération pénale. Ayant la même conception du « droit pénal de l'Union européenne : BEAUVAIS, P., *Chron. « droit pénal de l'Union européenne »*, RTD eur. 2010, p. 721 et s. En effet, pour diverses raisons (méthode normative qu'est l'harmonisation, les opt-in/opt-out de certains États membres, les imparfaites transpositions, etc..) les normes issues du volet pénal de l'ELSJ ne sont pas nécessairement toutes partagées par l'ensemble des États membres.

⁸⁵⁴ V. par exemple : MANACORDA, S., *Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen*, RSC 2013, p. 927.

⁸⁵⁵ Par exemple, plusieurs auteurs qualifient le droit de l'Union de la concurrence de « quasi-répressif » (IDOT, L., *Chronique publiée à la RSC* ; MALAURIE-VIGNAL, M., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Sirey, coll. Université, 2008, p. 273 ; DELMAS-MARTY, M., *Droit pénal des affaires*, vol. 1, 3e éd. 1991, et *Punir sans juger ?*, 1992 (expression employé à propos des sanctions de la concurrence).

S. MANACORDA concède la nature punitive relevant de la matière pénale des mesures restrictives anti-terroristes pour néanmoins les exclure de son étude sur le droit pénal de l'Union européenne (*le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet Européen*, précité).

⁸⁵⁶ DAVID, E., par exemple, inclut le manquement d'Etat, la protection des intérêts financiers et le droit de la concurrence dans son traité de droit pénal international et européen. (*Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2009, respectivement : p. 1201 et s., 1196 et s. et p. 1479).

218. Difficultés et solution pour délimiter le champ pénal de l'Union - Toutefois, une difficulté se présente rapidement : celle de définir le domaine pénal. C'est principalement à la Cour EDH que l'on doit d'avoir mis en évidence toute la relativité de la notion de « pénal ». La Cour EDH elle-même reconnaît que son interprétation matérielle et autonome de la « matière pénale » a conduit à « une extension progressive de l'application du volet pénal de l'article 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal »⁸⁵⁷. En droit de l'Union, le « droit pénal » n'est appréhendé que par référence aux droits pénaux nationaux puisque la coopération judiciaire en matière pénale « est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires (sous-entendu nationales) et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres »⁸⁵⁸, que la coopération policière « associe toutes les autorités compétentes des Etats membres »⁸⁵⁹ et, enfin, que l'établissement « de règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions »⁸⁶⁰ induit que l'harmonisation concerne des législations pénales préexistantes et considérées comme telles. En somme, dans le volet pénal de l'ELSJ, le « pénal » a pour unité de référence le droit interne⁸⁶¹. Or, du côté des Etats, membres de l'Union ou parties à la Convention, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a mis en évidence que les droits pénaux nationaux ont un contenu et des frontières différents. Ainsi, afin de pouvoir délimiter le champ pénal de l'Union européenne, encore faut-il convenir d'une méthode d'identification du domaine pénal. Bien que la jurisprudence « Engel » se présente comme la méthode de choix, son contenu se révèle trop extensive (chapitre 1). A l'appui des évolutions de cette méthode, il sera développé une méthodologie originale, celle du noyau dur pénal, plus à même de servir utilement cette recherche (chapitre 2).

⁸⁵⁷ CEDH, 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, req n°73053/01, §43.

⁸⁵⁸ Art. 82, §1, TFUE.

⁸⁵⁹ Art. 87, §1, TFUE.

⁸⁶⁰ Art. 83, §1, TFUE.

⁸⁶¹ En ce sens : Atelier de doctorants européens, *Quel droit pénal pour l'Europe ?*, RPDP 2011/3, p. 658.

CHAPITRE 1 : L'ÉPREUVE DU « NOYAU DUR » DE LA « MATIÈRE PÉNALE »

219. Adoption du référentiel qu'est le droit de la CEDH - Le droit de l'Union européenne ne contient aucune définition du « droit pénal », ou de quelque notion équivalente : le « droit pénal de l'Union européenne » au sens des traités s'identifie par référence aux droits pénaux nationaux. Cependant, dès lors qu'il s'agit d'étudier le droit d'une entité juridique *sui generis*, composant avec et pour 28 États membres aux systèmes pénaux nationaux hétérogènes, il est essentiel de se départir des cadres de référence de droit interne. Toute approche nationale serait un écueil méthodologique conduisant à l'impasse d'une évaluation nécessairement insatisfaisante. Partant, le droit de la convention EDH se propose en cadre de référence alternatif de premier choix.

220. Légitimité du référentiel au regard du droit de l'Union - En effet, les notions d'« accusation en matière pénale » ou de « condamnation à une peine » forgées par la Cour EDH sont les seuls standards de définition du domaine pénal bénéficiant d'une neutralité nationale. Ensuite, bien que le processus d'adhésion de l'Union à la Convention soit mal engagé, il n'a pas encore été abandonné, de sorte que ces notions sont toujours susceptibles de s'imposer un jour au droit de l'Union. Enfin, prendre appui sur le droit de la convention EDH est légitimé par le droit de l'Union lui-même. D'une part, celui-ci est déjà une référence de premier ordre dans le système juridique de l'Union. L'article 6 TUE qui, en disposant que « l'Union adhère à la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales », ne fait pas qu'offrir une base juridique explicite pour asseoir un processus d'adhésion dont on sait depuis les années 1990 qu'il sera délicat. La disposition ainsi formulée confère la place de référentiel de droit⁸⁶² que la Convention a acquise depuis longtemps en fait. Depuis les années 1970, pour la Cour de Justice, « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »⁸⁶³. D'autre part, la

⁸⁶² Depuis le traité de Maastricht, « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 » (art. F TUE devenu art. 6, §2 TUE dans la version consolidée issue du traité d'Amsterdam (1997)) ; la réécriture issue du traité de Lisbonne a indiscutablement resserré les liens entre le droit de l'Union et la Convention EDH, même en l'absence d'une adhésion formelle à celle-ci : désormais l'Union « adhère à la convention ... ».

⁸⁶³ CJCE, 14 mai 1974, Nold e.a. c/ Commission, aff. 4/73.

« convergence méthodologique particulièrement importante entre la jurisprudence de la Cour EDH et celle de l'Union »⁸⁶⁴ est telle que les juridictions de l'Union usent elles-mêmes de la jurisprudence « Engel »⁸⁶⁵ en tant que de besoin⁸⁶⁶. Dès lors, il apparaît plus que justifié de faire de même.

221. De la matière pénale au noyau dur du droit pénal - Ainsi, selon la célèbre formalisation de la jurisprudence « Engel »⁸⁶⁷, la « matière pénale » s'identifie grâce aux « réactifs »⁸⁶⁸ que sont la technique juridique interne, l'infraction pénale et, enfin, la sanction pénale, eux-mêmes composés de sous-critères. Cependant, la méthodologie de la matière pénale s'est révélée extensive en ayant « flouté » la frontière entre les répressions administrative, disciplinaire, fiscale, douanière, pénale, etc. Elle ne permet pas de distinguer au sein d'une « matière pénale » hétérogène, aux contours régulièrement repoussés, les « infractions » dont on perçoit bien qu'en dépit d'une sévérité pénale, elles ne coïncident pas exactement à des considérations purement et exclusivement pénales. Bien que la « matière pénale » soit une unité conceptuelle extrinsèque⁸⁶⁹, elle n'est pas, n'est plus, une unité conceptuelle intrinsèque. En effet, dans l'arrêt *Jussila*, la Cour énonça que « s'il faut garder à l'esprit que les procédures pénales (...) revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les

⁸⁶⁴ Conclusions de l'av. gén. MENGOZZI du 30 janv. 2014 dans l'aff. C-382/12 P, Mastercard c/ Commission, §122.

⁸⁶⁵ CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ P.-B., req. n°5100/57, 5101/57, 5102/57, 5354/72 et 5370/72.

⁸⁶⁶ Pour un emploi explicite, notamment : CJUE, 5 juin 2012, Bonda, aff. C-489/10, §§37-46 ; 23 déc. 2009, Spector Photo Group NV aff. C-48/08, §42. V. également : Conclusions de l'av. gén. MAZAK du 28 juin 2007 dans l'aff. C-440/05, Commission c/ Conseil, §70 et s. ; Conclusions de l'av. gén. BOT du 2 avril 2009 dans l'aff. C-322/07P, Papierfabrik August Hoehler et autres c/ Commission, §131 et s. et du 26 oct. 2010 dans l'aff. C-352/09 P, ThyssenKrupp c/ Commission, §50 ; Conclusions de l'av. gén. SHARPSTON du 10 fév. 2011 dans l'aff. C-272/09P, KME Germany, §63 ; Conclusions de l'av. gén. CRUZ-VILLALON du 12 juin 2012 dans l'aff. C-617/10, Aklagaren c/ Akergerg Fransson, §76 ; Conclusions de l'av. gén. BOT du 21 juin 2012 dans l'aff. C-89/11 P, EON Energie AG c/ Commission, §108 ; Conclusions de l'av. gén. MENGOZZI du 31 janv. 2013 dans l'aff. C-418/11, Textdata Software, §74-78 et du 30 janv. 2014 dans l'aff. C-382/12P, Mastercard c/ Commission, §122 et s.

⁸⁶⁷ Quoique le droit de la protection des libertés fondamentales dans le domaine pénal repose sur les notions d'« accusation en matière pénale » de l'article 6, et de « condamnation à une peine » des articles 5 et 7, le choix de recourir à l'une ou l'autre ne se pose pas réellement puisque la « matière pénale » constitue en réalité une « unité conceptuelle » (VAN DROOGHENBROECK, S., La dissolution de la matière pénale, note sous CEDH, 22 fév. 1996, Putz c/ Autriche, n°18892/91, Rev. dr. pén. crim. 1997, p. 930 ; ROLLAND, P., Article 7, La convention européenne des droits de l'homme – commentaire article par article, Economica, 1995, p. 362 ; TULKENS, F., Non bis in idem : un voyage entre Strasbourg et Luxembourg, in Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen et droits de l'homme, Liber amicorum en l'honneur de R. KOERING-JOULIN, Anthémis, 2015, p. 731). Lorsque sont laissés de côté les éléments procéduraux que sont l'« accusation » et la « condamnation », les critères d'identification des champs d'application des articles 5, 6, et 7 de la Convention se recoupent : technique juridique interne, existence d'une infraction pénale, but préventif ou dissuasif et répressif ou punitif, nature et sévérité de la sanction.

⁸⁶⁸ Expression de SOYER, J.C. et De SALVIA, M., « Article 6 », in PETTI, L., DECAUX, E. et IMERT, P.-H., La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article, Economica, 1999, p. 255. Egalement utilisée par GUINCHARD, A., Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire, LGDJ, 2003, n°139, notamment.

⁸⁶⁹ VAN DROOGHENBROECK, S., précité.

« accusations en matière pénale » n'ont pas toutes le même poids »⁸⁷⁰. Et pour celles « ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur »⁸⁷¹. Quoique cela soit passé relativement inaperçu en doctrine⁸⁷², la distinction est pourtant celle « autour de laquelle semble tourner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme »⁸⁷³ en formalisant la différence entre « applicabilité » et « application » des garanties afférentes à la matière pénale. Cette « dualisation »⁸⁷⁴ interne à la « matière pénale » peut être conceptualisée en une différenciation entre un « noyau dur du droit pénal » et ce que l'on peut qualifier de « matière pénale périphérique », ravivant ainsi la frontière entre le droit pénal et les autres types de répressions (section 1). Etant précisément l'objectif de la délimitation matérielle du champ pénal de l'Union, la notion de « noyau dur pénal » permet alors d'adapter la méthode originelle de la Cour EDH (section 2) en adéquation avec divers aspects des droits des deux enceintes européennes (section 3).

SECTION 1 – LA NOTION DE NOYAU DUR DU DROIT PENAL

222. La problématique de l'identification du noyau dur du droit pénal - Scinder la « matière pénale » en distinguant le « noyau dur du droit pénal », pour lequel le rigoureux respect de l'ensemble des garanties associées à la matière pénale doit être assuré, et une matière pénale « périphérique », à l'égard de laquelle on peut être plus tolérant, pose inévitablement la question de la frontière entre les deux. La Cour EDH fait relever de la matière pénale périphérique les contraventions administratives, les punitions pour manquement à la discipline pénitentiaire, les infractions douanières, les sanctions pécuniaires infligées pour violation du droit de la

⁸⁷⁰ CEDH, 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, req. n°73053/01, §43 – dans le même sens : CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, req. n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §120 ; 4 mars 2008, *Hüseyin Turan c/ Turquie*, req. n°11529/02, §32.

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² La formulation a été reprise mais peu commentée. Tout au plus a-t-il été relevé son caractère énigmatique (COLLET, M., *Les sanctions administratives et l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, JCP ad. et coll. Terr., 11 mars 2013, n°11, p. 2077), notamment quant à savoir ce qu'il convient d'en faire relever (SZYMCZAK, D., obs. sous CEDH, *Jussila c/ Finlande*, in : DUBOS, O. (dir.), *Europe (chron.)*, JCP ad. coll. terr. n°25, 18 juin 2007, p. 2156 ; SAINT-ESTEBEN, R., *L'entreprise, les règles de concurrence et les droits fondamentaux : quelle articulation ?*, *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2012, n°35, p. 187).

⁸⁷³ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans l'affaire *Schindler Holding c/ Commission*, C-501/11 P, §35.

⁸⁷⁴ VAN DROGHENBROECK, S., *Droit pénal et droits de l'homme, le point de vue de la Cour EDH*, in CARTUYVELS, Y. (dir.), *Droits de l'homme : épée ou bouclier du droit pénal*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 99.

concurrence et les amendes infligées par des juridictions financières⁸⁷⁵. Cette énumération est un indicateur fort appréciable, cependant, on ne peut que regretter qu'elle ne se soit pas montrée plus didactique dans la détermination de ce qu'il convient de faire relever de l'une ou l'autre des catégories⁸⁷⁶. Des critères liés à la qualification et à la sanction ont été proposés mais aucun d'eux n'emporte une solide conviction (§1). C'est finalement en se tournant vers l'infraction qu'apparaît le critère le plus pertinent (§2).

§1 - L'INSUFFISANCE DES CRITERES PROPOSES

223. Source juridictionnelle des critères proposés - Une lecture attentive de l'arrêt *Jussila* suggère que le « noyau dur du droit pénal » serait reconnaissable à l'infamie qu'il emporte et dont la « matière pénale périphérique » serait dépourvue (A). Les limites que ce critère rencontre rapidement expliquent sans doute que d'autres aient été proposés (B).

A- LE CRITERE DE DISTINCTION DEGAGE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EDH : L'INFAMIE

224. Le critère de l'infamie et ses limites - A lire la Cour, les infractions du noyau dur pénal comporteraient une dimension infamante que les infractions de la matière pénale périphérique ne comportent pas⁸⁷⁷ et qui s'exprimerait à travers la sanction⁸⁷⁸. Certes intéressant, le critère de l'infamie trouve toutefois rapidement ses limites. D'une part, en quarante années de

⁸⁷⁵ CEDH, *Jussila c/ Finlande*, précité - En citant successivement les arrêts de référence suivants : CEDH, 21 fév. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, req. n°8544/79 ; CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ R.-U.*, req. n°7819/77 et 7878/77 ; CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, req. n°10519/83 ; Comm. EDH, 30 mai 1991, *Stenuit c. France*, req. n°11598/85.

⁸⁷⁶ S'interrogeant sur la possibilité même de distinguer les catégories : « Il me paraît difficile, dans le contexte d'un procès équitable, de distinguer, à l'instar de la majorité, les infractions pénales ressortissant au « noyau dur du droit pénal » de celles qui n'en relèvent pas. Où doit-on tracer la frontière entre les unes et les autres ? » - Opinion partiellement dissidente du juge LOUCAIDES, partagée par les juges ZUPANČIČ et SPIELMANN, dans l'affaire *Jussila c/ Finlande* (précité). Plus nuancé : opinion concordante du juge MULARONI, précité.

⁸⁷⁷ « Il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les « accusations en matière pénale » n'ont pas toutes le même poids » - CEDH, *Jussila c/ Finlande*, précité, §43 ; *Grande Stevens et autres c/ Italie*, précité, §120 ; *Hüseyin Turan c/ Turquie*, précité, §32.

⁸⁷⁸ CEDH, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, précité, §122 : « par-delà leur gravité d'un point de vue financier, les sanctions que certains des requérants risquaient d'encourir avaient (...) un caractère infamant, étant susceptibles de porter préjudice à l'honorabilité professionnelle et au crédit des personnes concernées ».

jurisprudence, la Cour EDH ne s'y est que rarement référée. L'inscription au casier judiciaire, par exemple, stigmate de la condamnation pénale s'il en est un, est rarement prise en compte et fut retenue à propos d'une sanction fiscale, qui ne relève pourtant pas du noyau dur pénal⁸⁷⁹. D'autre part, étant observé que l'on retrouve les mêmes sanctions dans le noyau dur pénal et la matière périphérique, une même sanction semble difficilement pouvoir emporter un opprobre différent selon qu'elle relève du noyau dur pénal ou de la matière pénale périphérique⁸⁸⁰. Enfin, l'adoption du critère infamant ne soutient pas une confrontation déductive avec la jurisprudence de la Cour prise dans son ensemble. Dans l'affaire *Grande Stevens*, les requérants encouraient des sanctions qualifiées d'infamantes⁸⁸¹ pour des infractions au droit de la concurrence, domaine exclu du noyau dur pénal⁸⁸². De même, le contentieux disciplinaire pénitentiaire ne relève pas du noyau dur pénal⁸⁸³ bien qu'il soit affilié en général à la matière pénale en raison de l'infliction d'une peine privative de liberté⁸⁸⁴, sanction pénale par excellence, nécessairement infamante donc.

225. En tout état de cause, pour peu que l'on s'accorde à s'être « rendu compte depuis longtemps que toutes les peines sont, plus ou moins, afflictives et (ou) infamantes au point qu'on peut considérer avec certains auteurs que ces deux adjectifs constituent des caractères fondamentaux de la peine, c'est-à-dire de toute peine »⁸⁸⁵, le critère de distinction sera donc à rechercher ailleurs.

⁸⁷⁹ CEDH, 23 mars 1994, *Ravnsborg c/ Suède*, req. n°14220/88.

⁸⁸⁰ En sens : VAN DE KERCHOVE, les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme, in CARTUYVELS, Y. (dir.) *Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 343.

⁸⁸¹ CEDH, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, précité, §120.

⁸⁸² CEDH, *Jussila c/ Finlande*, précité, auquel l'arrêt *Grande Stevens* renvoie (§120). Confirmé par l'arrêt *Hüseyin Turan c/ Turquie*, précité, §32.

⁸⁸³ Voir n°222.

⁸⁸⁴ CEDH, 9 oct. 2003, *Ezeh et Connors c/ R.-U.*, précité ; 11 janv. 2005, n°33695/96, *Musumeci c/ Italie* ; 20 janv. 2011, n°19606/08, *Payet c/ France* ; 10 nov. 2011, n°48337/09, *Plathey c/ France*.

⁸⁸⁵ COUV RAT, P., *La catégorie des peines afflictives ou infamantes et des peines accessoires au regard du Conseil d'Etat*, RSC 2004, p. 153.

En ce sens, notamment : BENTHAM, J., *Théorie des peines légales*, éd. E. Dumont, 1829, p.20 ; MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Garnier, 1871, p. 82 ; GAROFALO, R., *La criminologie : étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Alcan, 1888, p. 259 ; CORNIL, L., *La mesure de sûreté envisagée objectivement*, *Rev. dr. pén. crim.*, 1929, p. 836 ; STEFANI, G., LEVASSEUR, G., et BOULOUC, B., *Droit pénal général*, Dalloz, 17e éd., 2000, n°473 et s.

Dans la jurisprudence de la Cour, le juge LOUCAIDES considère également que les procès pénaux « revêtent toujours pour eux un caractère infamant, quelle que soit la gravité des infractions pénales dont ils sont accusés, même si la stigmatisation qui en résulte peut être plus ou moins forte selon le degré de gravité des faits qui leur sont reprochés » (opinion dissidente du juge LOUCAIDES à laquelle les juges ZUPANČIĆ et SPIELMANN se sont ralliés – CEDH, *Jussila c/ Finlande*, précité).

Allant également en ce sens, la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) a défini la peine « inhumaine » comme celle qui inflige une souffrance allant « au-delà de celle que comporte inévitablement une forme donnée de peine légitime » (CEDH, 26 oct. 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n°30210/96, §92 ; 18 oct. 2001, *Indelicato c/ Italie*, req. n°31143/96, §32 ; 29 avril 2003, *Poltoratski c/ Ukraine*, req. n°38812/97, §132).

226. Le noyau dur pénal et la matière pénale périphérique devant les juridictions de l'Union – Alors que la distinction formalisée dans l'arrêt *Jussila* n'a pas connu de rayonnement particulier, celle-ci s'est étonnamment trouvée portée devant les juridictions de l'Union ; plusieurs requérants ont trouvé dans cette jurisprudence un nouvel argument pour contester l'équité des procédures de sanctions aux infractions du droit de la concurrence⁸⁸⁶. A ces occasions, des critères de différenciation entre noyau dur pénal et matière pénale périphérique destinés à ne soutenir, en accord avec la jurisprudence de Strasbourg, que le caractère - et non la nature - pénal de ce contentieux ont été avancés. Aucun ne convainc solidement, cependant.

227. Critère de la qualification interne - Pour la Commission européenne, le noyau dur pénal s'identifierait par le seul premier critère Engel - la technique juridique - et la matière pénale périphérique à la lumière déterminante des deux autres⁸⁸⁷. On ne saurait, toutefois, se laisser séduire par une démarche prenant à contrepied le précepte fondamental de la méthodologie de la Cour Européenne : « si les États contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d' « administrative » plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention »⁸⁸⁸. Ce qui valait pour l'affiliation à la « matière pénale », au sens large, vaut également pour l'établissement, au sein même de celle-ci, d'une distinction ayant un impact sur la rigueur des exigences procédurales.

⁸⁸⁶ Voir : CJUE, 16 nov. 2011 (ord.), Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG c/ Commission, aff. C-73/10, §32 (évoqué par la Commission) ; 8 déc. 2011, Chalkor c/ Commission, aff. C-386/10P, §40 et 50 (invoqué par la requérante) ; 18 juill. 2013, Schindler Holding, aff. C-501/11, §25 (invoqué par la requérante) ; TUE, 24 mars 2014, Saint Gobain SA C/ Commission, aff. T-56/09 et T-73/09, §63 et 70 ; conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans l'affaire Schindler Holding, §25 ; Conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans l'affaire Schenker & co., (aff. C-681/11), §40 ; conclusions de l'av. gén. SHARPSTON du 10 fév. 2011 dans l'affaire KME Germany (aff. C-272/09 P), §67 ; conclusions de l'av. gen. MENGOZZI du 17 fév. 2011 dans l'affaire Elf Aquitaine c/ Commission (aff. C-521/09 P), §30.

⁸⁸⁷ Ainsi qu'il est rapporté par l'ordonnance Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG c/ Commission, C-73/10, §32. Dans le même sens, F. SUDRE évoque « les garanties de l'article 6, qui « ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur » aux sanctions « pénales » au sens de l'article 6 mais non pénales en droit interne » (JCL Europe – Traité, Fasc. 6526, La convention européenne des droits de l'homme – droit au procès équitable, n°63).

⁸⁸⁸ Notamment : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précit, §49 – dans le même sens : antérieurement, Engel et autres c/ P.-B., précité, §§80 – 81.

228. Critère de dimension qualitative de la sanction - De son côté, l'avocat général KOKOTT observait que « le point de savoir si une matière fait partie du « noyau dur » du droit pénal au sens de l'article 6 de la CEDH ne peut pas s'apprécier uniquement en fonction du montant des sanctions infligées. (...) Ce n'est pas la seule appréciation quantitative qui importe, mais aussi, de manière très décisive, une appréciation qualitative des sanctions infligées »⁸⁸⁹. Il est vrai que la seule approche quantitative de la sanction laisse perplexe. Elle (dé)placerait la frontière entre noyau dur du droit pénal et matière pénale périphérique au gré d'un seuil de sévérité de la sanction sur la détermination duquel il faudrait encore s'accorder. Ce serait, en outre, s'en remettre au seul troisième réactif, lequel apparaît être un réactif d'opportunité « protectionniste », permettant d'adapter les garanties appropriées à l'enjeu encouru⁸⁹⁰. Pour cet avocat général, il conviendrait alors de privilégier la dimension qualitative de la sanction, laquelle s'apprécierait en fonction de la nature et des destinataires de la sanction. Ainsi, le fait que les sanctions du droit de la concurrence ne visent que des personnes morales et ne peuvent consister en une peine privative de liberté légitimerait une exclusion du noyau dur pénal et une moindre rigueur dans le respect des garanties procédurales « pénales »⁸⁹¹. La solution est particulièrement, et très opportunément, séduisante dans le contexte du contentieux communautaire de la concurrence⁸⁹², mais sa généralisation met à jour de trop nombreuses insuffisances. D'une part, l'adoption d'un tel critère ne se reflète pas dans l'énumération faite par la Cour EDH des contentieux exclus du noyau dur pénal : les contraventions administratives ou les sanctions infligées par les juridictions financières peuvent aussi bien viser des personnes physiques que morales. A l'inverse, le contentieux disciplinaire pénitentiaire ne peut concerner que des personnes physiques. D'autre part, une solution consacrant une rupture d'égalité des justiciables devant les droits fondamentaux en fonction du seul critère d'être une personne physique ou morale est peu séduisante, à maints égards.

⁸⁸⁹ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans l'affaire C-501/11 P, Schindler Holding c/ Commission, §34 – 35.

⁸⁹⁰ Voir infra, n°242.

⁸⁹¹ Point 35 des conclusions de l'av. gén. KOKOTT, précité.

⁸⁹² Le contentieux communautaire de la concurrence ne connaît que des personnes morales et non physiques, de sorte que la retenue de ces critères assure la pérennité d'une jurisprudence qui, nonobstant l'avant-gardisme avec lequel elle a assuré le respect de certaines garanties procédurales, a toujours nié la nature pénale des sanctions infligées et n'a concédé leur caractère pénal que dans la lignée de la Cour EDH – voir note n°1197.

229. Malgré tout, il semble bien que la Cour évoque les différents « poids » des accusations en matière pénale dans une acception plus qualitative que quantitative⁸⁹³. C'est cependant à la lumière d'une appréhension « qualitative » de l'infraction, plutôt que de la sanction⁸⁹⁴, que la frontière entre noyau dur pénal et matière pénale périphérique s'éclaire le mieux.

§2- L'ADOPTION DU CRITÈRE DU BIEN JURIDIQUE PROTEGE

230. *L'intérêt pour la théorie du bien juridique en droit pénal* – Quoique la doctrine pénale française ne se soit qu'assez peu intéressée au concept de « bien juridique »⁸⁹⁵ dans la théorie de l'infraction⁸⁹⁶, cette notion fait partie intégrante de la théorie générale du droit pénal dans plusieurs Etats membres de l'Union et parties à la Convention⁸⁹⁷. Eu égard à la composition de la Cour EDH, il n'est pas hors de propos de rechercher l'ombre de la notion (A) dans la distinction entre « noyau dur pénal » et « matière pénale périphérique » (B).

A- LA NOTION DE « BIEN JURIDIQUE » : PREMIERE APPROCHE

231. *Le « bien juridique », un concept* - Qu'est-ce qu'un bien juridique ? La question est délicate. Pour un auteur, une définition matérielle du bien juridique est pratiquement

⁸⁹³ Non sans évoquer ce « poids » des accusations, déjà à l'occasion de l'arrêt Öztürk le juge BINDSCHEDLER énonçait dans son opinion dissidente que « les garanties de l'article 6 n'ont pas été conçues en vue de s'appliquer à propos d'infractions de caractère bénin, n'entraînant pas la condamnation morale qui s'attache aux infractions pénales » (v. également Opinion dissidente commune à Mme BINDSCHEDLER-ROBERT, M. MATSCHER et M. BERNHARDT, juges, sur l'applicabilité de l'article 6 – CEDH, 25 août 1987, Lutz c/Allemagne, req. n°9912/82.) A d'autres occasions, la Cour évoqua des infractions « trop futiles pour être régies par le droit pénal et la procédure pénale » (CEDH, 23 oct. 1995, Palaoro c/Autriche, req. n°16718/90 ; 9 mars 2006, Menecheva c/ Russie, req. n°59261/00).

⁸⁹⁴ Dans une certaine mesure, la nature, au moins, de la sanction – privative de liberté ou non – participe de l'appréciation de sa sévérité et donc d'une appréciation d'ordre quantitative (à ce propos, voir n°240-241).

⁸⁹⁵ On entendra pour le moment la notion de « bien juridique » comme le concept, la qualification juridique, regroupant les objets de protection du droit pénal. La question de ce que sont précisément les biens juridiques sera ultérieurement évoquée.

⁸⁹⁶ LEBLOIS-HAPPE, J., PIN, X., WAKTHER, J., Chronique de droit pénal allemand –RIDP, 2007, p. 627, n°11 ; LACAIZE, M., Réflexion sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal, LGDJ, 2011, p. 7, 32, 101 et 103, notamment..

⁸⁹⁷ En particulier en Allemagne, en Espagne et en Italie ; voir : LACAIZE, M., précité, p 31 à 99 à travers les présentations des différentes théories du bien juridique ; LEBLOIS-HAPPE, J., PIN, X., WAKTHER, J., précité. De même, R. PARIZOT dans son étude franco-italienne de la criminalité organisée a nourri sa réflexion en recourant au concept de bien juridique, compte tenu de la place importante de la notion en droit pénal italien (La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie, LGDJ, 2010, notamment p. 167 et s.).

impossible⁸⁹⁸ car « bien juridique » est un terme primitif du langage juridique, un de ces mots indéfinissables par nature pour la simple raison qu'il est impossible de tout définir à l'infini sans tomber dans un cercle vicieux⁸⁹⁹. Il est vrai qu'une revue sommaire des nombreux courants doctrinaux s'étant opposés sur la question fait sérieusement douter de la possibilité de s'accorder précisément sur la notion ; toutes les propositions doctrinales ont essuyé de sérieuses critiques⁹⁰⁰. On peut plus aisément s'accorder sur la « signification juridique » attribuée par convention de langage scientifique⁹⁰¹.

232. *Appréhension lexicale du concept* - Pour autant que le concept « bien juridique » procède d'une convention de langage juridique, il n'y en ait guère qui ne soit totalement libre et dépourvu de tout critère⁹⁰². Le terme de « bien » est, en droit, la classe universelle qui regroupe toutes les choses, matérielles ou non, réelles ou théoriques, existantes ou non⁹⁰³, en opposition à la classe des « personnes ». Si l'infraction pénale a pour objet un « bien juridique » et qu'un bien n'est pas une personne, il est au moins exclu de considérer que l'objet de l'infraction pénale est la protection des personnes ; on s'accordera sans difficulté sur le fait que le droit pénal ne protège pas uniquement les personnes. Le « bien » juridique est donc quelque chose, toute chose, ce qui ne nous avance guère. De son côté, le terme « juridique » renvoie à la juridicité⁹⁰⁴, notion éminemment sujette à controverse, dont on retiendra une définition simple et consensuelle : le « caractère de ce qui est placé sous l'empire du droit, par opposition aux normes de la vie sociale : mœurs, convenances, morale, religion. La possibilité d'une sanction judiciaire en constitue un critère »⁹⁰⁵. Les « biens », aussi indéterminés soient-ils, se transforment en « biens *juridiques* » par l'imposition d'un « devoir juridique », un impératif normatif⁹⁰⁶. Et dans la mesure où l'on parle

⁸⁹⁸ GRZEGORCZYK, G., Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? Archives de philosophie du droit, tome 24, les choses et les biens, Sirey 1979, p. 267 : « force nous est de reconnaître que, quelle que soit la voie d'approche de la définition du bien juridique, celle-ci se présente comme impossible à construire. Il est donc permis de se demander si cette impossibilité n'est pas attachée au caractère même de la notion en question. Autrement dit, cela suggère que cette notion est purement et simplement indéfinissable. Cette hypothèse paraît choquante, seulement à première vue car il suffit de se rendre compte que plusieurs sub-langages, et surtout ceux qui sont entièrement ou partiellement formels, contiennent dans leur arsenal quelques notions qui sont indéfinissables. Ceci est le cas de la « droite » ou du « point » en géométrie ».

⁸⁹⁹ *Ibid.*

⁹⁰⁰ Voir : LACAZE, M., précité, p. 31 à 99 à travers les présentations des différentes théories du bien juridique.

⁹⁰¹ GRZEGORCZYK, G., précité, p. 268.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 271.

⁹⁰³ GRZEGORCZYK, G., précité, p. 271.

⁹⁰⁴ En ce sens, quoique butant sur la controverse entourant la notion de « juridicité » : GRZEGORCZYK, G., précité, p. 260-261.

⁹⁰⁵ V° Juridicité, in Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2011.

⁹⁰⁶ En ce sens, DARGENTAS, E., La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale, RPDP, 1977, p. 416.

volontiers du « bien juridiquement protégé », le devoir-être imposé par le législateur est celui de respecter ce bien, l'interdit de porter atteinte à son existence⁹⁰⁷. Ainsi, le concept « bien juridique » constitue la représentation mentale générale et abstraite permettant de réunir l'ensemble des objets de protection du droit⁹⁰⁸.

233. Précision terminologique – Une précision terminologique s'impose, cependant. Si le concept de « bien juridique » permet de réunir sous un vocable unique l'ensemble hétérogène des objets protégés par le droit, il est, dans la grande majorité des cas, sous-entendu « protégés *par le droit pénal* ». Toutefois, toute protection juridique n'est pas nécessairement de nature pénale. De même, tous les biens méritant une protection juridique n'ont pas nécessairement besoin d'une protection pénale. Comme l'évoquait l'avocat général MENGGOZZI, en confrontant une infraction au droit de l'Union aux critères « Engel », « le bien juridique protégé, à savoir le droit des tiers de connaître l'état de santé de la société, peut être protégé tant par le droit administratif que par le droit pénal »⁹⁰⁹. Aussi, à la suite du Professeur MIR PUIG, il semble particulièrement opportun de distinguer les concepts de « bien juridique » et de « bien juridico-pénal »⁹¹⁰.

234. En somme, « bien juridique » est donc toute chose connue et reconnue par le Droit, mais n'est un bien juridico-pénal que la chose protégée par le droit pénal. Ainsi appréhendé, le concept de bien juridique s'offre en critère permettant de distinguer le noyau dur du droit pénal au sein de la « matière pénale ».

⁹⁰⁷ Ibid ; LACAZE, M., précité, p. 301.

Voir également : TUE (ord.), 10 sept. 2008, *Município de Gondomar c/ Commission*, aff. T-324/06, §18. En ce sens également : Conclusions de l'av. gén. STIX-HACKL présentées le 18 mars 2004 dans l'affaire C-36/02, *Omega*, §93, évoquant « les biens juridiques dont la protection et le respect sont imposés par le droit communautaire lui-même ».

⁹⁰⁸ En ce sens, LACAZE, M., précitée, p. 7 s'inspirant, pour la première de CABRILLAC, R., introduction générale au droit, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. Cours, 2007, p. 27-28, n°30. La définition complète de l'auteur précise que la protection est pénale ; le « bien juridique » qui est ainsi défini correspond au bien juridico-pénal selon la distinction qui va être immédiatement adoptée.

⁹⁰⁹ Conclusions de l'av. gén. MENGGOZZI présentées le 31 janv. 2013, dans l'affaire C-418/11, *Texdata Software GmbH*, §§76-78. Celui-ci conclut d'ailleurs que « même si le régime de sanctions en cause devait être considéré comme relevant du domaine pénal au sens de la CEDH, il ne ferait certainement pas partie du «noyau dur du droit pénal» ».

⁹¹⁰ MIR PUIG, S., *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi* en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, Universidad de Santiago de Compostela, p. 205 et s. consultable sur : http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4205/1/pg_204-217_penales14.pdf.

235. Les droits et libertés proclamés par la convention : biens juridiques protégés par le noyau dur du droit pénal - Les droits et libertés de la convention répondent à la définition conceptuelle du bien juridique : leur proclamation impose leur respect, toute atteinte ou restriction devant être dûment légitimée sous peine d'être sanctionnée par la Cour EDH. Finalement, confronter ce qui a été exclu du noyau dur pénal aux droits protégés par la Convention, semble être l'opération permettant de trouver la frontière entre le noyau dur pénal et la matière pénale périphérique : les contraventions administratives, le contentieux disciplinaire pénitentiaire, le droit de la concurrence, les infractions douanières, les amendes infligées par les juridictions financières⁹¹¹ ne font écho à aucun des droits ou libertés que la Convention et la Cour défendent⁹¹². En revanche, en présence d'une infraction « visant à la protection de la dignité humaine et l'ordre public, valeurs et intérêts qui ressortissent normalement de la sphère de protection du droit pénal », et s'évinçant indiscutablement des droits garantis par la convention, même « la référence au caractère « mineur » des actes n'exclut pas (...) la nature pénale d'une infraction »⁹¹³.

236. Les droits et libertés proclamés par la convention directement atteints par les infractions du noyau dur pénal - Toutefois, la simple existence d'un lien entre l'infraction litigieuse et un droit ou une liberté défendu par la convention semble insuffisante pour appréhender le noyau dur du droit pénal. En effet, les contraventions administratives de la circulation routière⁹¹⁴, par exemple, contribuent à la protection de la vie et de l'intégrité physique. Le contentieux disciplinaire pénitentiaire participe, quant à lui, à la protection du corolaire du

⁹¹¹ Pour respectivement assurer le respect d'une réglementation, le bon fonctionnement des prisons, préserver le marché, le commerce national ou plus largement l'économie (en ce sens : BERR, J.-C., Introduction au droit douanier, Economica, 2008, p. 3 ; BERR, J.-C. et TREMEAU, H, le droit douanier, régime des opérations de commerce international en France et dans la C.E.E, LGDJ, 1981, p. 19 et s.), et les finances publiques.

⁹¹² Pour les principaux : la vie (art. 2 de la conv., art 1 du prot. n°7 : interdiction de la peine de mort), l'intégrité physique et la dignité humaine (art. 3 : interdiction de la torture, de l'esclavage et du travail forcé), la liberté et la sûreté (art. 5 homonyme, auxquels contribuent les art. 6 et 7, plus spécifiquement : art. 2 du prot. n°4 : liberté de circulation), vie privée et familiale (art. 8 conv., 12 : droit au mariage), la liberté d'expression, de pensée et de religion (art. 8), d'association (art. 10), l'égalité (entre époux : art. 5 prot. n°7), interdiction générale de la discrimination (art. 1, prot. 12).

⁹¹³ CEDH, 10 fév. 2009, Zolotoukhine c/ Russie, req. n°14939/03, §55.

⁹¹⁴ Si l'énumération de la Cour EDH des domaines ne relevant pas du noyau dur pénal mentionne évasivement « les contraventions administratives », l'arrêt d'illustration cité par la Cour, l'arrêt Öztürk, renvoie plus particulièrement aux infractions administratives de la circulation routière.

droit à la liberté : l'interdiction des privations de libertés abusives/excessives. Pourtant, dans ces deux cas, les contentieux relèvent de la matière pénale périphérique et non du noyau dur. En s'inspirant de la distinction entre infraction d'essence pénale et d'essence administrative du professeur DEGOFFE⁹¹⁵, la dualisation de la matière pénale s'affine : l'infraction du noyau dur pénal ne doit pas seulement contribuer à la protection ou à la garantie d'un droit ou d'une liberté prévu par la convention ; elle doit équivaloir à l'affirmation de son existence, aussi bien contre les entraves à son exercice que contre les abus dans son exercice, « sans qu'il soit demandé d'adhérer à un groupement, d'obtenir une autorisation ». En revanche, « s'il n'y a pas de liberté initiale proclamée mais exercice de droits ou de libertés dans un cadre réglementé, fermé (régime d'autorisation par exemple) », si elle se rapporte à l'exercice d'une « activité qui est subordonnée à de telles formalités »⁹¹⁶, l'infraction sera d'essence purement administrative⁹¹⁷.

CONCLUSION DE LA SECTION

237. De l'extraction de la notion de « noyau dur » à son exploitation - La dualisation de la matière pénale rétablit la frontière entre le droit pénal et les autres types de répression, et permet d'exclure du champ d'étude les infractions qui, bien que présentant les caractères de l'infraction pénale, ne répondent pas exactement à des considérations traditionnellement pénales. La notion de noyau dur pénal étant précisée et ramenée, dans le contexte du droit de la convention EDH, aux infractions portant directement atteinte à un bien juridique protégé par la convention, c'est-à-dire aux droits et libertés garantis par elle, il convient de l'intégrer à la méthodologie de la matière pénale.

⁹¹⁵ DEGOFFE, M., L'ambiguïté de la sanction administrative, AJDA 2001, pp. 27 et s.

⁹¹⁶ Le Professeur ajoute que cet élément de distinction rayonne fréquemment sur le type de sanction. Quand « l'individu ne détient pas une liberté initiale, mais s'insère dans une réglementation, la sanction est créée pour faire respecter cette réglementation. Le médecin qui méconnaît le code de déontologie pourra être interdit d'exercice de sa profession. Le propriétaire d'un débit de boissons pourra voir fermer son établissement s'il ne respecte pas la législation relative à cette activité. Mais si la sanction n'a plus aucun rapport avec la réglementation qu'elle tend à faire respecter, elle devient alors une punition. C'est le cas le plus souvent des sanctions pécuniaires ». – DEGOFFE, M., précité.

⁹¹⁷ En ce sens également : CEDH (déc.), 11 janv. 2001, Inocencio c/ Portugal, req. n°43862/98 : « l'exigence d'obtenir un permis afin de procéder à des travaux de construction doit s'analyser comme une réglementation de l'usage des biens, ayant pour but de mener une politique d'urbanisme équilibrée. La sanction du non-respect d'une telle exigence ne saurait constituer une mesure punitive et répressive s'appliquant de manière générale à tous les citoyens ».

SECTION 2- L'ADAPTATION DE LA METHODOLOGIE « ENGEL » AU NOYAU DUR DU DROIT PENAL

238. Démarche adoptée - Ainsi que le reconnaît la Cour elle-même, « par application des critères « Engel », les organes de la Convention ont jeté les bases d'une extension progressive de l'application du volet pénal de l'article 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal⁹¹⁸, faisant parfois douter de la cohérence de l'ensemble⁹¹⁹ au sein même de la Cour⁹²⁰. La notion de noyau dur du droit pénal permet précisément de recentrer la matière pénale sur des infractions relevant traditionnellement du droit pénal. Ce noyau dur étant au cœur de la matière pénale, il convient simplement d'ajuster la méthodologie « Engel » à lumière de cette notion et de l'objectif poursuivi par sa prise en compte. S'agissant de recentrer une matière pénale étendue sur son noyau dur, il convient tout d'abord de délaissier les éléments notoirement extensifs de la méthodologie « Engel » (§1). Conservant le réactif qu'est la prise en compte de la technique juridique interne (§2), celui de l'infraction pénale, en revanche, devra être adapté pour intégrer la notion de noyau dur pénal (§3).

§1- L'ABANDON DES FACTEURS D'EXTENSION DE LA MATIERE PENALE

239. Les facteurs d'extensions - Il résulte des études dédiées à la méthode d'identification de la matière pénale que deux éléments sont principalement à l'origine de l'extension de son champ d'application au-delà des frontières traditionnelles du droit pénal : le réactif de la sanction pénale (A) et le recours aléatoire aux deux méthodes de pondération des réactifs, la méthode alternative et cumulative (B).

⁹¹⁸ CEDH, *Jussila c/ Finlande*, précité, §43.

⁹¹⁹ Voir en ce sens : VAN DROOGHENBROECK, S., *La dissolution de la matière pénale*, note sous CEDH, 22 fév. 1996, *Rev.dr.pén.crim.*, 1997, p. 945 ; KOERING-JOULIN, R., *Introduction générale*, in *les nouveaux développements du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 18-19 ; KASTANAS, E., *Unité et diversité – notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour EDH*, Bruylant, 1996, p. 367.

⁹²⁰ « Je vois mal la cohérence du raisonnement suivi ici avec la jurisprudence de la Cour dans son ensemble. J'ai du mal à concilier la nature administrative de l'interdiction du territoire avec la nature pénale de majorations d'impôts pour mauvaise foi (arrêt *Bendenoun c/ France* du 24 février 1994, req. n°12547/86), d'une ordonnance de confiscation prise en complément d'une peine d'emprisonnement (arrêt *Welch c./Royaume-Uni* du 9 février 1995), d'une contrainte par corps venant assortir une peine d'amende (arrêt *Jamil c/ France* du 8 juin 1995, req. n°15917/89), ou encore du retrait de points sur le permis de conduire d'un automobiliste (arrêt *Malige c/ France* du 23 septembre 1998, req. n°27812/95) – *Opinion concordante du juge COSTA*, à laquelle les juges HEDIGAN et PANTIRU déclarent se rallier, arrêt *Maaouia c/ France* (5 octobre 2000, req. n°39652/98).

240. Du rejet d'une conception formelle aux sous-critères d'une conception matérielle de la sanction – Se départissant d'une conception formelle de la sanction pénale⁹²¹, la Cour EDH cherche, au titre du troisième critère Engel, si l'intéressé a été exposé⁹²², condamné, ou a exécuté⁹²³ « une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressort en général de la « matière pénale »⁹²⁴. Bien que ponctuellement, les modalités d'exécution de la sanction, telle l'inscription au casier judiciaire⁹²⁵ ou une loi d'amnistie⁹²⁶ participent à l'analyse, c'est généralement la sévérité de la sanction qui fournira les indications déterminantes, une sévérité par nature ou par mesure.

241. La sévérité pénale, par nature ou par mesure - Pour la Cour EDH, « relèvent en général du droit pénal (...) les peines (...) qui consistent d'habitude en des mesures privatives de liberté et en des amendes »⁹²⁷. Le droit de l'Union ne connaissant la peine privative de liberté que dans le cadre du volet pénal de l'ELSJ dont l'appartenance au champ pénal ne sera pas discutée, on s'intéressera essentiellement ici à l'amende. Pour la Cour EDH, « si l'amende paraît à certains égards moins afflictive (...), elle n'en a pas moins conservé le caractère punitif par lequel se distinguent d'habitude les sanctions pénales »⁹²⁸. Elle estima même récemment que « l'imposition

⁹²¹ Bien que le fait qu'une mesure résulte de plein droit d'une condamnation pénale incite fortement à la considérer comme une sanction pénale (CEDH, 23 sept. 1998, Malige c/ France, req. n°27812/95, §38), une mesure prononcée à l'issue d'une procédure pénale n'est pas toujours une peine (CEDH, 5 oct. 2000, Maaouia c/ France, req. n°39652/98 (interdiction du territoire – une analyse qui n'a pas fait l'unanimité de la Cour, cependant. V. l'opinion concordante du juge COSTA, à laquelle les juges HEDIGAN et PANTIRU déclarent se rallier) ; 7 déc. 2006, Van der Velden c/ P.-B., req. n°29514/05 ; 17 déc. 2009, Gardel c/ France, req. n°16428/05 ; 17 déc. 2009, B.B c/ France, req. n°5335/06, §42(obligation de fournir un échantillon d'ADN et d'être inscrit dans un fichier tel le FIJAIS).

⁹²² Evoquant la sanction encourue : CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ R.-U., précité, §73 ; 22 mai 1990, Weber c/ Suisse, req. n°11034/84, §34 ; 27 août 1991, Demicoli c/ Malte, req. n°13057/87, §34 ; 10 juin 1996, Benham c/ R.-U., req. n°19380/92, §56 ; 24 sept. 1997, Garyfallou AEBE c/ Grèce, req. n°18996/91, §§33-34 ; 9 oct 2003, Ezech et Connors c/ R.-U., précité, §52 – étant précisé que « la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée, et non à la gravité de la sanction finalement infligée (CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, req. n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10 ; 8 juin 1976, Engel et autres c/ P.-B., précité, §82 ; 11 juin 2009, Dubus S.A. c/ France, req. n°5242/04, §37).

⁹²³ Prenant en considération la sanction prononcée ou exécutée : CEDH, Campbell et Fell c/ R.-U., précité, §73 ; 24 fév. 1994, Bendenoun c/ France, req. n°12547/86, §47.

⁹²⁴ Notamment : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §54 ; 25 août 1987, Lutz c/ Allemagne, req. n°9912/82, §55 ; Ezech et Connors c/ R.-U., précité, §18.

⁹²⁵ CEDH, 25 mars 1983, Minelli c/ Suisse, req. n°8660/79 ; 23 mars 1994, Ravnsborg, c/ Suède, req. n°14220/88. *A contrario*, l'absence d'inscription n'est pas un indice déterminant exclusif d'un rattachement pénal : CEDH, 21 fév. 1984, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53 ; 2 sept. 1998, Kadubec c/ Slovaquie, req. n°27061/95.

⁹²⁶ CEDH, 26 juillet 2000, Guisset c/ France, req. n°33933/96 (sanctions prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière).

⁹²⁷ CEDH, Engel et autres c/ P.-B., précité, §82 ; Öztürk c/ Allemagne, précité, §53.

⁹²⁸ CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53.

d'une amende, aussi faible qu'en soit le montant, poursuit nécessairement un objectif de dissuasion et de répression »⁹²⁹. A cet égard, et assez ironiquement, l'amende ferait figure de sanction pénale par nature, et par excellence, devant la privation de liberté qui, en revanche, ne l'est pas systématiquement. En effet, l'affiliation pénale d'une sanction peut également être déterminée au regard de sa sévérité concrète, de « l'enjeu »⁹³⁰, du « préjudice important »⁹³¹ ou des « lourdes conséquences »⁹³² qu'elle emporte pour l'intéressé. Ainsi par exemple⁹³³, une peine privative de liberté de courte durée peut être exclue du champ pénal⁹³⁴. A l'inverse, le retrait de points du permis de conduire a été considéré comme relevant du champ pénal puisqu'il peut « entraîner à terme la perte de la validité du permis de conduire [alors qu'il] est incontestable que le droit de conduire un véhicule à moteur se révèle de grande utilité pour la vie courante et l'exercice d'une activité professionnelle »⁹³⁵. Bien que la logique convainc sans difficulté, on pourra toutefois « s'étonner de ce que, dans [l'affaire Pierre-Bloch c/ France], on semble estimer qu'un montant de 59 572 francs français (environ 9 000€) n'est pas assez important pour en faire une sanction relevant de la « matière pénale » au sens de l'article 6 § 1, alors qu'on a admis que 60 marks allemands (environ 30€) suffisaient dans l'affaire Öztürk, 300 francs suisses (environ 260€) dans l'affaire Weber et 250 livres maltaises (environ 600 €) dans l'affaire Demicoli »⁹³⁶. Cela étant, eu égard au rôle attribué de fait par la Cour EDH au réactif de la sanction, celui-ci ne sera pas repris en tant que tel par la suite.

242. Le rôle extensif de la sanction pénale – Malgré l'ambiguïté qu'entretient la Cour, le réactif de la sanction est le critère décisif susceptible de la convaincre d'un rattachement pénal. La

⁹²⁹ CEDH, 31 mai 2011, *Kurdov et Ivanov c/ Bulgarie*, req. n°16137/04, §40.

⁹³⁰ CEDH, *Ravnsborg c/ Suède*, précité, §35 ; *Zolotoukhine c/ Russie*, précité, §56.

⁹³¹ CEDH, *Engel et autres c/ P.-B.*, précité, §82.

⁹³² CEDH, *Campbell et Fell c/ R.-U.*, précité, §72.

⁹³³ Autre illustration : CEDH, 22 mai 1990, *Weber c/ Suisse*, req. n°11034/84, §34 où la possibilité de convertir une amende non payée en jours d'arrêts caractérise un « enjeu d'une importance assez grande pour entraîner la qualification de pénale ».

⁹³⁴ . CEDH, *Zolotoukhine c/ Russie*, précité, §56 ; *Ezeh et Connors c/ R.-U.*, précité, §126 ; *Comm. EDH, X c/ Suisse*, req. n°87778/89 ; *Campbell et Fell c/ R.-U.*, précité, §86 ; 9 mars 2006, *Menecheva c/ Russie*, req. n°59261/00, §97 – cette position de la Cour EDH ne fait pas l'unanimité : « Le droit pénal étant par excellence le droit de la coercition et de l'enfermement, il paraît peu opportun de considérer que dès lors qu'elle est brève, une peine d'emprisonnement perd son caractère pénal. (...) Ne durerait-elle que vingt-quatre heures, une privation de liberté demeure une peine au sens pénal du terme, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger en plus sur son quantum » - KOERING-JOULIN, R., TRUCHE, P., précité, p. 519 – Dans le même sens, opinion dissidente du juge CREMONA dans l'arrêt *Engel*. *Contra* : M. VAN DE KERCHOVE rappelle, ainsi que l'implique l'article 5, §1 de la convention, que toute privation de liberté n'est pas nécessairement une sanction. (Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification, précité, p. 481) L'internement d'un aliéné est évidemment une privation de liberté mais non, avec la même évidence, une peine (CEDH, 24 oct. 1979, *Winterwerp. c/ P.-B.*, req n°6301/73).

⁹³⁵ CEDH, 23 sept. 1998, *Malige c/ France*, req. n°27812/95, §39.

⁹³⁶ Opinion dissidente de M. le juge DE MEYER dans l'affaire *Pierre-Bloch c/ France* (21 oct. 1997, req. n°24194/94).

clause méthodologique le dit expressément : « pour que l'article 6 § 1 s'applique au titre des mots « accusation en matière pénale », il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, « pénale » au regard de la convention, **ou** ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la « matière pénale »⁹³⁷. Un schéma d'appréciation modélisé par la doctrine aux fins d'une meilleure compréhension de la méthodologie « Engel » le résume ainsi⁹³⁸ :

A (degré de réponse faible) < B (degré de réponse moyen) < C (degré de réponse haut)⁹³⁹.

Les modèles élaborés par différents auteurs à partir d'arrêts ultérieurs ne démentent que partiellement le caractère décisif du réactif de la sanction. Quels que soient les matières concernées et les aléas méthodologiques⁹⁴⁰, une seule constante : le réactif de la sanction est celui qui convaincra du basculement d'une infraction mixte ou ambiguë dans « la matière pénale »⁹⁴¹, ou l'en exclura en présence d'une sanction « trop peu sévère »⁹⁴².

⁹³⁷ Notamment : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §54 ; Lutz c/ Allemagne, précité, §55 ; Ezeh et Connors c/ R.-U., précité, §86 ; Kadubec c/ Slovaquie, précité, §51 ; Menarini Diagnostics S.R.L. c/ Italie, précité, §38.

Contra : caractérisant l'ambiguïté mentionnée : CEDH, 10 juill. 2012, Del Rio Prada c/ Espagne, req. n°42750, §82 : « La gravité de la mesure n'est toutefois pas décisive en soi ». CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, précité, §§34-35 : « il n'existe pas, dans la jurisprudence de la Cour, de précédent faisant autorité qui permette de dire que la légèreté de la sanction constituerait (...) un facteur décisif pour exclure du champ d'application de l'article 6 une infraction revêtant par ailleurs un caractère pénal » - En évoquant l'absence de « précédent faisant autorité », la Cour fait ici référence à l'affaire Morel c/ France (3 juin 2003, req. n°54559/00) à l'occasion de laquelle elle avait estimé que la majoration d'impôt de 10% imposée à titre de sanction fiscale n'avait pas atteint un montant suffisamment élevé pour relever de la matière pénale « alors même que les autres conditions requises pour l'application de cette disposition (généralité de la norme, sanction dépourvue de caractère indemnitaire poursuivant un but préventif et répressif) étaient incontestablement réunies ». Cette solution « ne fait pas autorité » dans la mesure où la Cour précisa par la suite que cette décision doit être regardée comme une exception.

⁹³⁸ A correspond au critère de la technique juridique interne, B à celui de l'infraction et C à celui de la sanction.

⁹³⁹ Groupe de recherche droits de l'homme et logiques juridiques, « la « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal » RSC 1987/4, 820 et s., spé. p. 824.

⁹⁴⁰ Voir infra, n°244.

⁹⁴¹ VELU, J. et ERGEC, R., Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, coll. Répertoire pratique de droit belge, 2^{ème} éd., p. 477.

En matière disciplinaire, par ex : CEDH, Campbell et Fell c/ R.-U., précité ; Ezeh et Connors c/ R.-U., précité ; Comm. EDH, 26 sept. 2000, Guisset c/ France, req. n°33933/96 ; 22 mai 1990, Weber c/ Suisse, req. n°11034/84 ; 27 août 1991, Demicoli c/ Malte, req. n°13057/87 ; 23 mars 1994, Ravnsborg c/ Suède, req. n°14220/88 ; 22 fév. 1996, Putz c/ Autriche, req. n°18892/91, notamment. Dans le sens de ce schéma : MILANO, L., précité p. 160-161 ; VELU, J. et ERGEC, R., précité.

En matière fiscale, la Cour conclut parfois à l'applicabilité de l'article 6, §1 au regard du seul critère de la sévérité de la sanction, par ex : CEDH, 25 sept. 2007, Loncke c/ Belgique, req. n°20656/03, §41 ; 24 fév. 1994, Bendenoun c/ France, req. n°12547/86 ; 26 sept. 2000, Kadri c/ France, req. n°41715/98 ; 23 juill. 2002, 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97 ; RENUCCI, J.-F., Traité de droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 102, p. 459-460.

En matière de sanctions administratives où plusieurs arrêts de la Cour ou décisions de la Commission mettent en avant le caractère décisif du réactif de la sanction pénale, par ex : CEDH, 24 sept. 1997, Garyfallou AEBE c/ Grèce, req. n°18996/91 ; 27 fév. 1980, Deweer c/ Belgique, req. n°6903/75.

⁹⁴² En matière disciplinaire, par ex : CEDH, Engel et autres c/ R.-U., précité ; 22 fév. 1996, Putz c/ Autriche, précité ; 23 mars 1994, Ravnsborg c/ Suède, précité.

En matière fiscale, dans l'arrêt Jussila (23 nov. 2006, précité, §38), par ex, la « modicité » de la somme exigée au titre de sanction tendait à exclure le rattachement pénal.

243. Ainsi, le critère relatif à la sanction est le plus décisif, non pas par essence, alors, mais dans une démarche « protectionniste » afin de faire bénéficier les justiciables de sanctions lourdes d'enjeux des garanties adéquates. Or, à notre sens, « peu importe aussi le « degré de sévérité de la sanction » : même légère, une peine reste une peine »⁹⁴³ ; « la gravité concrète d'une sanction pénale ne peut qu'en confirmer la nature pénale, elle ne peut pas la remplacer »⁹⁴⁴. Pour ces différentes raisons, le réactif de la sanction ne sera pas non plus repris en tant que tel, mais uniquement dans la mesure où la sévérité de la sanction, par nature ou mesure, peut contribuer à la caractérisation des sous-critères du réactif de l'infraction pénale.

B- L'ABANDON DE L'ALEA METHODOLOGIQUE

244. *L'aléa méthodologique* – Ainsi qu'il vient d'être évoqué, il est désormais acquis que la démarche de la Cour EDH dans la détermination du rattachement pénal repose sur une méthodologie opportunément aléatoire. Ayant d'abord penché pour une approche alternative des trois réactifs, la caractérisation d'un des trois suffisait. La prise en compte du premier critère étant indicative, il suffisait que l'infraction reprochée revête « un caractère pénal au regard de l'article 6 de la Convention » pour que « ne s'impose pas de l'examiner de surcroît sous l'angle du dernier des critères énoncés plus haut »⁹⁴⁵. Dans l'arrêt *Bendenoun*, la Cour modifia sa méthodologie pour recourir à la méthode dite « cumulative » : « ayant évalué le poids respectif des différents aspects de l'affaire, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale. Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés, ils confèrent à l'accusation litigieuse un « caractère pénal » au sens de l'article 6, §1 »⁹⁴⁶. La méthode n'est donc pas purement « cumulative » mais plutôt globale, proche de la méthode du « faisceau d'indices », ainsi qu'elle

⁹⁴³ Opinion dissidente de M. le juge DE MEYER dans l'affaire *Pierre-Bloch c/ France* (21 oct. 1997, req. n°24194/94) – Dans le même sens : « il n'existe pas, dans la jurisprudence de la Cour, de précédent faisant autorité qui permette de dire que la légèreté de la sanction constituerait (...) un facteur décisif pour exclure du champ d'application de l'article 6 une infraction revêtant par ailleurs un caractère pénal » CEDH, 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, précité, §35 ; « la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque » : 21 fév. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, précité, §54 ; 25 août 1987, *Lutz c/ Allemagne*, précité, §55 ; 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, précité, §31.

⁹⁴⁴ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du Juge PINTO DE ALBUQUERQUE, CEDH, 29 oct. 2013, *Varvara c/ Italie*, req. n°17475/09.

⁹⁴⁵ Notamment : CEDH, *Öztürk c/ Allemagne*, précité, §54 ; 25 août 1987, *Lutz c/ Allemagne*, req. n°9912/82 ; 23 oct. 1995, *Schmautzer c/ Autriche*, req. n°15523/89.

⁹⁴⁶ CEDH, 24 fév. 1994, *Bendenoun c/ France*, req. n°12547/86, §47.

procède en matière civile⁹⁴⁷. Pour autant que la démarche de la Cour EDH soit adaptée à son rôle de gardienne des droits fondamentaux des justiciables de la convention, à l'égard des Etats, cette approche aléatoire n'est pas réellement adaptée à la démarche de la présente recherche. Comme il a été souligné par deux auteurs, la Cour ne peut ignorer que le choix de la méthode alternative ou cumulative influe sur l'issue de la requête⁹⁴⁸. Le recours à la méthode alternative étant un « miroir déformant de la réalité »⁹⁴⁹ et offrant de larges possibilités d'extension par la satisfaction d'un seul réactif, celle-ci sera donc exclue.

245. Délaisser les facteurs d'extension de la matière pénale est une première étape pour recentrer une matière pénale hétérogène sur son noyau dur, mais elle est insuffisante à elle seule. Pour autant, la prise en compte de la technique juridique interne, premier réactif traditionnel, ne sera pas modifiée.

§2 - LA PRISE EN COMPTE DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

246. *La relativité du réactif* – Premier critère de l'arrêt *Engel*, « la technique juridique » nationale⁹⁵⁰ prend en compte les termes employés⁹⁵¹, mais également la place du texte dans un code⁹⁵², les travaux préparatoires⁹⁵³, occasionnellement la doctrine⁹⁵⁴, les autorités⁹⁵⁵ et juridictions compétentes⁹⁵⁶, la jurisprudence⁹⁵⁷ ou encore la procédure⁹⁵⁸. Toutefois, « l'indication qu'il fournit

⁹⁴⁷ Voir à ce propos en doctrine : KOERING-JOULIN, R. et TRUCHE, P., Retour sur le champ pénal européen, Mélanges offerts à L. E. PETTTI, Bruylant, 1998; VAN de KERCHOVE, M., Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 489.

⁹⁴⁸ KOERING-JOULIN, R. et TRUCHE, P., précité.

⁹⁴⁹ *Ibid.*

⁹⁵⁰ §82 de l'arrêt – Egalement : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §50 ; Ezeh et Connors c/ R.-U., précité, §82 ; Jussila c/ Finlande, précité §30.

⁹⁵¹ Ont été retenus comme indices d'un rattachement pénal : « infraction » (CEDH, Deweer, précité), « contrevenant » (CEDH, 26 mars 1982, Adolf c/ Autriche, req. n°8269/78), « procédure administrative pénale » (CEDH, 23 oct. 1995, Schmutz c/ Autriche, req. n°15523/89).

⁹⁵² Par ex., prenant en considération le placement d'une présomption légale de responsabilité dans une section « responsabilité pénale » du code des douanes : CEDH, 7 oct. 1988, Salabiaku c/ France, req. n°10519/83 ; sur la place de la procédure litigieuse au sein d'une section intitulée « de la procédure en matière pénale » : CEDH, Ravensborg c/ Suède, précité ; Janosevic c/ Suède, précité, renvoi du §66 au §52.

⁹⁵³ CEDH, Ravensborg c/ Suède, précité, §32 ; CEDH, 7 déc. 2006, Van der Velden c/ P.-B., req. n°29514/05 (le but de la loi et l'exposé des motifs).

⁹⁵⁴ CEDH, Öztürk, précité, §51 ; Adolf c/ Autriche, précité, §33 ; Anghel c/ Roumanie, précité, §37.

⁹⁵⁵ S'intéressant à la tutelle du Ministère de l'intérieur pour la gestion du fichier des permis de conduire à points : CEDH, 23 sept. 1998, Malige c/ France, req. n°27812/95, §36.

⁹⁵⁶ CEDH, Ezeh et Connors c/ R.-U., précité, §22 (directeur de prison) ; 6 janv 2011, Paksas c/ Lituanie, req. n°34932/04 (compétence du Parlement et non de la Cour constitutionnelle pour démettre un Président de ses fonctions).

n'a qu'une valeur formelle et relative »⁹⁵⁹. En effet, dans la mesure où la démarche de la Cour est de déterminer la nature d'une norme, afin de confronter le régime juridique dicté par la Convention à celui appliqué en droit interne, la prise en compte du régime juridique revient à renverser la logique⁹⁶⁰. Cela étant, la qualification interne peut se révéler un précieux indice par inversion et par comparaison lorsque l'infraction litigieuse se voit reconnaître le caractère pénal dans la majorité des États parties⁹⁶¹ ou lorsqu'elle était antérieurement qualifiée d'infraction pénale sans pour autant avoir changé de contenu⁹⁶².

247. Bien que la technique juridique interne soit généralement insuffisante, à elle seule, pour fixer l'avis de la Cour sur l'affiliation à la matière pénale⁹⁶³, il n'y a pas lieu de l'abandonner. En effet, prendre pour acquis le refus de la Cour de Justice d'affilier une infraction ou une sanction à la matière pénale relèverait de l'écueil méthodologique. Même si la Cour s'est parfois montrée activiste en adoptant une interprétation très intégrationniste des textes, celle-ci ne peut pas pour autant s'adonner à une interprétation ouvertement *contra legem*, et qualifier de « pénales » des mesures expressément qualifiées comme ne l'étant pas. Il importera donc peu que « l'examen des textes légaux pertinents et de la jurisprudence [des juridictions de l'Union] fa[ssent] apparaître clairement que la mesure en question prise isolément s'analyse en une sanction administrative ne ressortissant pas à la matière pénale »⁹⁶⁴. Ce qui importera réellement est la réponse au réactif de l'infraction pénale par nature.

⁹⁵⁷ CEDH, 29 août 1987, A.T., M.P. et T.P. c/ Suisse, req. n°19958/92, §42 (référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral) ; Malige c/ France, précité, §37 (prise en compte de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation); 26 sept. 2000, Guisset c/ France (la Cour de discipline budgétaire et financière se réfère à la jurisprudence du Conseil d'Etat).

⁹⁵⁸ CEDH, Ezech et Connors c/R.-U., précité, §23 ; retenant que l'affaire est enregistrée par un tribunal sous la rubrique « acte punissable » : CEDH, c/ Autriche, précité ; CEDH, Ravnsborg, c/ Suède, précité ; retenant que la transmission d'une procédure au Parquet faisait obstacle à la sanction, sous la tutelle du Ministre de l'économie, des infractions au droit de la concurrence : Comm. EDH, 30 mai 1991, Stenuit c/ France, req. n°11598/85, §60.

⁹⁵⁹ Notamment : CEDH, Engel e.a. c/ P.-B., précité, §82 ; Öztürk c/ Allemagne, précité, §50 ; Ezech et Connors c/ R.-U., précité, §82 ; Jussila c/ Finlande, précité, §30.

⁹⁶⁰ Autrement dit : « si les États contractants pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'"administrative" plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention » - CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §49.

⁹⁶¹ CEDH, Engel et autres c/ P.-B., précité, §82- Par exemple, à propos de la mesure d'interdiction du territoire : CEDH, 5 oct. 2000, Maaouia c/ France, req. n°39652/98, §39. Egalement, à propos de la sanction du retrait de points du permis : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53 ; à propos de l'infraction d'adultère : Comm. EDH, 5 avril 1994, Tyler c/ R.-U., req. n°21283/94.

⁹⁶² A propos de la dépenalisation des infractions routières en infractions « administratives » : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53.

⁹⁶³ Il est arrivé que le seul examen de la technique juridique interne suffise : CEDH, Schmutz c/ Autriche, précité.

⁹⁶⁴ Mutatis mutandis CEDH, Malige c/ France, précité, §11.

248. Du noyau dur du droit pénal à « l'infraction, par nature, pénale » - Pour le pénaliste, la notion d'infraction ne semble pas, de prime abord, soulever de réelle difficulté. Dans le cadre de la jurisprudence de Strasbourg, en revanche, l'infraction pénale apparaît comme un concept aux limites quelque peu « floues »⁹⁶⁵. En effet, depuis l'arrêt *Öztürk*⁹⁶⁶, la Cour parle tantôt d'infraction pénale par nature, tantôt d'infraction à caractère pénal, sans que le choix de recourir à l'une ou l'autre des expressions ne soit justifié⁹⁶⁷. Toutes deux appréciées par référence aux réactifs que sont la généralité et la poursuite de finalité dissuasive et punitive (ou préventive et répressive)⁹⁶⁸, la distinction pourrait donc passer pour un simple aléa terminologique⁹⁶⁹. Sans aller jusqu'à affirmer fermement qu'il n'en est rien, force est toutefois de constater que « nature » et « caractère » ne sont pas parfaitement synonymes. S'il est acquis que, pour la Cour EDH, « la transgression d'une norme générale ayant caractère à la fois dissuasif et répressif »⁹⁷⁰ permet de « tenir pour pénales » des infractions « mixtes »⁹⁷¹, ces « caractères » n'en font apparemment pas « une infraction, par nature, pénale ». Or, précisément, les infractions exclues du noyau dur pénal sont globalement celles regardées comme étant « à caractère pénal » et non « par nature pénale »⁹⁷². Ainsi, l'infraction « pénale par nature », relevant du noyau dur pénal, possède les caractères

⁹⁶⁵ VERGES, É., La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire (à propos de l'arrêt *Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni*), Droit pénal n°6, Juin 2004, étude 7.

⁹⁶⁶ Dans cet arrêt, la Cour, après avoir habituellement annoncé rechercher la nature de l'infraction, conclut son examen en considérant que l'infraction revêt un « caractère pénal » (§54).

⁹⁶⁷ La terminologie se retrouve toutefois antérieurement dans des opinions séparées, concordantes ou dissidentes : notamment : opinion concordante du juge MATSCHER (CEDH, *Adolf c/ Autriche*) ; opinion séparée du juge FITZMAURICE (CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ R.-U.*, req. n°4451/70) ; opinion dissidente du juge Sir EVANS (CEDH, 23 juin 1981, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, req. n°6878/75 et 7238/75).

⁹⁶⁸ Dans l'arrêt *Jussila c/ Finlande*, par exemple, on peut lire : « les majorations d'impôt (...) infligées étaient fondées sur une norme poursuivant un but à la fois préventif et répressif. Cette considération suffit à elle seule à conférer à l'infraction infligée un caractère pénal. » (§38) – dans le même sens : 24 fév. 1994, *Bendenoun c/ France*, req. n°12547/86, §47 ; 25 nov. 2008, *Oral c/ Turquie*, req. n°18384/04, §25.

Réciproquement, s'agissant d'une infraction de nature pénale : dans l'arrêt *Demicoli c/ Malte* (précité, §33), la « nature même de l'infraction » litigieuse (publication d'un écrit diffamatoire à l'encontre un membre du Parlement) est appréciée à la lumière des critères de généralité et finalité.

⁹⁶⁹ En effet, si la distinction présentement opérée procède d'un constat récurrent, il convient néanmoins de reconnaître qu'elle n'est pas systématique. Lorsque, dans l'arrêt *Lutz*, par exemple, la Cour évoque les caractères pénaux de l'infraction puis la nature pénale de l'accusation, cela semble procéder d'un aléa terminologique (CEDH, *Öztürk*, précité, §§50-53 ; *Lutz c/ Allemagne*, précité, §54).

⁹⁷⁰ Notamment : CEDH, *Bendenoun c/ France*, précité, §47 ; *Jussila c/ Finlande*, précité, §32.

⁹⁷¹ CEDH, *Ezeh et Connors c/ R.-U.*, req. n°39665/98 et 40086/98, §106 – dans le même sens, plusieurs arrêts évoquent le caractère, et non la nature, pénal de l'infraction litigieuse : 21 fév. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, req. n°8544/79, §54, 23 juill. 2002, *Janosevic c/ Suède*, req. n°34619/97, §69.

⁹⁷² S'agissant des contraventions administratives : CEDH, 3 avril 2012, *Nicoleta Gheorghe c/ Roumanie*, req. n°23470/05, §26 (incivisme) ; *Hüseyin Turan c/ Turquie*, précité, §20 (défaut de déclaration d'emploi) ; 2 sept. 1998, *Kadubec c/ Slovaquie*, req. n°27061/95 (amende pour trouble à l'ordre public) ; 21 fév. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, req. n°8544/79, §54 (circulation routière) ; CEDH, 23 oct. 1995, *Palaoro c/ Autriche*, req. n°16718/90 (circulation routière).

pénaux de toute infraction rattachée à la matière pénale, mais la spécificité qui la fera relever du noyau dur pénal tiendra d'un sous-réactif supplémentaire, du bien juridique protégé (B).

A- LA PRISE EN COMPTE DES SOUS-REACTIFS CLASSIQUES DE L'INFRACTION
PENALE

249. *Du contenu au poids des sous-réactifs classiques de l'infraction pénale* – A s'en tenir à la méthodologie standard de la matière pénale, la Cour EDH définit l'infraction pénale par abstraction de ses caractères : généralité des destinataires et de l'intérêt protégé (I) et poursuite de finalités dissuasive et punitive (II). Ces critères sont peu spécifiques au droit pénal ; ils ne permettent pas de distinguer les infractions pénales, des infractions administratives, disciplinaires ou encore fiscales.

I- La spécificité relative des critères de généralité

250. *Généralité au regard des destinataires* - Le premier élément supposément caractéristique de l'infraction pénale est de viser « virtuellement la population toute entière »⁹⁷³, et non uniquement « un groupe déterminé doté d'un/à statut particulier »⁹⁷⁴, tel le fait d'être membre d'un Parlement⁹⁷⁵ ou d'une institution judiciaire⁹⁷⁶. Toutefois, une infraction visant un groupe de personnes identifiées à statut particulier, tels les contribuables⁹⁷⁷ ou les usagers de la route⁹⁷⁸ par exemple, peut malgré tout être considérée comme « générale » dans la mesure où « elle s'applique à tous ceux, sans exception, qui peuvent objectivement se trouver en position de commettre l'infraction en cause »⁹⁷⁹. Cela étant, « souligner la généralité et l'abstraction de la

S'agissant de majorations d'impôts : CEDH, Janosevic c/ Suède, précité, §69 ; Jussila c/ Finlande, précité, §38 ; Bendenoun c/ France, précité, §47 ; 30 avril 2015, Papatianos et autres c/ Grèce, req. n°3453/12, 42941/12 et 9028/13, §73.

En matière d'infraction boursière : CEDH, Grande Stevens c/ Italie, précité, §101.

⁹⁷³ CEDH, Demicoli c/ Malte, précité §33. Dans le même sens : Engel et autres, précité §81 ; Bendenoun c/ France, précité, §20 ; Öztürk c/ Allemagne, précité §53.

⁹⁷⁴ CEDH, Öztürk c/ Allemagne, §53 ; Bendenoun c/ France, précité, §47.

⁹⁷⁵ CEDH, Demicoli c/ Malte, précité, §33.

⁹⁷⁶ CEDH, 22 mai 1990, Weber c/ Suisse, req. n°11034/84 : étant précisé qu'en l'occurrence, précisément, la non appartenance de l'auteur à l'institution judiciaire fait de l'infraction qui lui était reprochée (la violation du secret de l'instruction) une infraction pénale visant virtuellement la population toute entière (§33).

⁹⁷⁷ CEDH, Bendenoun c/ France, précité ; Janosevic c/ Suède, précité ; Jussila c/ Finlande, précité.

⁹⁷⁸ CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité.

⁹⁷⁹ Comm. EDH, Guisset c/ France, req. n°33933/96.

norme juridique, en croyant relever ainsi l'un de ses traits spécifiques, s'avère pure tautologie »⁹⁸⁰. Le caractère général et abstrait, c'est-à-dire l'aptitude à recevoir un nombre indéterminé d'applications, est le propre de la règle de droit⁹⁸¹. C'est d'ailleurs bien l'acception que l'étymologie du mot dicte : la généralité – genus – s'adresse à un genre, c'est-à-dire à un ensemble non dénombrable⁹⁸². Quand bien même limitée à une généralité consistant à concerner toutes les personnes objectivement en position de commettre l'infraction, cela est assez commun en droit.

251. La généralité de l'intérêt protégé par l'infraction – La Cour EDH détermine également le caractère pénal d'une infraction par l'intérêt qu'elle protège ; le propre de la répression pénale est de préserver « l'ordre social »⁹⁸³, et non une institution, une profession, particulière et identifiée⁹⁸⁴. Ainsi, une norme régissant le fonctionnement des forces armées ne protège pas l'intérêt général, et oriente, à son exclusive considération, vers une classification disciplinaire⁹⁸⁵. En revanche, la protection des investisseurs, l'efficacité et la transparence des marchés boursiers sont des intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal⁹⁸⁶. Là encore, le critère de l'intérêt protégé n'est pas particulièrement restrictif ; l'objet de la fonction administrative, en particulier, est « la satisfaction d'un but d'intérêt général, même dans les cas où elles créent, modifient ou abrogent un droit particulier des administrés »⁹⁸⁷.

⁹⁸⁰ JEAMMAUD, A., La règle de droit comme modèle, D. 1990, Chron. p. 2000.

⁹⁸¹ Au sens fonctionnel, la norme juridique détermine comment les choses doivent être : JEAMMAUD, A., précité.

⁹⁸² Aussi, le Littré définit-il « général » comme « commun à un genre ».

⁹⁸³ En ce sens, notamment : NIQUEGE, S., L'infraction pénale en droit public, L'Harmattan, p. 64 ; GUINCHARD, A., Les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale, du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire, LGDJ, 2003, n°147 ; DARGENTAS, E., précité, p. 413 ; RODOPOULOS, I. parle du droit pénal « en tant que « gardien armé » d'un ordre constitutionnel et par suite d'un modèle sociopolitique » (La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ? Esquisse d'une dialectique entre une crise factuelle et une crise normative, RSC 2013 p. 1) ; MAYAUD, Y., « *Ratio legis* et incrimination », RSC, 1983, p. 596 : Toute incrimination « se met au service d'un ordre, l'ordre public pénal, (...) d'un bien collectif à défendre ».

⁹⁸⁴ GUINCHARD, A., précité ; DEGOTTE, M., Le droit de la sanction non pénale, *Economica*, 2000, p. 44-45. Voir également : CEDH, 22 mai 1990, Weber c/ Suisse, précité, §33 : « les sanctions disciplinaires ont en général pour but d'assurer le respect, par les membres de groupes particuliers, des règles de comportement propres à ces derniers (...) qui s'appliquent par leur profession ».

⁹⁸⁵ Dans ce sens : CEDH, Engel, précité : si un militaire se voit reprocher une action ou une omission qui aurait transgressé une norme juridique régissant le fonctionnement des forces armées, l'Etat peut en principe utiliser contre lui le droit disciplinaire plutôt que le droit administratif (§§82-84).

⁹⁸⁶ CEDH, 27 sept. 2011, Menarini Diagnostic c/ Italie, req. n°43509/08, §§40, 96 – dans le même sens : voir, *mutatis mutandis*, Comm. EDH, 30 mai 1991, Société Stenuit c/ France, §62.

⁹⁸⁷ DELLIS, G., Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, LGDJ coll. Bib. de droit public, tome 184, 1997, p. 39. Dans le même sens : HAURIOU, M., Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif (2e édition), 1893, p. 203, consulté sur gallica.bfn.fr ; LINOTTE, D., « L'Administration est la seule personne pour laquelle la poursuite de l'intérêt général est, non pas une faculté mais bel et bien une obligation » : Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français, Th. Dactyl. Bordeaux, 1975, p. 32.

252. A ce stade de l'examen de la méthodologie de la « matière pénale, la spécificité de l'infraction pénale ne tient plus qu'à la poursuite des buts préventif et punitif⁹⁸⁸.

II- La spécificité partielle des finalités punitive/répressive et préventive/dissuasive

253. *Affiliation des finalités préventive ou dissuasive et répressive ou punitive au réactif de l'infraction* - Tantôt rattachée à l'infraction⁹⁸⁹, tantôt à la sanction⁹⁹⁰, les finalités dissuasive - ou préventive - et punitive - ou répressive - seront présentement associées aux caractères de l'infraction pénale. En effet, « la sanction punitive n'existe pas en elle-même : elle se fonde sur un comportement que le législateur érige en infraction puis assortit d'une sanction. C'est donc l'infraction qui comporte en elle-même une finalité punitive », celle-ci va « s'exprimer, se réaliser par la sanction »⁹⁹¹. Plus précisément, « une peine a normalement pour objet, dans une perspective individuelle, le châtement, l'amendement, le reclassement et, dans une perspective plus collective, l'intimidation et la prévention »⁹⁹². Cette dualité de perspectives se retrouve dans la jurisprudence de la Cour EDH, pour qui la « matière pénale » poursuit une dualité d'objectifs⁹⁹³ : la dissuasion – ou prévention – et la punition – ou répression⁹⁹⁴.

⁹⁸⁸ En ce sens : CEDH, 16 fév. 2010, Albert c/ Roumanie, req. n°31911/03, §32 : constatant que l'infraction en cause participe du bon fonctionnement de l'administration publique et est destinée à un groupe particulier à statut déterminé, la Cour la considère toutefois pénale dans la mesure où « l'amende infligée visait pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés (...) poursuivant un but à la fois préventif et répressif ».

⁹⁸⁹ En général, lors de l'examen de l'applicabilité de l'art. 6 - notamment : CEDH, Engel et autres c/ P.-B., précité ; Ezech et Connors c/ R.-U., précité ; Lutz c/ Allemagne, précité ; Bendenoun c/ France, précité ; Jussila c/ Finlande, précité.

En doctrine : SUDRE, F., Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, coll. Droit fondamental, 2012, n°240.

⁹⁹⁰ En général, lors de l'examen de l'applicabilité de l'art. 7 - notamment : CEDH, Lauko c/ Slovaquie, précité, §58 ; Gardel c/ France, précité ; Malige c/ France, précité ; 17 sept. 2009, Scoppola c/ Italie, req. n°10249/03.

⁹⁹¹ GUINCHARD, A., précité, n°151. Dans le même sens : VAN de KERCHOVE, M., Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 104 (à elle seule, la finalité de la norme ne permet pas d'identifier une norme de nature pénale, elle permet en revanche d'exclure de la matière pénale certaines formes de répression, pourtant proches), p. 485 ; KELSEN, H., Théorie pure du droit, Dalloz 1962, p. 151 (il serait impossible d'identifier une peine, et derrière elle la nature d'une infraction, par son but) ; DEGOFFE, M., L'ambiguïté de la sanction administrative ; AJDA 2001 p. 26.

⁹⁹² SALVAGE, P., La peine de la peine, rev. dr. pénal, 2008, juin, n°6, étude 9. Dans le même sens, notamment : VAN DE KERCHOVE, M., précité, p. 204.

⁹⁹³ « Les sanctions pénales ont un double objectif de répression et de dissuasion » - CEDH, Ezech et Connors, précité §102 ; également : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53 ; Bendenoun c/ France, précité, §47 et 2 sept. 1998, Lauko c/ Slovaquie, req. n°26138/95, §58.

Contra : Soulignant la difficulté à identifier la finalité punitive et l'en distinguer du but préventif : « nous ne comprenons pas non plus quels critères permettent de distinguer le but dissuasif de la sanction de son objectif répressif. En effet, les deux objectifs sont inhérents à toute sanction, qu'elle soit administrative ou pénale » - Opinion dissidente commune aux juges TÜRMEEN et JOČIENÉ, CEDH, 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02 – dans le même sens : opinion dissidente commune aux juges COSTA, CABRAL BARRETO, MULARONI et CAFLISCH, CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01.

⁹⁹⁴ Nonobstant d'occasionnelles distinctions entre les finalités préventive et dissuasive, d'une part, et les finalités répressive et punitive, d'autre part (« la Commission estime que le caractère punitif et répressif de la sanction s'ajoute en l'espèce à son

254. La finalité dissuasive ou préventive – A s’employer à distinguer les deux termes, on peut considérer que la prévention est objective, c'est-à-dire attachée à un « objet », un événement, un mal, un risque⁹⁹⁵, un danger (prévenir (de) quelque chose) alors que la dissuasion est subjective, c'est-à-dire attachée à un sujet, une personne (dissuader quelqu’un de quelque chose). Pour autant, la Cour ne distingue que très rarement⁹⁹⁶, et pour cause : qu’il s’agisse de prévenir un danger, un mal, un risque ou de dissuader quelqu’un de faire quelque chose, « prévention » et « dissuasion » poursuivent un objectif identique : faire obstacle à la réalisation potentielle, redoutée, d’une infraction, dans une perspective collective⁹⁹⁷, communément partagée. Dans le contexte pénal, prévention et dissuasion sont donc aisément assimilables et seront présentement tenues pour équivalentes. Reste à savoir ce qu’il convient d’entendre par finalité « préventive » ou « dissuasive ». Indifféremment du terme employé, on en trouve l’empreinte à travers l’ensemble des doctrines pénales⁹⁹⁸, de Platon⁹⁹⁹ à l’école de la défense sociale nouvelle¹⁰⁰⁰, en passant par Beccaria¹⁰⁰¹, Bentham¹⁰⁰² et les positivistes¹⁰⁰³. Assez naturellement, donc, pour la Cour EDH, une

caractère dissuasif et préventif » - Comm. EDH, 13 oct. 1993, Boyadjian c/ France, req. n°21167/93 ou encore « la sanction de retrait de points, présentant certes un caractère préventif mais également un punitif et dissuasif » - CEDH, Malige c/ France, précité, §39 ; également CEDH, Gardel c/ France, précité, §43), il semble que la Cour use de manière aléatoirement alternative des termes. Ils seront tenus pour équivalents.

⁹⁹⁵ En ce sens : CEDH, 7 déc. 1999, Pewinski c/ France, req. n°34604/97 : la suspension du permis de conduire « a en vérité un caractère très essentiellement préventif : elle peut être considérée comme visant à la protection du public contre le risque potentiel que représente pour lui un conducteur soupçonné d’avoir contrevenu à la police de la circulation routière et notamment, eu égard au danger que constituent les excès de vitesse pour les usagers de la route, aux règles relatives à la limitation de la vitesse ».

⁹⁹⁶ Pour un emploi alternatif, tenu pour équivalent notamment : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53 ; Jussila c/ Finlande, précité, §§38 et 43 ; 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97, §69.

Contra : la finalité préventive a pu être différenciée de la finalité dissuasive : la sanction de retrait de points présentait certes un caractère préventif mais également punitif et dissuasif (CEDH, 23 sept. 1998, Malige c/ France, précité, §39. Egalement : CEDH, 17 déc. 2009, Gardel c/ France, précité, §43). La Commission est allée jusqu’à distinguer les deux binômes : « la Commission estime que le caractère punitif et répressif de la sanction s’ajoute en l’espèce à son caractère dissuasif et préventif » (Comm. EDH, 13 oct. 1993, Boyadjian c/ France, req. n°21167/93).

⁹⁹⁷ En ce sens, SALVAGE, P., La peine de la peine, rev. Dr. pénal., 6 juin 2008, étude 9.

⁹⁹⁸ Mais également en dehors du cercle des pénalistes : MONTESQUIEU, De l’esprit des lois, Garnier, 1871, p. 79 : « un bon législateur s’attachera moins à punir les crimes qu’à les prévenir » ; VOLTAIRE, Commentaire sur le livre « Des délits et des peines », in Œuvres complètes de Voltaire, Politique et législation, vol.1, Bruxelles, Ode et Wodom, 1827, p. 225 : « la véritable jurisprudence est d’empêcher les délits, et non de donner des morts ».

⁹⁹⁹ PLATON, Protagoras, 324a, b, in Œuvres complètes, tome III, 1^{ère} partie, Les Belles Lettres, 984, p. 39 : « celui qui a souci de punir intelligemment ne frappe pas à cause du passé – car ce qui est fait est fait – mais en prévision de l’avenir, afin que ni le coupable ni les témoins de sa punition ne soient tentés de recommencer ». Dans le même sens, à la même époque antique : SENEQUE, De ira, II, XXXI, 8 in Dialogues, tome I, Les Belles Lettres, 1942, p. 42 : « la peine sera appliquée en considération non pas du passé, mais de l’avenir (...) le châtement a pour fin l’intimidation ».

¹⁰⁰⁰ Par exemple : CUSSON, M., Le sens de la peine et la rétribution, rev. int. Crim. Tech. 1985, vol. 3, p. 272 et 274-275 ; ANCEL, M., La défense sociale nouvelle, Cujas, 1981, p. 309 ; GRAMATICA, F., La notion de responsabilité dans le système de défense sociale, in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d’études en hommage à Marc Ancel, tome 2, Pédone, p. 110.

¹⁰⁰¹ BECCARIA, C., Des délits et des peines, Le Monde et Flammarion, coll. Les livres qui ont changé le monde, 2010, p. 66 : « les châtements n’ont pour but que d’empêcher le coupable de nuire désormais à la société et de détourner ses concitoyens de la voie du crime ». A la même époque et dans le même sens : DOMAT, J., Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et *legum delectus*, tome II, Aux dépens de la société, 1745, p. 192 : la peine a, outre celui de venger, le but de « retenir par l’exemple du châtement ceux qui n’ont pas de meilleurs motifs pour s’abstenir des crimes ».

peine est « destinée à exercer un effet dissuasif »¹⁰⁰⁴. En revanche, cela ne saurait être son seul but¹⁰⁰⁵ car dans une certaine mesure, toute sanction a intrinsèquement un effet dissuasif¹⁰⁰⁶. La véritable spécificité de la sanction pénale serait donc la finalité punitive ou répressive¹⁰⁰⁷.

255. La finalité punitive ou répressive - En s'appuyant sur la racine grecque¹⁰⁰⁸, la peine est le poids de la faute¹⁰⁰⁹. L'étymologie latine du terme répression indique l'action de « presser », *premere*, en *re*, réponse ou réaction, à ceux qui contreviennent aux règles, sans induire un quelconque « poids ». Cela étant, pour la Cour EDH, « répression » et « punition » sont, semble-t-il, synonymes¹⁰¹⁰. Reste à savoir ce qu'il convient d'entendre par ces termes. Une approche négative permet déjà d'en circonscrire les contours. N'étant ni tournée vers le présent par exclusion ou insuffisance de l'objectif indemnitaire¹⁰¹¹, exécutoire¹⁰¹² et correctif¹⁰¹³, ni tournée

¹⁰⁰² BENTHAM, J., *Théorie des peines et des récompenses*. Tome 1 rédigée en français, d'après les manuscrits, par M. Ét. Dumont ; B. Dulau (Londres), 1811, p. 13 : « La prévention générale est le but principal des peines » - consulté sur Gallica : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k55980161>.

¹⁰⁰³ Ferri écrivit de la justice pénale que « son but pratique (...) est de prévenir la récidive » (FERRI, E., *La fonction juridique de l'état de danger chez le criminel*, RIDP, 1927, p.60).

Dans le même sens, quoique plus subsidiairement : GAROFALO, R. : il est vain « d'essayer de fonder un système pénal par l'intimidation. (...) Celle-ci se produit d'elle-même par l'effet de la menace d'élimination » (*La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Mean, 1888, pp. 262 – 266).

¹⁰⁰⁴ CEDH, 8 juin 1995, Jamil c/ France, req. n°15917/89, §30 ; 17 déc. 2009, Gardel c/ France, req. n°16428/05.

¹⁰⁰⁵ Illustrant que la finalité purement préventive ou dissuasive est exclusive d'un rattachement pénal : CEDH, 22 fév. 1994, Raimondo c/ Italie, req. n°12954/87, §43 ; 5 oct. 2000, Maaouia c/ France, req. n°39652/98, §38 (peine complémentaire d'interdiction du territoire) ; 7 déc. 1999, Pewinski c/ France, précité, (suspension du permis).

¹⁰⁰⁶ En ce sens : KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, Dalloz 1962, p. 151 – dans le même sens, notamment : Opinion dissidente commune aux juges TÜRMEEN et JOČIENĚ, CEDH, 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02 – dans le même sens : opinion dissidente commune aux juges COSTA, CABRAL BARRETO, MULARONI et CAFLISCH, CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, précité.

¹⁰⁰⁷ « Cette dernière caractéristique étant celle qui distingue habituellement les sanctions pénales » - notamment : CEDH, 21 fév. 1984, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53 ; 1er fév. 2005, Ziliberg c/ Moldova, n°61821/00, §33 ; 3 avril 2012, Nicoleta Gheorghie c/ Roumanie, précité, §120 ; 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, précité, §68 ; 2 sept. 1998, Kadubec c/ Slovaquie, précité, §52.

En ce sens en doctrine : LEGUNEHEC, F., et DESPORTES, F., *Droit pénal général*, Economica, 2007, p. 10 ; DELMAS-MARTY, M., *Sanctionner autrement ? in : Archives de politique criminelle*, vol. 7, Pedone, 1984, p. 50.

¹⁰⁰⁸ L'étymologie latine, dérivée de *poena* (peine) et *punitio* (punir) est parfaitement tautologique. En revanche, dérivée de *pondus*, poids, on rejoint l'étymologie grecque (en ce sens, CLOS, J.-Y., *La peine, miroir de la justice*, Montchrestien, p. 9).

¹⁰⁰⁹ En ce sens : MERLE, R. et VITU, A., *Traité de droit criminel*, Cujas, 1984, p. 767 ; v. également la plupart des définitions de « peine », « punition » ou « punir » qui en font mention : *Dictionnaire Littré ; dictionnaire « Trésor de la langue française », dictionnaire de l'Académie Française*, 9^{ème} édition.

¹⁰¹⁰ Pour un emploi alternatif, tenu pour équivalent, notamment : CEDH, 21 fév. 1984, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53 ; 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, précité, §38 et 43 ; 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, précité, §69. Dans le même sens : Conclusions de l'av. gén. JACOBS présentées le 3 juin 1992 dans l'affaire Allemagne c/ Commission, aff. C-240/90, §11.

¹⁰¹¹ Opposant l'objectif qu'est « la réparation pécuniaire du préjudice » aux finalités punitive et dissuasive : CEDH, Bendenoun c/ France, précité, §47 ; 29 août 1997, A.P., M.P. et T.P. c/ Suisse, req. n°19958/92, §41 ; J.B. c/ Suisse, précité, §48 ; Nicoleta Gheorghie c/ Roumanie, précité, §120 ; Hüseyin Turan c/ Turquie, précité, §19. A propos de l'ancrage de l'indemnisation dans le présent : VAN DE KERCHOVE, M., *Sens et non-sens de la peine* précité, p. 235 renvoyant à : MAZEAUD, H. et L., et TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, tome I, 6^{ème} éd., Monchrestien, 1965, p. 290 et p. 272.

¹⁰¹² CEDH, Janosevic c/ Suède, précité, §68 : le but principal des dispositions en matière de majorations consiste aussi bien à exercer des pressions sur les contribuables pour les amener à respecter leurs obligations légales qu'à punir leurs manquements à ces obligations. « Ces pénalités sont donc à la fois préventives et répressives ». V. également : Öztürk c/ Allemagne, précité, §53.

vers le futur par insuffisance de la fonction dissuasive ou préventive, la finalité punitive ou répressive semble donc, par élimination, être tournée vers le passé¹⁰¹⁴ : on punit « parce que » et non « pour »¹⁰¹⁵, ainsi que l'indique l'étymologie du terme - attribuer en retour¹⁰¹⁶. De la Rome antique¹⁰¹⁷ à l'école de la défense sociale nouvelle¹⁰¹⁸, la prégnance de ce lien n'est pas remise en question : « la rétribution est l'autre nom de la peine ; punir c'est toujours rétribuer »¹⁰¹⁹. Plus précisément, la rétribution « veut que l'on prenne en considération le mal inhérent à l'infraction commise et qu'on lui fasse correspondre un mal équivalent »¹⁰²⁰, de manière abstraite ou

¹⁰¹³ CEDH, 21 oct. 1997, *Pierre-Bloch c/ France*, req. n°24194/94, §§58-59 : la mesure litigieuse, le versement au Trésor Public d'une somme égale au montant du dépassement du plafond des dépenses électorales dont le requérant avait indument tiré avantage, ne se plaçait pas dans la sphère « pénale ».

¹⁰¹⁴ « Le système de justice pénale adopte nécessairement une approche exclusivement orientée vers le passé, axée sur les actions criminelles passées » et « n'est pas à proprement parler concerné par des buts tournés vers l'avenir » : BARNETT, R. E. et HAGEL, J., III, *Assessing the criminal : restitution, retribution and the legal process*, in BARNETT, R. E. et HAGEL, J., III, *Assessing the criminal : restitution, retribution and the criminal process*, Balingen, 1977, p. 17 (trad. VAN de KERCHOVE, M., Sens et non-sens de la peine, précité).

¹⁰¹⁵ CUSSON, M., *Pourquoi punir*, précité, p. 82 : « quand on adopte une philosophie rétributive de la peine, on pense que le criminel est puni parce qu'il a commis un crime et non pour prévenir ou réparer le crime ». Dans le même sens : T. PECH qualifie de « punir pur » les doctrines de la peine fondées sur des critères « remontants » liés à l'acte commis et tournés vers l'expiation et la rétribution. En les distinguant de ses contemporaines du « punir pour », en particulier l'École de la défense sociale nouvelle, il conforte l'idée selon laquelle l'essence de la peine, la « pureté » du « punir », se trouve bien dans la rétribution et le passé (Neutraliser la peine, *in* : GARAPON, A., GROS, F. et PECH, T., *Et ce sera justice : punir en démocratie*, Odile Jacob, 2001, p. 160 ; VULLIERME, J.L., *La fin de la justice pénale (polysémie de la peine, pluralité des modes de réparation)*, Archives de philosophie pénale, tome 28, 1983, p. 165 : « La peine n'a à faire qu'au crime commis dans le passé, et non au crime qui risque d'être commis dans le futur ».

Ainsi tout ce qui servira l'appréciation de la culpabilité et de la sanction à infliger (cause d'atténuation ou d'aggravation) se situe « dans le passé » : au moment de la commission des faits - En ce sens, VAN DE KERCHOVE, M., *Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie, informations sociales*, 2005/7 n°121, p. 22-31 ; LEVASSEUR, G., précité ; DILLENS, A.-M. et BABISSAGANA, E., *La justice inopportune ? Au détours de l'amnistie*, *in* CARTUYVELS, Y. (dir.) *Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 581.

¹⁰¹⁶ PONCELA, P., *Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal*, *in* *Rétribution et justice pénale*, PUF, 1968, p. 5.

¹⁰¹⁷ Qui définissait la peine, au VI^{ème} siècle, comme « un mouvement de sévérité » qui s'applique « de manière congruente » à l'auteur d'une infraction en réponse symétrique à l'infraction – CLOS, J.-Y., *la peine, miroir de la justice*, précité, p. 11.

¹⁰¹⁸ Nonobstant une doctrine prônant une réponse pénale privilégiant les mesures de sûreté aux peines, la prégnance du lien entre rétribution et punition n'est pas contestée : ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*, CUJAS, 1981 p. 508.

¹⁰¹⁹ PONCELA, P., *Par la peine, dissuader ou rétribuer*, Archives de philosophie du droit, tome 26, Sirey, 1981, p. 65. Voir également : CUSSON, M., précité, p. 82 ; VAN de KERCHOVE, M., Sens et non-sens de la peine, précité, p. 159 et s. ; BLONDINEAU, F. (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, vol. 1, 1983 ; CHAUVEAU, A. et HELIE, F., *Théorie du code pénal*, Edouard Legrand, 1845, p. 17 ; DURKHEIM, E., *La division du travail social*, PUF, 9^{ème} éd., 1973, p. 77 ; FEINBERG, J., *The expressive function of punishment*, *in* DUFF, R.-A. et GARLAND, D., « A reader of punishment », Oxford University Press, 1994, p.100 (trad. VAN de KERCHOVE, M., Sens et non-sens de la peine, précité, p. 162) ; MERLE, R. et VITU, A., précité, p. 767 ; VULLIERME, J.L., précité ; ANQUETIL, M., *Contribution d'une recherche morale à une politique pénale : justice et droit de punir*, *in* : *La peine, quel avenir ?*, approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire ; actes du colloque du centre Thomas More des 23-24 mai 1981, Ed. du Cerf, 1983, p. 138.

¹⁰²⁰ VAN DE KERCHOVE, M., *Les fonctions de la sanction pénale*, précité, pp. 22-31 – Dans le même sens : VERDIER, R., *Contribution de l'éthologie au problème de la rétribution*, *in* *Rétribution et justice pénale*, précité, p. 21 ; KELSEN, H., *justice et droit naturel*, in *Le droit naturel*, annales de philosophie politique, tome III, 1959, p. 8 ; VIRALLY, *La pensée juridique*, Pichon et Durand-Auzias, 1960, p. 109 ; PONCELA, P., *Par la peine, dissuader ou rétribuer*, précité ; CUSSON, M., *Le sens de la peine et la rétribution*, rev. int. crim. pol. techn., 1985, n°3, p. 277.

symbolique¹⁰²¹ ; elle repose sur un rapport d'équipollance entre la faute¹⁰²², la désapprobation suscitée par elle et la sanction. Il en découle deux des caractéristiques majeures de la réponse pénale¹⁰²³ : afflictive pour constituer « le mal en réponse au mal » et infamante en marque de la réprobation sociale¹⁰²⁴.

256. Finalité punitive, rétribution et jurisprudence de la Cour EDH - Si la jurisprudence EDHienne n'a que très rarement usé expressément du vocable de la rétribution¹⁰²⁵, son adhésion à cette conception est décelable, en particulier à travers sa jurisprudence relative aux traitements inhumains et dégradants, qui constituent la limite à la légitimité d'une peine¹⁰²⁶. Car aussi afflictive qu'elle se veuille, la peine ne saurait « inflige[r] une souffrance telle qui va au-delà de ce que comporte inévitablement une forme donnée de peine légitime »¹⁰²⁷. Et quoiqu'elle soit infamante en exprimant « une forme de blâme public à l'égard de l'infraction commise et de son auteur, et comporte des effets stigmatisants »¹⁰²⁸, l'infamie devient « dégradante » lorsqu'elle « humilie l'individu grossièrement » ou l'abaisse « à ses propres yeux »¹⁰²⁹.

257. La relativité de ces sous-critères - L'exigence d'une finalité dissuasive est consubstantielle à l'existence d'une sanction, laquelle est elle-même un caractère de toute règle de droit¹⁰³⁰. Il n'y a d'ailleurs pas, à notre connaissance, de décision ayant refusé le rattachement pénal au constat du

¹⁰²¹ VAN DE KERCHOVE, M. Les fonctions de la sanction pénale, précité, p. 29 ; FEINBERG, J., The expressive function of punishment, in FEINBERG, J., Doing and deserving, Essays in the theory of responsibility, Princeton University Press, 1970, p. 100.

¹⁰²² VAN DE KERCHOVE, M., Les fonctions de la sanction pénale, précité, p. 29. Dans le même sens : ANQUETIL, M., Contribution d'une recherche morale à une politique pénale : justice et droit de punir, in : La peine, quel avenir ?, approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire; actes du colloque du centre Thomas More des 23-24 mai 1981, Ed. du Cerf, 1983, p. 137 ; LEVASSEUR, G., précité : « La peine apparaît comme la juste sanction de la faute qui a été commise » ; BERGEL, J.L., « une problématique des sanctions pénales ? », in « Mélanges Gassin », p. 89 et s, PUAM 2007, p. 92.

¹⁰²³ BEZIZ-AYACHE, A., Dictionnaire de la sanction pénale, V^o peine, Ellipse, 2009.

¹⁰²⁴ GARRAUD, R., Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3^{ème} édition, tome 2, Paris, Sirey, 1914, p. 70 : « la peine est le mal prononcé par le juge [...] en signe de la réprobation de la société contre l'acte et son auteur ».

¹⁰²⁵ V. toutefois : Comm. EDH, 15 avril 1991, M. c/ Italie, req. n°012386/86 ; CEDH, 21 fév. 1996, Singh c/ R.U., req. n°3389/94, §61 ; 21 fév. 1996, Hussain c/ R.U., req. n°21928/93, §47.

¹⁰²⁶ Sur le rapport de vases communicants entre les notions de « peine » et de « traitements inhumains ou dégradants » : VAN DE KERCHOVE, M., Sens et non-sens de la peine, précité, p. 500 et s.

¹⁰²⁷ CEDH, 7 juil. 1989, Soering c/ R.-U., req. n°14038/88 ; 26 oct. 2000, Kudla c/ Pologne, req. n°30210/96 ; 18 oct. 2001, Indelicato c/ Italie, req. n°31143/96 ; 29 avril 2003, Poltoratski c/ Ukraine, req. n°38812/97.

¹⁰²⁸ VAN DE KERCHOVE, M., Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal, publication des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, p. 57.

¹⁰²⁹ CEDH, 25 avril 1978, Tyrer c/ R.-U., req. n°5846/72.

¹⁰³⁰ La définition de la règle de droit comporte la prévision d'une sanction v. notamment : Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2015, v^o règle de droit ; Vocabulaire juridique G. Cornu, v^o règle de droit, sens 1 et 3.

En doctrine, notamment : JESTAZ, P., La sanction ou l'inconnue du droit, Dalloz, 1986, chron. 197- l'auteur conclut à une définition du droit par la sanction ; GENY, F., Sciences et technique en droit privé positif, tome 1, Sirey, 1913, p. 47 ; RIPERT, G., La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 1927, n°6.

seul défaut de finalité dissuasive. Quant à la finalité « punitive », sa spécificité « pénale » est relative ; la répression disciplinaire est tout aussi punitive que la répression pénale¹⁰³¹ – le droit disciplinaire est le « frère germain »¹⁰³² du droit pénal – tout comme peut l'être le droit administratif¹⁰³³.

258. Les critères supposés permettre la reconnaissance d'une infraction pénale ne sont finalement pas réellement spécifiques au droit pénal. Ce qui distingue les infractions à caractère pénal des infractions « pénales par nature, au regard de la convention » est que ces dernières protègent un bien juridique consacré par la convention. Il convient donc d'intégrer cet élément.

B- L'AJOUT D'UN SOUS-REACTIF DU BIEN JURIDIQUE PROTEGE

259. *Conceptualisation de l'infraction pénale par nature* – La particularité de « l'infraction pénale par nature » réside donc dans les biens juridiques protégés, ceux méritant la protection pénale. L'expression véritablement employée par la Cour est « infraction pénale, par nature, au regard de la convention ». Cette conception s'inscrit dans les théories supra-légales du bien juridico-pénal mais n'a de sens que dans le contexte du droit de la convention. Il convient donc de chercher à s'en départir et d'extraire une notion plus générale de l'infraction pénale par nature. Le référentiel supra-légal sera naturellement conservé ; il est l'élément central de la notion de noyau dur pénal (I). Cependant, cherchant à généraliser l'infraction pénale par nature, il convient de redéfinir les biens juridiques au regard des référentiels supra-légaux du droit de l'Union (II).

I- L'adoption du référentiel supra-légal

260. *Des théories classiques aux théories supra-légales* - La notion de bien juridique est intimement liée à la légitimité du droit de punir. C'est un fil conducteur dans les constructions théoriques des auteurs qui se sont intéressés au concept, comme dans les critiques que se sont respectivement adressées les différents courants de pensées. Jusqu'à la seconde moitié du XXème

¹⁰³¹ « Les deux espèces de répression ont le même caractère et reposent sur le même fondement » : DUGUIT, L., *L'Etat, les gouvernants et les agents*, tome II, Albert Fontemoing Editeur, 1903, p. 469.

¹⁰³² RICOL, J., *Les tendances du droit disciplinaire*, th. Dactyl., Toulouse, 1908, p. 13.

¹⁰³³ En ce sens : MODERNE, F., *La sanction administrative*, RFDA 2002, p. 485 ; DELLIS, G., précité, p. 46.

siècle, on peut schématiquement regrouper les théories du bien juridique autour de l'opposition fondamentale suivante : est-ce parce que « c'est mal » que le droit interdit ou est-ce parce que le droit interdit que l'on considère que « c'est mal » ? Aucune n'étant exempte de points faibles (a), les théories supra-légales du bien juridique, formulées au cours de la seconde moitié du XXème siècle, en font, en quelque sorte, une synthèse, le compromis qui sera retenu (b).

a) Les insuffisances des théories classiques du bien juridique

261. *Le rejet des conceptions formelles du bien juridique* – Considérer que « c'est mal parce que c'est interdit », c'est adopter une pensée positiviste formelle¹⁰³⁴ ou fonctionnaliste qui circonscrit le but du droit pénal à la seule préservation du système juridique et de l'ordre social tel qu'il procède des jugements de valeur du législateur¹⁰³⁵. La conception du bien juridique est purement formelle, déduite des préceptes du droit positif, et confine à la tautologie¹⁰³⁶. Renoncer ainsi par postulat à toute analyse critique des appréciations de valeur qui fondent le système, qui seront dans tous les cas respectées, c'est admettre un *ius puniendi* sans limite¹⁰³⁷. Une telle « légitimation du pouvoir coercitif de l'Etat »¹⁰³⁸ « n'apporte aucune garantie à l'individu qui se trouve entièrement soumis à la volonté d'un Etat libre d'étendre le domaine pénal à sa guise par la consécration de nouveaux biens juridiques sans contenu matériel prédéterminé »¹⁰³⁹. Pour autant qu'il soit « évident que l'érection par l'ordre social de certains objets en biens protégés est

¹⁰³⁴ Que l'on distingue du positivisme naturaliste de VON LISZT ou VON JHERING.

¹⁰³⁵ La pensée fonctionnaliste attribue au droit pénal la fonction première de protéger le système social. La conception de bien juridique s'appréhende alors en conséquence et, dans la lignée des positivistes, en vertu du jugement de valeur du législateur. Le fonctionnalisme le plus pur conduit à une légitimation en blanc sein du *ius puniendi*. Le seul fait que la loi accomplisse une fonction sociale de maintien du système ne présume en rien de sa légitimité : la fonctionnalité des normes peut alors tout bien maintenir une dictature ou régir une organisation mafieuse. Aussi, certains fonctionnalistes ont apporté des limites « externes ». AMELUNG, par exemple, défend un fonctionnalisme poursuivant le maintien d'un système concret, celui institué par la Constitution, en l'occurrence, celle de la R.F.A. (LACAZE, M., précité, pp. 80-83, plus spécialement sur LUHMAN, *Ibid.*, pp. 221-223).

Sensiblement de même, représentant la pensée positiviste, BINDING considère que le bien juridique est « créé par le droit ou l'ordre juridique » dépourvu de réalité en dehors de son existence normative (LACAZE, M., précité, p. 50-53) - dans le même sens, GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, tome I, p. 203 et 215 ; LACAZE, M., précité, p. 50, n°48 et s.

¹⁰³⁶ Critiquant la pensée formelle positiviste de BINDING, ROCCO la résume ainsi « Qu'est-ce qui constitue l'objet de l'action délictueuse ? Le bien juridique ? Qu'est-ce que le bien juridique ? L'objet de l'action délictueuse. » (ROCCO, A., *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, p. 105 – cité par M. LACAZE, précité, p. 53, n°58).

¹⁰³⁷ A cet égard, le troisième Reich s'est fait l'illustration paroxystique des limites du positivisme appliqué au concept de bien juridique dans la théorie de l'infraction pénale. En effet, Hitler étant arrivé au pouvoir de manière légale, par le suffrage universel, les positivistes se trouvent théoriquement dans l'impossibilité de critiquer les lois et les crimes nazis.

¹⁰³⁸ HORMAZABAL MALAREE, H., *Bien jurídico y estado social y democrático del derecho*, p. 45-46 – à propos de la pensée positiviste formelle de BINDING : « la norme et le bien juridique dans la pensée de BINDING en arrivent à accomplir une fonction de légitimation du pouvoir coercitif de l'Etat » (traduction LACAZE, M., précité, p. 53, n°57).

¹⁰³⁹ LACAZE, M., précité, p. 53, n°57 à propos de la pensée positiviste. La même critique est faite aux fonctionnalistes, p. 82, n°124.

effectuée à la suite d'un jugement de valeur »¹⁰⁴⁰, toute faculté de regard critique nécessite la préexistence d'un référentiel externe dont le droit (pénal) positif se veut acte de (re)connaissance, étant entendu que le législateur « peut « se tromper » dans l'édiction des règles pénales et la sélection des objets protégés »¹⁰⁴¹. Pour cette raison, il apparaît plus juste et cohérent avec la réalité pénale contemporaine¹⁰⁴² de considérer dans la continuité de nombreux auteurs¹⁰⁴³ que le droit pénal protège des biens juridiques (pré)existant dans la réalité sociale, dont il reconnaît une importance particulière en lui octroyant une protection spécifique¹⁰⁴⁴.

262. Les pierres d'achoppement des conceptions matérielles - Considérer que « c'est interdit parce que c'est mal », en revanche, pose inévitablement les questions du référentiel et de la nature des biens juridiques. Sont-ils des valeurs¹⁰⁴⁵ ? Seulement leur émanation¹⁰⁴⁶ ? Des droits subjectifs¹⁰⁴⁷ ? Sont-ils exclusivement individuels ou peuvent-ils être collectifs¹⁰⁴⁸ ? Quant

¹⁰⁴⁰ DASKALAKIS, E., La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal, thèse, Paris, 1969 p. 73-76.

¹⁰⁴¹ En ce sens, LACAZE, M., précité, pp. 6-18, spéc. p. 12-13 et 16-17.

¹⁰⁴² Ne serait-ce qu'en raison de la simple existence des politiques pénales et des hiérarchies des peines. Les premières induisent une sélection des biens juridico-pénaux devant faire l'objet d'une attention particulière. Les secondes expriment une hiérarchisation des biens juridico-pénaux.

¹⁰⁴³ Ainsi, pour BIRNBAUM, l'infraction est conçue comme une atteinte aux conditions de la vie commune, lesquelles sont objectivisées par la détermination des biens juridiques privés (délits naturels) et publics (délits sociaux), les premiers procédant de la nature des choses, de la sphère préjuridique de la Raison, les seconds étant issus d'une décision politique (v. LACAZE, M., précité, p. 46-47). Pour Von LISZT, le bien juridique est un « bien humain reconnu et protégé par le droit », les « intérêts vitaux » qui « résultent des rapports créés par la vie entre les individus, ou entre les individus et l'Etat et la société et réciproquement » (*Ibid.*, p. 54). Pour MEZGER, le bien juridique est une « figure idéologique », une « valeur objective », morale issue de la culture, et non du droit naturel, que le législateur reconnaît par l'édiction de la norme pénale (*Ibid.*, p. 66). Pour KAUFFMAN et HIRSH, les biens juridiques dérivent des valeurs issues de l'ordre social (*Ibid.* p. 74).

Plus récemment, pour DASKALAKIS, la loi pénale est déclarative en ce qu'elle ne fait que reconnaître les valeurs sociales en les érigeant en biens juridiques (LACAZE, M., précité, p. 75-76, n°111). Pour D'ARGENTAS, les biens juridiques sont les valeurs et les intérêts essentiels pour la société, érigés en biens juridiques à la suite d'un jugement de valeur, donc préexistants au droit (D'ARGENTAS, E., précité). Pour HASSEMER, les biens juridiques sont des « intérêts humains nécessitant de protection juridico-pénale » dont la consécration législative est subordonnée à des « valorisations sociales historiquement conditionnées » (v. : LACAZE, M., précité, p. 86).

¹⁰⁴⁴ En ce sens, en effet, pour VON LISZT, le bien juridique, toujours rattaché à un titulaire, qu'il soit l'Etat ou un individu, est reconnu et protégé par le droit ; il préexiste donc nécessairement (voir LACAZE, M., précité, p. 5-56). Pour DASKALAKIS, qui adopte une acception sociale et non morale du bien juridique, la loi pénale est déclarative et ne fait que reconnaître la réalité sociale en érigeant en bien juridique les « biens sociaux dont la perturbation, par les sentiments d'inquiétude et d'inconfiance qu'elle déclenche, éveille la valeur sociale » (la notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal », précité p. 82-83). Pour D'ARGENTAS, « la norme pénale protège des valeurs ou intérêts essentiels (...) des biens juridiques qui sont indispensables au bien commun », préexistants et extra-juridiques (la norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale, précité p. 413, 418-419).

¹⁰⁴⁵ Conception qui trouve une limite dans le fait qu'un certain nombre d'infractions ne protègent pas des « valeurs », tel le faux-monnayage.

¹⁰⁴⁶ A considérer même que, tel le mythe de la caverne, ce ne sont pas les valeurs en elles-mêmes qui sont appréhendées par le droit mais seulement leur projection, leur perception, cela soulève les mêmes épineuses questions et trouve la même limite que si l'on ramène les biens juridiques aux valeurs, directement.

¹⁰⁴⁷ Conception originelle du bien juridique, soutenue par FUEURBACH qui trouve sa limite dans les infractions ne défendant pas un droit subjectif, telles que celles protégeant l'ordre public, les bonnes mœurs ou encore la monnaie. Cette théorie souleva un débat beaucoup plus théorique quant à la possibilité de léser un droit subjectif. En effet, BIRNBAUM et BINDING, en particulier, objectèrent qu'un droit ne peut jamais être atteint en lui-même ; seul son substrat matériel peut l'être.

au référentiel, s'agit-il du droit naturel, de la morale, de l'ordre social ¹⁰⁴⁹? En tout état de cause, cela n'encadre guère plus le droit de punir ; le législateur pénal se faisant tout autant seul décisionnaire de ce qu'il érige en biens juridico-pénaux. Sur ce point, il convient sans doute d'admettre que l'on touche à une limite fondamentale et insoluble, qu'« il n'y a pas de légitimité en soi, de légitimité absolue, puisqu'il n'y a pas de valeur objective, absolue, capable de s'imposer universellement à une opinion unanime »¹⁰⁵⁰. Au mieux, peut-on donc s'efforcer de déceler ce qui apparaît légitime au plus grand nombre, de manière la plus universelle.

b) Les conceptions supra-légales du bien juridique, voie de conciliation

263. Les conceptions supra-légales du bien juridique - En cherchant à encadrer le droit de punir sans avoir recours directement au droit naturel ou à la morale, les théories supra-légales du bien juridico-pénal se présentent comme un compromis entre les écoles d'inspiration naturaliste ou moraliste et les écoles d'essence positiviste, formelle et fonctionnaliste. Les théories supra-légales du bien juridique (dé)limite le concept par référence aux textes fondamentaux d'un système juridique. Deux déclinaisons ont été proposées : l'une s'appuyant sur la Constitution d'un Etat, en ce qu'elle pose les conditions de la vie en commun de tous les citoyens, indique les éléments vitaux sur lesquels repose le projet politique et sociétal qu'une Constitution exprime ; l'autre sur les déclarations et autres proclamations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en raison de leur caractère (quasi) universel ainsi reconnu¹⁰⁵¹. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales, fruits « de considérations juridiques, philosophiques, sociologiques et anthropologiques »¹⁰⁵² sont, à l'image du courant constitutionnaliste, les « valeurs sociales, indispensables pour le développement de la société et pour l'épanouissement du sujet à l'intérieur de celle-ci, qui naissent et coïncident avec les droits de l'homme reconnus par la communauté internationale »¹⁰⁵³. L'infraction « pénale par nature au regard de la convention »

¹⁰⁴⁸ Le Professeur HASSEMER en particulier a critiqué la dilution du concept par l'extension de la qualification de biens juridiques à des objets juridiques collectifs et diffus, tels que l'environnement, la santé publique, l'intégrité de l'espèce humaine. Il a ainsi prôné de recentrer le concept sur les biens juridiques à « référentiel individuel », c'est-à-dire à ceux attachés à la personne, même relativement indirectement. La sécurité routière peut être considérée comme rattachée à la personne, l'environnement, non, en revanche.

¹⁰⁴⁹ Voir notes précédentes.

¹⁰⁵⁰ POLIN, R., Analyse philosophique de l'idée de légitimité, in BASTID, P. et autres (dir.), L'idée de légitimité, PUF, coll. Annales de philosophie politique, 1967, p. 25-26.

¹⁰⁵¹ LACAZE, M., précité, pp. 90-92, 97-99.

¹⁰⁵² LACAZE, M., réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal, précité p. 99.

¹⁰⁵³ FERNENDE, G., Bien uridico y sistema del deritao, p 142-144, trad. LACAZE, M., précité p. 99.

jumelle ces deux courants. La convention, proclamation de droits de l'homme, fait office de norme suprême dans un système juridique qui en découle. Car au-delà de fixer les valeurs essentielles d'une communauté, elle établit « les conditions de la vie en commun » par les obligations imposées aux Etats, dont l'irrespect est sanctionné par l'organe juridictionnel institué par la convention. En effet, « les droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont pas nés de ce texte. L'une des forces de ce dernier est même d'être la traduction juridique d'une vision philosophique et politique de l'homme, de ses droits et de leur nécessaire protection, vision forgée par l'histoire de la pensée et des combats politiques en Europe »¹⁰⁵⁴. Quant aux constitutions des Etats – de droit¹⁰⁵⁵ –, on peut tout aussi bien considérer, par analogie, qu'elles sont la traduction juridique d'une vision philosophique et politique d'une société, de son organisation politique et juridique et de leur nécessaire protection, une vision forgée par l'histoire d'une nation et l'histoire de la pensée.

264. La pierre d'achoppement des théories supra-légales du bien juridique – Cela étant, adopter le référentiel qui sera la source axiologique du droit pénal n'indique pas nécessairement quels éléments, dans ces textes, doivent être considérés comme des biens juridiques. A dire vrai, l'approche « droit de l'homme » a, par présupposé, résolu la question : les droits et libertés sont proclamés parce qu'ils sont essentiels, importants, dignes d'intérêt et qu'ils nécessitent une protection juridique¹⁰⁵⁶. « Apposer l'adjectif « fondamental » à un droit signifie que ce dernier est porteur des principaux biens juridiques d'un ordre »¹⁰⁵⁷. La conception « constitutionnaliste », en revanche, semble rendre plus inéluctable la question de la définition de la notion de « bien » juridique et l'adoption des éléments permettant de les identifier. Toutefois, elle s'avère être également ramenée, pour l'essentiel, aux droits proclamés. Or, une telle conception apparaît trop réductrice. Restreinte à la seule protection des droits et libertés, la volonté de juguler l'inflation législative pénale poursuit alors moins une « *ultima ratio* » qu'une « *extrema ratio* » qui ne légitimerait plus les infractions contre l'Etat ou des biens collectifs diffus dont il est difficile d'extraire un

¹⁰⁵⁴ SAUVE, J.-M., Le Conseil d'Etat et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Les 60 ans de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Colloque organisé par l'Université de Paris 3 Sorbonne nouvelle, 9 avril 2010.

¹⁰⁵⁵ Forgées en réaction à des régimes dictatoriaux, les conceptions constitutionnalistes postulent manifestement d'une constitution libérale héritière des philosophies des Lumières et respectueuse de l'Etat de droit et des principes démocratiques.

¹⁰⁵⁶ En ce sens, ce que dit SAUVE, J.-M. de la convention EDH, ci-dessus.

¹⁰⁵⁷ Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 13 sept. 2001 dans l'aff. C-340/00P, Commission c/ Michael Cwik, §31.

droit ou une liberté invocable. Aussi conviendrait-il de substantiellement ouvrir la conception matérielle du bien juridique.

265. Le noyau dur du droit pénal au sens de la Cour EDH se limite à des droits et libertés, puisque ce sont les seuls biens juridiques supra-légaux que l'on peut identifier dans le système juridique uniquement composé de la Convention. La présente recherche s'intéressant au droit de l'Union, il convient donc d'identifier les biens juridiques supra-légaux du droit de l'Union.

II- La redéfinition matérielle du bien juridique

266. *Les biens juridiques du droit de l'Union : des valeurs et intérêts essentiels protégés par le droit primaire* – Aussi indéfinie qu'elle puisse être, la notion de « bien juridique » est souvent synonyme de valeur, ou encore d'intérêt. Il est ainsi communément considéré que « la norme pénale protège des valeurs ou des intérêts essentiels pour la société »¹⁰⁵⁸. Une telle conception n'est pas incompatible avec l'appréhension de la notion de noyau dur du droit pénal en droit de la convention EDH. Droits et libertés proclamés sont tout autant expressifs des valeurs d'une société que les comportements pénalement interdits ; ils sont, au sein d'un même système juridique, les deux revers d'une même médaille¹⁰⁵⁹. Ainsi, dans le cadre de la recherche des biens juridiques de l'Union, et ce afin d'appréhender son champ pénal, les *biens* juridiques

¹⁰⁵⁸ DARGENTAS, E., La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale, RPDP, 1977, p. 413 – dans le même sens : LACAZE, M., précitée, p. 6 et s. ; MAYAUD, Y., « Ratio legis et incrimination », RSC, 1983, p. 596 : toute incrimination « se met au service d'un ordre, l'ordre public pénal, dont la conception suppose nécessairement un choix préalable de valeurs (...) A toute incrimination correspond donc une cause particulière d'incrimination, un ratio spécifique, un mobile précis d'existence au nom d'un bien collectif à défendre » ; DELMAS-MARTY, M. : « Dans un système donné, le choix officiel consistant à interdire un comportement sous menace d'une sanction pénale exprimerait une conception au moins partiellement commune des principales valeurs, fonctions expressives qui se trouvent dans le classement des codes » (DELMAS-MARTY, M., Chances et risques d'une justice pénale internationale, *in* : Archives de philosophie du droit, Le droit pénal, Tome 53, Dalloz, 2010, p. 99) ; Cour Constitutionnelle fédérale allemande, décision du 16 juillet 1969, citée par LACAZE, M., précitée, p. 214 : « la tâche du droit pénal est de protéger les valeurs élémentaires de la vie en commun » ; RODOPOULOS, I., parle du droit pénal « en tant que « gardien armé » d'un ordre constitutionnel et par suite d'un modèle sociopolitique » (précité ; MERLE, R. et VITU, A., Traité de droit criminel – droit pénal spécial, CUJAS, 1982, p. 28, n°22 (« la portée générale du critère tiré des intérêts protégés ») ; ROBERT, J.-H., Droit pénal général, PUF, coll. Thémis, 6^{ème} ed., 2005, p. 226 et s. (« l'existence d'un intérêt protégé par la loi pénale ») ; VAN de KERCHOVE, M., Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2009, p. 84 ; GARRAUD, R., Traité théorique et pratique de droit pénal français, 3^{ème} éd., Sirey, 1913, tome I, p. 215, n°99 et p. 572, n°287 ; PARIZOT, R., La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie, LGDJ, 2010, notamment p. 174. Sur des évocations sans véritable définition mais néanmoins en ce sens, également : PONCELA, P. et LASCOUMES, P., Réformer le code pénal : où est passé l'architecte ?, PUF, coll. Les voies du droit, p.82 et s. « une nouvelle hiérarchisation des intérêts protégés » ; PIN, X., Droit pénal général, Dalloz, coll. Cours, 3^{ème} éd., 2009, p. 3, n°3 ; CONTE, P., Droit pénal spécial, 3^{ème} éd., Lite, coll. Manuels, 2007, p. 3, n°6 et 144, p. 252.

¹⁰⁵⁹ En ce sens : F. OST parle des valeurs qui traduisent les droits de l'homme : OST, F., Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme, *in* CARTYVELS, Y. (dir.), précité, p. 7.

seront les valeurs et les intérêts que l'Union estime essentiels pour la société ; leur protection promise par les textes à valeur supra-légale opère leur valorisation en biens *juridiques*, c'est-à-dire en biens méritant une protection juridique. L'adoption du référentiel supra-légal fait du droit primaire la source axiologique. Cependant, force est de constater l'hétérogénéité des dispositions de droit primaire : des dispositions générales - telles que l'énoncé des valeurs, des compétences de l'Union, ou encore l'affirmation de droits et libertés - côtoient des dispositions plus pragmatiques de droit matériel - tels que les articles 101 ou 102 TFUE prohibant entente et abus de position dominante - comme de droit institutionnel - telles que la composition des institutions ou la description des procédures législatives, par exemple. Il apparaît donc nécessaire d'identifier, au sein du droit primaire, les valeurs ou intérêts (a) érigés en biens juridiques (b).

a) Les valeurs et les intérêts de l'Union

267. De la difficulté de définir à la possibilité d'identifier – A ce stade du raisonnement, la démarche scientifique semble difficilement pouvoir se passer d'une définition des concepts de « valeur » ou « d'intérêt ». Bien qu'elles soient aisément appréhendables de manière intuitive, l'effort de définition s'avère bien plus délicat. On ne résoudra pas des questions qui ont occupé, et occupent toujours, d'éminents philosophes, sociologues, et juristes, aussi nous limiterons-nous aux définitions communes, amplement suffisantes à éclairer le droit de l'Union déjà porteur d'éléments de réponse.

268. Les valeurs de l'Union - Au sens commun, une « valeur » est ce qui est considéré comme bien en soi, bon, utile, digne d'estime et servant de référence dans les jugements et les conduites¹⁰⁶⁰, voire de principe de la vie en société¹⁰⁶¹. Qu'elle soit morale, religieuse¹⁰⁶² ou sociale¹⁰⁶³, immanente ou transcendante¹⁰⁶⁴, « la valeur est toujours une préférence objectivée et rectifiée

¹⁰⁶⁰ Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, V^o Valeur, PUF, 2007. Dans le même sens, Dictionnaire de la langue française Le Robert, v^o Valeur, III, 6, b), le Dictionnaire Larousse, le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, V^o Valeur (spéc. §5). Sous réserve de ne pas confondre « ce qui a de la valeur » et « ce qui est une valeur ». Une valeur a de la valeur, mais tout ce qui a de la valeur n'est pas nécessairement une valeur.

¹⁰⁶¹ Ibid, v^o « valeurs fondamentales ».

¹⁰⁶² On y affiliera BIRNBAUM, MEZGER entres autres.

¹⁰⁶³ On y affiliera LIZT, HASSEMER, KAUFFMAN et DAKASLAKIS entres autres.

¹⁰⁶⁴ Egalement opposés sous les termes de « subjectivisme » et « objectivisme ». Pour un exposé des principaux courants de pensée axiologiques, v. GRZEGORCZYK, G., Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? Archives de philosophie du droit, tome 24, les choses et les biens, Sirey 1979, p. 265-266.

(...) la préférence ne se change en valeur qu'à la condition de fonder le préféré sur le préférable »¹⁰⁶⁵.

269. *Identification des valeurs de l'Union* - Le droit de l'Union ne définit pas ce concept qu'il emploie expressément ; en revanche, il en précise le contenu : « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités »¹⁰⁶⁶. En mentionnant expressément les droits de l'homme, l'article 2 TUE intègre aux valeurs de l'Union aussi bien ceux contenus par la Charte¹⁰⁶⁷ que, plus symboliquement, ceux de la convention EDH. Seulement le texte ajoute des « éléments essentiels », « caractéristiques communes » aux sociétés des Etats membres : le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. Syntaxiquement distinguées des « valeurs de l'Union », ces éléments ne sont manifestement pas considérés comme tels puisqu'ils ne peuvent fonder une procédure de sanction pour violation grave et persistante des valeurs de l'Union¹⁰⁶⁸. On peut toutefois estimer qu'il s'agit de valeurs. D'une part, c'est sous ce terme que l'on est intuitivement porté à dénommer la classe-repère qu'ils constituent ; à la réflexion, on peinera à en trouver un autre, du reste. D'autre part, ces éléments répondent bien à la définition commune de « valeur » précédemment exposée. Enfin, s'ils ne sont pas des « valeurs de l'Union » au sens de l'article 7 TUE, ils en sont au sens de l'article 49 TUE, qui définit les critères d'adhésion d'un Etat à l'Union. On concèdera en revanche qu'il s'agit d'un second rang dans l'échelle des valeurs de l'Union.

270. *Les intérêts de l'Union* - S'agissant de la notion d'intérêt, le traité emploie le terme sans le définir. Bien souvent, son usage est générique¹⁰⁶⁹ ; parfois, il est associé au terme de « valeurs »¹⁰⁷⁰. Considérant que, dans son acception notionnelle, le concept d'intérêt renvoie à « ce

¹⁰⁶⁵ LAVELLE, L., *Traité des valeurs*, tome I : théorie générale de la valeur, PUF, 1950 (1991), p. 523. Consultable sur : http://classiques.uqac.ca/classiques/lavelle_louis/Traite_des_valeurs_t1/Traite_des_valeurs_t1.pdf.

¹⁰⁶⁶ Art. 2 TUE.

¹⁰⁶⁷ Qui a, au demeurant, la même valeur que les traités – art. 6 §2 TUE.

¹⁰⁶⁸ Art. 7 TUE. Pour une étude plus approfondie de cette procédure, v. infra, n°340 et s.

¹⁰⁶⁹ Art. 13, §1, TUE : « L'Union dispose d'un cadre institutionnel visant à promouvoir ses valeurs, poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ses citoyens, et ceux des États membres, ainsi qu'à assurer la cohérence, l'efficacité et la continuité de ses politiques et de ses actions ». Art. 17 TUE : « La Commission promeut l'intérêt général de l'Union ».

¹⁰⁷⁰ Art. 3, §5 TUE : Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens.

qui importe »¹⁰⁷¹, on peut globalement exciper des objectifs de l'Union *ses* intérêts, qui sont donc *ses* « intérêts » nécessaires au bien collectif et pouvant justifier une intervention pénale. En effet, par présupposés, il est dans l'intérêt de l'Union d'atteindre les objectifs qu'elle s'est fixée, d'assurer la pleine effectivité des obligations qu'elle édicte¹⁰⁷², et qui sont nécessaires au bien collectif¹⁰⁷³. Ce lien entre « objectifs » et « intérêts » est ponctuellement décelable dans les traités¹⁰⁷⁴ et évoqué par/devant les juridictions de l'Union¹⁰⁷⁵. En liant « objectifs » à « intérêts », on en vient donc à se tourner vers l'article 3 TUE¹⁰⁷⁶. A l'exception du paragraphe 5, cet article ne se contente pas d'énoncer laconiquement les objectifs généraux poursuivis par la construction européenne, à savoir l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, du marché intérieur et de l'union monétaire. Il dissémine des considérations générales orientant, en terme

¹⁰⁷¹ Dictionnaire de la langue française Le Robert, v° Intérêt, - Dans le même sens : Dictionnaire Trésor de la langue française ; Dictionnaire de l'Académie française, 9^{ème} édition.

¹⁰⁷² En ce sens, par exemple, à propos des sanctions financières prévues en matière de pharmaco-vigilance : « les intérêts de l'Union sont en jeu dès lors que ces obligations ne sont pas respectées. » - point 3 du préambule du règlement (UE) n°488/2012 de la Commission du 8 juin 2012 modifiant le règlement (CE) n°658/2007 concernant les sanctions financières applicables en cas d'infraction à certaines obligations fixées dans le cadre des autorisations de mise sur le marché octroyées en vertu du règlement (CE) n°726/2004 du Parlement européen et du Conseil (JOUE L 150 du 9 juin 2012).

¹⁰⁷³ Ce qui est exprimé par l'art. 3, §1 : le principal objectif de l'Union est, notamment, « de promouvoir (...) le bien-être de ses peuples ».

¹⁰⁷⁴ Il se déduit l'article 22 TUE, par exemple, que les objectifs énumérés à l'article 21 constituent des « intérêts », dont certains doivent ou peuvent être estimés comme « stratégiques ». Dans le même sens : art. 170 TFUE.

¹⁰⁷⁵ Qualifiant de bien juridique la libre concurrence au sein du marché intérieur excipé de l'anc. art. 3, §1, g) TCE qui fixait les objectifs de la Communauté : CJCE, 10 mai 2007, SGL Carbon AG c/ Commission, aff. C-328/05P, §27 ; 29 juin 2006, Showa Denko KK c/ Commission et autres, aff. C-289/04 P, §55 ; TUE, 13 juillet 2001, ThyssenKrupp c/ Commission, aff. Jointes T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 et T-154/07, §162.

De la même manière, concluant dans l'affaire Commission c/ Conseil sur le point de savoir si une base juridique pouvait permettre de contraindre les Etats membres à pénaliser les atteintes à l'environnement, et le cas échéant laquelle, l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER observait que « si les biens juridiques protégés par ces infractions constituaient l'un des objectifs de la Communauté, personne ne discuterait la compétence de ses instances législatives pour exiger des Etats membres qu'ils engagent des poursuites par la voie pénale ». « L'«environnement» est une compétence de la Communauté et il s'érige également en un bien juridique dont la défense inspire les autres politiques, activité protectrice qui, de surcroît, peut être qualifiée d'objectif essentiel du système communautaire » (Conclusions présentées le 26 mai 2005 dans l'affaire C-176/03, Commission c/ Conseil, §50 et 59).

¹⁰⁷⁶ « 1. L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples.

2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les Etats membres. Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.

4. L'Union établit une union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro.

5. Dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens. Elle contribue à la paix, à la sécurité, au développement durable de la planète, à la solidarité et au respect mutuel entre les peuples, au commerce libre et équitable, à l'élimination de la pauvreté et à la protection des droits de l'homme, en particulier ceux de l'enfant, ainsi qu'au strict respect et au développement du droit international, notamment au respect des principes de la charte des Nations unies.

6. L'Union poursuit ses objectifs par des moyens appropriés, en fonction des compétences qui lui sont attribuées dans les traités ».

qualitatif, l'action de l'Union. Par exemple, dans le cadre de l'établissement du marché intérieur, l'Union « œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique ». Cela indique les centres d'intérêts spécifiques et spécifiquement liés au marché intérieur, tels que la croissance économique, l'économie sociale de marché, ou encore la protection de l'environnement, et importent tout autant que l'objectif général du marché intérieur. Cette valorisation formelle en fait-ils des biens juridiques ? La réponse doit être nuancée. Ces droits, libertés, valeurs et intérêts deviennent des « objets juridiques », c'est-à-dire appréhendés par le droit, mais ne peuvent prétendre à la qualification de « bien juridique » qu'à condition d'être protégés par le droit. Or, on peut observer que les traités n'imposent pas le même impératif comportemental selon que « l'Union respecte », « offre », établit », « promeut », « interdit » ou « prend en considération » quelque chose.

271. Pour autant que tous les éléments reconnus par le droit primaire soient, en principe, dignes de protection juridique, tous les droits, libertés, valeurs, ou intérêts mentionnés ne sont pas protégeables.

b) Les biens protégés par le droit primaire

272. *Les biens juridiques protégeables et non protégeables* - Dans certains domaines, qualifiés de compétence « d'appui », de « coordination » ou de « soutien », l'Union ne peut recourir à des mesures d'harmonisation. Bien qu'un « bien » soit mis formellement en valeur, la limitation de la compétence de l'Union à des mesures d'encouragement fait obstacle à la reconnaissance de ces éléments comme des « biens juridiques ». On ne peut tout à la fois reconnaître que quelque chose mérite une protection juridique, de quelque nature qu'elle soit, et ne pas donner les moyens de le faire. Le droit de punir présuppose le pouvoir, en droit, de le faire. Ainsi donc, aucun bien juridique ne peut découler des compétences d'appui, de

coordination et de soutien énumérées à l'article 6 TUE¹⁰⁷⁷, auquel s'ajoute, par mention spécifique, certains aspects de quelques compétences partagées, telle la prévention de la criminalité¹⁰⁷⁸. Les compétences exclusives et partagées offrent encore un large panel de biens reconnus par le droit primaire, et donc protégeables. Cependant, tous ne bénéficient pas de la même considération. Il y a manifestement une hiérarchie des « valeurs » en droit de l'Union.

273. Les biens directement protégés - Parmi les biens reconnus et protégeables, on peut d'abord identifier des biens directement protégés par le droit primaire, c'est-à-dire ceux dont les traités prévoient une sanction en cas d'atteinte. Ces dispositions sont limitées ; les articles 101 et 102 TFUE en sont un exemple¹⁰⁷⁹. L'appréciation de leur nature pénale ne dépendra alors plus que de la présence des caractères pénaux de l'interdiction de transgression.

274. Les biens fermement protégés – On peut ensuite distinguer des biens fermement protégés, c'est-à-dire des éléments dont l'atteinte est proscrite mais sans que n'y soit associée de sanction précise par le droit primaire. L'impératif de protection n'est pas toujours décelable en une seule et même disposition. Par exemple, on ne peut véritablement exciper de chaque disposition de la Charte des droits fondamentaux l'érection du droit ou de la liberté mentionné en bien juridique. Certaines dispositions ne proclament pas véritablement de liberté, ni ne garantissent réellement de « droit à » ou « droit de », expression d'une obligation comportementale pour les institutions et les sujets du droit de l'Union de ne pas y nuire¹⁰⁸⁰. Ainsi, l'article 21 interdit toute discrimination, notamment fondée sur la religion ou l'appartenance ethnique, et impose un devoir-être à l'égard des sujets du droit de l'Union. L'article 22, en

¹⁰⁷⁷ A savoir : la protection et l'amélioration de la santé humaine, l'industrie, la culture, le tourisme, l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, la protection civile et la coopération administrative. L'impossibilité d'adopter des mesures d'harmonisation est expressément mentionnée dans les dispositions spécifiques de la troisième partie du traité dédié aux politiques et compétences internes. En l'occurrence, il s'agit respectivement des articles : 168 TFUE, 173, §3 TFUE, 167 TFUE, 195 TFUE, 168, §4 TFUE, 153, §2 a) et 166, §4 TFUE, 168, §4 TFUE, 196 TFUE, 197 TFUE.

¹⁰⁷⁸ Art. 84 TFUE. Ainsi que les mesures d'encouragement communautaires en matière de non-discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (art. 19, §2 TFUE), l'intégration des ressortissants tiers en séjour régulier (art. 79, §4 TFUE), et à la politique spatiale de l'Union (art. 189 TFUE).

¹⁰⁷⁹ Articles prohibant les ententes et les abus de position dominante anticoncurrentiels, associés à l'art. 103, §2 a) TFUE qui énonce que les institutions législatives établissent les outils juridiques adéquats, prévoyant amendes et astreinte afin de faire respecter les art. 101 et 102 TFUE.

¹⁰⁸⁰ Sous réserve, toutefois, de la portée de l'article 54. Celui-ci précise qu'aucune disposition ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction ou à la limitation des droits et libertés contenus dans la Charte. Il n'est cependant pas certain que cela doive s'interpréter comme équivalant à une interdiction générale, qui, en tout état de cause, ne remplit pas à elle seule les critères d'une infraction pénale.

revanche, qui dispose que « l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique », n'emporte aucun devoir-être spécifique à l'égard d'un particulier.

275. *Les biens simplement reconnus* – La diversité culturelle, religieuse et linguistique, comme d'autres biens¹⁰⁸¹, sont simplement reconnus. L'imposition de leur respect ou de leur prise en compte induit un effort, plus qu'un impératif, de protection. Qu'il appartienne ou non au juriste d'apprécier la nécessité ou même l'opportunité de leur octroyer une protection pénale, en tout état de cause, cela n'est pas l'objet de nos propos à ce stade de l'étude¹⁰⁸², qui ne s'emploie qu'à identifier lorsque tel a été le cas. A l'appui d'un pourtour désormais esquissé des biens juridiques de l'Union, ils seront considérés comme des biens juridico-pénaux s'ils font l'objet d'une protection à caractère pénal.

CONCLUSION DE LA SECTION

276. *De la méthodologie Engel à une méthodologie du noyau dur pénal* - :Ayant extrait la notion de « noyau dur du droit pénal », et l'ayant liée à celle d' « infraction, pénale par nature, au regard de la Convention », identifiée par référence au bien juridique protégé par les textes supra-légaux, une méthodologie du noyau dur du droit pénal susceptible d'être applicable à d'autres systèmes de droit que celui de la convention a pu être établie. La technique juridique et la généralité des destinataires sont des indices à prendre en compte mais ce sont surtout les finalités et la protection d'un bien juridique supra-légal qui détermineront réellement un rattachement pénal. Cela étant, la rigueur scientifique implique de confronter la pertinence de cette nouvelle méthodologie.

¹⁰⁸¹ Il en va de même des articles 23 et 24 selon lesquels l'Union reconnaît et respecte les besoins particuliers aux personnes âgées et des personnes handicapées.

¹⁰⁸² La question sera ultérieurement abordée sous l'angle de la cohérence de l'action législative pénale de l'Union.

SECTION 3- LA PERTINENCE DU NOYAU DUR PENAL PAR REFERENCE AU CRITERE DU BIEN JURIDIQUE SUPRA-LEGALEMENT PROTEGE

277. Axe de travail – Sans autre corroboration que les éléments qui ont permis de les élaborer, les propos précédemment tenus pourraient n'être qu'une construction purement théorique. A cet égard, le fait que la théorie du bien juridique supra-légal trouve des échos et des applications en droit de la convention EDH (A) et en droit de l'Union (B) justifie d'autant plus son usage dans le cadre de la délimitation du champ pénal de l'Union.

A- L'EXPRESSION DES THEORIES SUPRA-LEGALES DU BIEN JURIDIQUE EN DROIT DE LA CONVENTION EDH

278. La double fonction du bien juridique supra-légal - Si l'on s'intéresse non plus à la notion même de droit pénal mais à sa fonction, les théories supra-légales du bien juridique n'ont pas uniquement prôné la limitation du *ius puniendi*. Certaines théories constitutionnalistes¹⁰⁸³ et le fondement même des théories « droits de l'homme »¹⁰⁸⁴ considèrent que la protection des biens juridiques exerce une contrainte, aussi bien positive que négative, sur le droit de punir. Négative, elle interdit au législateur d'entraver les libertés individuelles autrement que pour protéger les valeurs/intérêts de référence. Positive, elle oblige à incriminer ce qui les mettrait en danger¹⁰⁸⁵. Le principe d'une obligation d'incriminer a été critiqué pour renverser la logique originelle des théories constitutionnalistes, et plus largement des théories subjectives ou matérielles du bien juridique¹⁰⁸⁶. Toutefois, soutenir l'obligation de criminaliser les atteintes aux

¹⁰⁸³ Soutenant que l'Etat a un devoir de punir : TIEDEMAN, K., *Constitucion y derecho penal*, p. 53-59. *Contra* : ALAREZ GARCIA, J., *introducion a la teoria juridico del delito*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 17-20 ; MIR PUIG, S., précité ; SOTTO NAVARO, S., *la proteccion penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, 2003.

Références citées par LACAZE, M., précité, p. 95 et s. Sur cette question : v. sous la dénomination de principe d'offensivité (droit italien) : PARIZOT, R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, 2010, notamment pp. 168-169.

¹⁰⁸⁴ Si les biens juridiques émanent exclusivement des droits de l'homme et autres libertés fondamentales, le fait que toute personne ait « droit à » ou « le droit de » implique une obligation de punir leur violation.

¹⁰⁸⁵ On se rapprochera de l'école finaliste, ou plus exactement post-finaliste. Chez les finalistes, WEIZEL, en particulier, a défendu l'idée selon laquelle le droit pénal a pour fonction « de mettre sous tutelle » le « minimum éthique » et les fondements de l'institution sociale. Aussi générique, subjective et imprécise que soit leur conception du bien juridique, sa protection est la fonction première du droit pénal (pour une présentation claire et en français de la théorie de WEIZEL : DASKALAKIS, E., la notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal, thèse dact. Paris, 1969, p. 31-34). Les post-finalistes ne se distinguent des finalistes que par l'acceptation du concept de bien juridique, entendu par eux comme une notion matériellement appréhendable, quoique les définitions et contenus octroyés aient été divers (v. LACAZE, M., précité, p. 74-75). Certains fonctionnalistes se sont rapprochés de cette conception. AMELUNG, par exemple, voir note n°1035.

¹⁰⁸⁶ A l'origine, les théories du bien juridique ont été pensées dans la continuité de la pensée des Lumières, afin d'encadrer le pouvoir coercitif à l'égard des individus. Une obligation d'incriminer apparaît, de prime abord, en contradiction ; cela étant,

droits et libertés fondamentaux n'a rien d'attentatoire à ceux-ci, au contraire¹⁰⁸⁷. A cet égard, le fait que le droit pénal soit le « bouclier » des droits de l'homme garantis par la Convention pouvait déjà se lire en filigrane dans l'arrêt *Engel*. En effet, exposant son appréhension de la qualification juridique interne, la Cour attribuait déjà à la Convention une fonction référentielle à la lumière de laquelle elle apprécierait la légitimité du droit de punir, mais surtout du droit de ne pas punir : « la Convention permet sans nul doute aux États (...) d'ériger en infraction pénale une action ou omission ne constituant pas l'exercice normal de l'un des droits qu'elle protège (...). Le choix inverse, lui, obéit à des règles plus strictes. (...) La Cour a donc compétence pour s'assurer (...) que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal »¹⁰⁸⁸. On comprend déjà, à travers l'autorisation de protéger pénalement un bien juridique non mentionné par la Convention, que la protection pénale de tout droit garanti par elle est non seulement, par principe, légitime, mais pour ainsi dire, impérative. En revanche, le choix d'une protection non pénale amène la Cour à s'assurer de l'absence de « fraude à la Convention ».

279. Fonction promotionnelle et obligations positives - Plus actuelle, la jurisprudence des obligations positives développée par la Cour EDH conforte l'argumentation selon laquelle le noyau dur pénal s'identifie à la lumière des valeurs proclamées par la Convention. En vertu de cette jurisprudence, la Convention ne possède pas qu'une fonction « défensive »¹⁰⁸⁹ par laquelle la Cour condamne les Etats dont les législations ou les pratiques constituent des ingérences actives dans l'exercice des droits garantis¹⁰⁹⁰. Elle possède également une fonction « promotionnelle »¹⁰⁹¹ conduisant sanctionner des Etats n'ayant pas « adopté des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que l'individu tient de la Convention »¹⁰⁹². C'est ainsi, par exemple, que la

l'obligation d'agir est toute aussi contraignante que celle de ne pas agir. L'obligation de pénalisation n'est pas nécessairement incompatible avec la volonté de limiter le pouvoir de punir, lorsque la conception du bien juridique est assez précisément délimitée.

¹⁰⁸⁷ Pour des études transversales sur la complexe et étroite relation à double sens entre les droits de l'homme et le droit pénal, v. CARTUYVELS, Y. (dir.) Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

¹⁰⁸⁸ CEDH, *Engel*, précité, §81.

¹⁰⁸⁹ SUDRE, F., Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, RTDH 1995, p. 364.

¹⁰⁹⁰ Voir sur la question : SUDRE, F., précité ; COLOMBINE, M., La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, coll. Nvelle bib. de thèses, 2014 ; AKANDJI-KOMBE, J.-F., Les obligations positives en vertu de la Convention Européenne des droits de l'homme : un guide pour la mise en œuvre de la convention EDH, Précis sur les droits de l'homme n°7, Direction générale des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2006.

¹⁰⁹¹ Expression empruntée à BARATTA, A., Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal, *Déviante et société*, 1991, vol. 15, p. 2.

¹⁰⁹² CEDH, 9 déc. 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, req. n°16798/90, §51 - dans le même sens déjà : Comm. EDH, 1er juin 1973, *Golder c/ R.-U.*, req. n°4451/70 ; CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n°6289/73, §25-26. Antérieurement : CEDH, 23 juill. 1969, *Affaire linguistique belge*, req. n°1474/62 ; 1677/62 ; 1691/62 ; 1769/63 ; 1994/63 ; 2126/64 ; 13 juin 1979, *Marckx c/Belgique*, req. n°6833/74.

France fut condamnée pour ne pas disposer d'une législation pénale propre à « mettre en place un mécanisme répressif qui sanctionne effectivement les auteurs de [servitude et travail forcé] et ait un effet dissuasif »¹⁰⁹³.

280. La place centrale accordée au bien juridique, selon une conception supra-légale, s'avère donc cohérente avec le droit de la convention EDH, y compris sous l'aspect fonctionnel des théories de référence. Le fait que le système juridique de l'Union en soit également porteur valide son adoption dans le cadre de la présente recherche.

B- LA RESONNANCE DES THEORIES SUPRA-LEGALES DU BIEN JURIDICO-
PENAL EN DROIT DE L'UNION :

281. *Résonnance fonctionnelle et matérielle* – Encourageant l'adoption des critères du noyau dur pénal pour la délimitation du champ pénal de l'Union européenne, il s'avère que la dimension fonctionnelle des théories du bien juridico-pénal qui prônent un encadrement à double sens du droit de punir par les textes supra-légaux, une constitution ou une déclaration des droits, résonne dans le système juridique de l'Union (I). Il en va de même de la conception matérielle retenue du bien juridique (II).

I- La résonnance de la fonction de la théorie du bien juridique supra-légal

282. *La résonnance de l'approche défensive de la théorie supra-légale du bien juridique dans le système juridique de l'Union* – Le principe initial des théories du bien juridico-pénal supra légal est le suivant : tout bien juridique protégé par la constitution ou une déclaration des droits mérite une protection pénale¹⁰⁹⁴. Il s'agit là d'une approche « défensive » : les biens juridiques sont protégés *par* le droit pénal des atteintes portées, généralement par les comportements humains. Dans ce sens, l'encadrement supra-légal du droit de punir prône un droit pénal minimal, réservant la sévérité pénale aux infractions les plus graves, aux atteintes à des biens juridiques qui ne peuvent être correctement réprimées par les sanctions d'autres natures.

¹⁰⁹³ CEDH, Siliadin c/ France, §102.

¹⁰⁹⁴ LEBLOIS-HAPPE, J., PIN, X., WAKTHER, J., Chronique de droit pénal allemand –RIDP, 2007, p. 627, n°11.

Précisément, la compétence pénale reconnue de l'Union est non seulement assez précisément encadrée, mais l'est en adéquation avec cette exigence. L'article 83, §1 TFUE le fait de manière directe et expresse en énumérant de manière exhaustive les formes de criminalité pouvant donner lieu à rapprochement des législations¹⁰⁹⁵. Ainsi, l'exercice du pouvoir de criminaliser par le législateur pénal de l'Union est expressément légitimé par le pouvoir « instituant ». Etant en outre précisé qu'il s'agit d'infractions graves et transfrontières, par nature ou conséquence ou qui nécessitent d'être combattues sur des bases communes, l'article 83, §1 est expressément porteur de l'*ultima ratio* pénale, déclinante en droit interne. L'article 83, §2 TFUE, quant à lui, encadre la compétence pénale des institutions de manière indirecte et fonctionnelle en autorisant le rapprochement des infractions « dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation » (encadrement matériel) lorsque cela est « indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union » (*ultima ratio* pénale). Toutefois, celui-ci ne permet pas d'identifier des biens juridico-pénaux. Tel qu'il est rédigé, l'article 83, §2 TFUE renvoie aux théories formelles objectives du bien juridique¹⁰⁹⁶ puisque c'est la nécessité d'assurer le respect du droit des politiques de l'Union qui justifie l'intervention pénale. En somme, l'objet de protection de la compétence pénale accessoire est le respect du Droit, sans (dé)limiter matériellement les objets juridiques substantiellement dignes d'une protection pénale ou non. En réalité, toutes les politiques de l'Union ne sont pas concernées. L'article 83, §2 n'autorise le rapprochement des législations pénales qu'en complément d'une mesure d'harmonisation, ce qui exclut, en principe¹⁰⁹⁷, les compétences d'appui, de coordination et de soutien énumérées à l'article 6 TUE et certains aspects de quelques compétences partagées¹⁰⁹⁸. Enfin, d'une manière générale, l'ensemble des actions législatives de l'Union doivent satisfaire aux principes de subsidiarité¹⁰⁹⁹ et

¹⁰⁹⁵ Sous réserve de la possibilité donnée au Conseil d'étendre cette liste à d'autres formes de criminalités à condition qu'elles soient particulièrement graves et transfrontalières par nature, par conséquence, ou qui nécessitent d'être combattues sur des bases communes (art. 83, §1, al. 1 et 3 combinés).

¹⁰⁹⁶ Voir infra, n°261.

¹⁰⁹⁷ De manière dérogatoire, certains aspects de ces compétences d'appui, de coordination et de soutien peuvent faire l'objet de mesures législatives contraignantes. C'est notamment le cas en matière de protection de la santé humaine ; l'article 168, §4 permet au Parlement et au Conseil d'adopter des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des produits sanguins, des produits phytosanitaires et vétérinaires et des médicaments et dispositifs à usage médical.

¹⁰⁹⁸ Loc. cit. n°272.

¹⁰⁹⁹ Art. 5, §3 TUE : Le principe de subsidiarité signifie que l'Union ne peut intervenir « seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union » - V. également le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne.

de proportionnalité¹¹⁰⁰ « pour l'intérêt ou le bien juridique concerné »¹¹⁰¹. A ces derniers égards, le système juridique de l'Union est implicitement et intrinsèquement porteur d'une *ultima ratio* habituellement strictement pénale.

283. La résonance de l'approche promotionnelle des théories supra-légales du bien juridico-pénal dans le système juridique de l'Union – Cela étant, l'encadrement du droit de punir par les théories supra-légales est également porteur d'une approche « promotionnelle » faisant bénéficier les biens juridiques identifiés d'une protection *contre* le droit pénal, c'est-à-dire contre la menace permanente qu'il représente pour les libertés individuelles¹¹⁰². L'idée sous-jacente est que tout bien juridique non protégé de la sorte ne mérite pas la protection pénale. Le droit de l'Union remplit cet office de longue date. En effet, aussi bien que l'Union s'est elle-même interdite d'entraver les quatre libertés de circulation sur lesquelles elle s'est fondée, la démarche d'adhésion à l'Union emporte pour les Etats membres, sauf motif légitime, la même prohibition. Aussi a-t-on vu un certain nombre d'incriminations être déclarées incompatibles avec le droit de l'Union¹¹⁰³; c'est ce qui a été nommé l'effet « négatif »¹¹⁰⁴, « neutralisant »¹¹⁰⁵ ou encore « abrogatif »¹¹⁰⁶ du droit de l'Union sur le droit pénal des Etats membres. Limitant le droit de

¹¹⁰⁰ De jurisprudence constante en droit de l'Union, « le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, exige que les actes adoptés ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire à la réalisation des objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante » - Notamment : CJUE, 26 sept. 2013, *Texdata Software GmbH*, aff. C-418/11, §52 ; 12 mars 2002, *Omega Air e.a.*, C-27/00 et C-122/00, §62 ; 13 nov. 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, §13 ; 11 juill. 1989, *Schräder/Hauptzollamt Gronau*, 265/87, §21.

¹¹⁰¹ 11 juillet 1989, *Schräder*, aff. C- 265/87, §21 ; Conclusions de l'av. gén. TRSTENJAK présentées le 21 janv. 2010 dans l'affaire C-365/08, *Agrana Zucker GmbH c/ Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft*, §74 – dans le même sens : 13 nov. 1990, *Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, §§13 et s. Voir également : Conclusions de l'av. gén. TRSTENJAK présentées le 16 déc. 2010 dans l'aff. C- 28/09, *Commission c/ Rep. Autriche*, pt. 103 et 114 ; id. présentées le 3 mars 2009 dans l'aff. C-34/08, *Azienda Agricola Disarò Antonio e.a. c/ Cooperativa Milka 2000 Soc. coop. Arl*, §66.

Pour une illustration : prenant en considération « la nature particulière des produits en cause, à savoir les produits de tabac telles les cigarettes, et du bien juridique que la disposition en cause au principal permet de protéger », la protection de la santé, la Cour conclut, par exemple, que « la mesure nationale en cause réalise un équilibre raisonnable entre l'objectif général de la directive 69/169 et l'objectif spécifique visé à l'article 5, paragraphe 8, de cette directive » : CJCE, 5 oct. 2006, *Valeško c/ Zollamt Klagenfurt*, aff. C-140/05, §§57 – 65.

¹¹⁰² En effet, « tout système pénal contient en lui-même à la fois une protection et une menace pour les droits de l'homme, il s'ensuit que le réseau pénal est la première cible des textes relatifs aux droits de l'homme » (DELMAS-MARTY, M. *Grands systèmes de politique criminelle*, p. 375). C'est ainsi qu'un ouvrage a été spécifiquement consacré à cette question : CARTUYVELS, Y. (dir.), *Droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal ?* Publication des facultés universitaires Saint Louis, 2007.

¹¹⁰³ Quoique des infractions nationales aient pu être neutralisées au visa d'actes de droit dérivé, toutes ont une base légale matérielle dans les traités. En effet, l'Union est une structure fonctionnelle et finaliste, exclusivement dotée de compétences d'attribution finalistes dont elle ne peut s'émanciper. Aussi, l'effet négatif des actes de droit dérivé sur le droit pénal des Etats membres protège indirectement les biens juridiques figurant dans les traités.

¹¹⁰⁴ PRADEL, J., CORSTENS, G., VERMULEN, G., *Droit pénal européen*, Dalloz, 2009, p. 678.

¹¹⁰⁵ DELMAS-MARTY, M., Postface : d'un paradoxe à l'autre, *in* : CARTUYVELS, Y. (dir.), précité, p. 616.

¹¹⁰⁶ BIGAY, J., *droit communautaire et droit pénal*, RTD eur. 1972, p. 727 ; GASSIN, R., *Incriminations pénales et marché commun*, in *Mélanges Jauffret, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix Marseille*, 1974, p. 21 ; GUINCHARD, S., *Application de la convention européenne par la juge judiciaire, Europe, Hors série octobre 1999*, p. 18.

punir des Etats membres sur la base des libertés, formellement érigées en droits fondamentaux¹¹⁰⁷, la Cour de Justice s'est ainsi faite l'écho de la théorie du bien juridico-pénal supra-légal dans le système juridique de l'Union.

II- La résonance de la définition matérielle du bien juridique supra-légal

284. *Des valeurs et intérêts protégés par le droit de l'Union aux biens juridiques reconnus comme tels* - La notion de bien juridique n'est pas inconnue de l'ordre juridique de l'Union. Quoique les textes n'y recourent pas, le vocable est régulièrement employé devant et par les juridictions de l'Union¹¹⁰⁸. On en vient donc naturellement à chercher à confronter la détermination *a priori* des biens juridiques de l'Union à ceux qualifiés comme tels (a). Dans la même logique, il conviendra de confronter le champ d'application de la compétence de l'Union en matière de rapprochement des infractions pénales (b).

a) La confrontation aux biens juridiques expressément reconnus par/devant les juridictions de l'Union

285. *Les biens juridiques reconnus* - Dans les conclusions des avocats généraux, et parfois dans les motivations des juridictions, des éléments ont été qualifiés de « biens juridiques »¹¹⁰⁹. Tel

¹¹⁰⁷ Ainsi, l'article 15, §2 de la Charte des droits fondamentaux reprend la liberté de circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services des articles 26, 45, 49 et 56 du traité.

¹¹⁰⁸ Outre les mentions qui vont être évoquées, la notion de bien juridique a été véritablement consacrée par la définition adoptée du principe « ne bis in idem » : L'application du principe *ne bis in idem* est soumise à une triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé. Il interdit donc de sanctionner une même personne plus d'une fois pour un même comportement illicite afin de protéger le même bien juridique ». V. notamment : CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland A/S e.a c/ Commission, aff. jointes C -204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, §338 ; TPICE, 13 déc. 2006, FNCBV et FNSEA c/ Commission, aff. T-27/03 et T-245/03, §340 (confirmé par CJCE, 18 déc. 2008, mêmes parties, aff. C-101/07P et 110/07P, §§127-134) ; TUE, 14 juill. 2011, Arkema France SA c/ Commission, aff. T-189/06, §127. Dans le même sens : conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 17 mars 2011 dans l'affaire C-150/10, BIRB c/ Beneo-Orafiti SA, §90 ; conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 8 sept. 2011 dans l'affaire C-17/10 Toshiba Corporation, §114 ; conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 28 janv. 2010 dans l'aff. C-526/08, Commission c/ Luxembourg, §28.

Pour l'emploi du terme dans le même contexte, quoiqu'adoptant une définition différente du principe : CJCE, 9 mars 2006, Van Esbroeck, aff. C-436/04, §§27, 32 et 36 ; 28 sept. 2006, Van Straaten, aff. C-150/05, §§41, 47 et 48 ; 16 nov. 2010, Mantello, aff. C-261/09, §39).

¹¹⁰⁹ En revanche, bien que les motifs énumérés par l'article 36 TFUE, légitimant le maintien par les Etats membres de restrictions quantitatives ou toutes mesures d'effet équivalent, ont qualifié de biens juridiques (« En application de l'article 30 CE, des restrictions quantitatives ainsi que des mesures d'effet équivalent au sens des articles 28 CE et 29 CE peuvent être justifiées dans la mesure où elles sont destinées à la protection de certains biens juridiques expressément cités dans cette disposition » -

est le cas, tout d'abord, de la reconnaissance de la concurrence libre et ouverte sur le territoire de l'Union européenne, en tant qu'« objectif fondamental » de l'Union¹¹¹⁰. Tel est également le cas de la confidentialité des données personnelles¹¹¹¹ garantie par les articles 16, §1 TFUE¹¹¹² et 8 de la Charte des droits fondamentaux. L'égalité de traitement entre homme et femme¹¹¹³ est, au regard des dispositions ayant valeur de droit primaire, un bien juridique hautement placé sur l'échelle des valeurs de l'Union¹¹¹⁴, directement garanti par l'article 23 de la Charte des droits fondamentaux et, indirectement, par le principe de non-discrimination, également de première importance dans l'échelle des valeurs de l'Union¹¹¹⁵. Enfin, la protection des intérêts financiers des clients¹¹¹⁶, évoquée comme bien juridique à l'occasion d'une procédure en manquement, peut être rattachée au droit de propriété¹¹¹⁷ et à la protection des consommateurs¹¹¹⁸.

286. *Les biens juridico-pénaux reconnus* - D'autres biens ont expressément été reconnus comme des « biens juridiques traditionnellement défendus par le droit pénal »¹¹¹⁹, comme des biens

Conclusions de l'av. gén. TRSTENJAK présentées le 16 déc. 2010 dans l'aff. C-28/09, Commission c/ Autriche, §79). Ainsi, la moralité publique, l'ordre public, la sécurité publique, la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, la protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou la protection de la propriété industrielle et commerciale sont, dans ce contexte, des biens juridiques nationaux. Le droit de l'Union admet par cette disposition une atteinte à la libre circulation des marchandises pour leur protection.

¹¹¹⁰ TUE, 12 déc. 2012, *Electrabel c/ Commission*, aff. T-332/09, §245 – v. également : TUE, 9 juill. 2003, *Archer Daniels Midland c/ Commission*, aff. T-224/00, §90. V. également : CJCE, 10 mai 2007, *SGL Carbon AG c/ Commission*, aff. C-328/05P, §27 ; 29 juin 2006, *SGL Carbon AG c/ Commission et autres*, aff. C-308/04 P, §31 ; 29 juin 2006, *Showa Denko KK c/ Commission et autres*, aff. C-289/04 P, §55 ; TUE, 8 oct. 2008, *Le Carbone-Lorraine c/ Commission*, aff. T-73/04, §60 ; conclusions de l'av. gén. TIZZANO présentées le 7 juin 2005 dans l'aff. C-397/03P, *Archer Daniels Midland c/ Commission*, §103 ; conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 11 fév. 2003 dans l'affaire C-231/00 P, *Italcementi - Fabriche Riunite Cemento SpA c/ Commission*, §91.

¹¹¹¹ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 22 juin 2004 dans l'affaire C-189/03, *Commission c/ Pays-Bas*, §32 ; Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 22 déc. 2008 dans l'affaire C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c/ M. E. E. Rijkeboer*, §41.

¹¹¹² Qui dispose : « Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant. » Il s'agit là d'une disposition transversale.

¹¹¹³ Conclusions de l'av. gén. TRSTENJAK présentées le 16 juin 2011 dans l'affaire C-123/10, *Waltraud Brachner c/ Pensionsversicherungsanstalt*, §80.

¹¹¹⁴ En effet, elle est mentionnée aux articles 2 et 3, §3 TUE et 8 TFUE, ce dernier étant une disposition transversale, insérée au sein de la première partie du traité parmi les dispositions « générales ».

¹¹¹⁵ Enoncé à l'article 2, TUE, mentionné à l'article 3 TUE, faisant l'objet d'une disposition transversale (art. 10 TFUE), garanti par l'article 22 de la Charte et surtout la seconde partie du TFUE, inséré entre les dispositions générales et les politiques internes. Il apparaît difficile de nier la qualité de bien juridique du principe général de non-discrimination, comme de discuter de sa place particulière parmi ceux-ci. Ce principe couvre notamment la non-discrimination fondée sur le sexe (art. 10 et 19 TFUE).

¹¹¹⁶ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 22 juin 2004 dans l'affaire C-189/03, *Commission c/ Pays-Bas*, §32.

¹¹¹⁷ Le respect de la propriété est garanti par l'art. 17 de la Charte des droits fondamentaux, et de manière indirecte par l'art. 2 TUE, qui fait du respect des droits de l'homme une valeur de l'Union.

¹¹¹⁸ Compétence et objectif de l'Union, selon l'article 169 TFUE, la protection des consommateurs fait l'objet d'une disposition transversale (art. 12 TFUE) qui précise que dans toutes ses actions l'Union la « prend en considération ». L'article 38 de la Charte, quant à lui, dispose que l'Union « assure » un niveau élevé de protection des consommateurs.

¹¹¹⁹ CJUE, 6 juin 2004, *Commission c/ Parlement et Conseil*, aff. C-43/12, §26 (argumentation du Conseil).

juridico-pénaux en somme : l'intégrité physique et la vie des êtres humains¹¹²⁰, l'intégrité morale des personnes¹¹²¹, la propriété¹¹²², la protection de l'environnement, et, de manière indirecte, l'intégrité des enfants¹¹²³. L'intégrité physique et la vie sont couvertes par les trois premiers articles de la Charte des droits fondamentaux respectivement dédiés à la dignité humaine, au droit à la vie et au droit à l'intégrité de la personne. Ce dernier article comprend également le droit à l'intégrité morale des personnes. Quant à l'intégrité physique et morale des enfants, elle est garantie par la combinaison du droit à l'intégrité des personnes en général et de l'article 24 de la Charte relatif aux droits de l'enfant. La propriété est protégée par l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux, et indirectement, par l'article 2 TUE, qui fait du respect des droits de l'homme une valeur de l'Union. Enfin, constatant que, « dans la doctrine, un certain consensus est apparu concernant le fait de considérer les écosystèmes comme des biens juridiques d'une importance particulière, dont la protection apparaît essentielle au regard de l'existence même de l'homme, ce qui explique que leur préservation et leur maintien justifient pleinement l'introduction d'une protection spécifique assurée par le droit pénal »¹¹²⁴, objectif et politique de l'Union¹¹²⁵, faisant en outre l'objet d'une disposition liminaire transversale¹¹²⁶ et visée par l'article 37 de la Charte, la protection de l'environnement est donc un bien juridico-pénal de l'Union¹¹²⁷. En effet, la protection de l'environnement a fait l'objet de mesures de rapprochement des législations pénales¹¹²⁸, lui conférant indiscutablement, et de manière parfaitement cohérente avec

¹¹²⁰ *Ibid.* – v. également : conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 26 mai 2005 dans l'affaire C-176/03, Commission c/ Conseil, §50. Simplement qualifiés de biens juridiques, et non spécifiquement de biens juridico-pénaux : Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 22 juin 2004 dans l'affaire C-189/03, Commission c/ Pays-Bas, §32.

¹¹²¹ CJUE, 6 juin 2004, Commission c/ Parlement et Conseil, aff. C-43/12, §26 (argumentation du Conseil).

¹¹²² *Ibid.*

¹¹²³ Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 26 mai 2005 dans l'affaire C-176/03, Commission c/ Conseil, §50 : « (...) la corruption de mineurs doit revêtir un caractère pénal, par conséquent, si les biens juridiques protégés par ces infractions constituaient l'un des objectifs de la Communauté, personne ne discuterait la compétence de ses instances législatives pour exiger des États membres qu'ils engagent des poursuites par la voie pénale ».

¹¹²⁴ Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER précitées, §73.

¹¹²⁵ Objectif pour être mentionnée à l'art. 3, §3 TUE, c'est également une politique de l'Union régie par les articles 191 à 193 TFUE. C'est une compétence partagée (art. 4, §2, g) TFUE).

¹¹²⁶ Article 11 TFUE : Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable.

¹¹²⁷ Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER précitées, §59 : « l'«environnement» est une compétence de la Communauté et il s'érige également en un bien juridique dont la défense inspire les autres politiques, activité protectrice qui, de surcroît, peut être qualifiée d'objectif essentiel du système communautaire ».

¹¹²⁸ En effet, le point 5 du préambule de la directive 2008/99/CE énonce notamment qu' « en vue de garantir une protection efficace de l'environnement, il est absolument nécessaire d'instaurer des sanctions plus dissuasives à l'égard des activités préjudiciables à l'environnement, qui entraînent généralement ou sont susceptibles d'entraîner une dégradation substantielle de la qualité de l'air, y compris de la stratosphère, du sol et de l'eau, ainsi que de la faune et de la flore, notamment en termes de conservation des espèces ». La directive 2005/35/CE, qui vise notamment « à prévenir et combattre la pollution du milieu marin » (point 11 du préambule), conduit à étendre ce souci de protection de la biodiversité au milieu marin, incluant la préservation des ressources halieutiques, et à le considérer comme un bien juridique nécessitant une protection pénale.

la conception *a priori* des biens juridiques du droit de l'Union, la qualité de bien juridico-pénal. Mais *quid* des biens juridico-pénaux issus du rapprochement des législations et non expressément visés par l'article 83, §1 TFUE ?

b) La confrontation de la définition *a priori* des biens juridiques de l'Union aux euro-infractions harmonisées

287. Euro-infractions de l'article 83 TFUE - Une dernière vérification de la pertinence de délimiter le champ pénal de l'Union par référence à la protection d'un bien juridique de l'Union son droit doit, en toute logique, soutenir une confrontation entre leur détermination *a priori* et les infractions visées par l'article 83, §1 TFUE¹¹²⁹. Il s'avère en effet qu'elles se font parfaitement l'écho des valeurs et des intérêts de l'Union dégagés des articles 2 et 3 TUE¹¹³⁰. Toutefois, d'autres infractions, non mentionnées, ont fait l'objet d'un rapprochement des législations. Reste à savoir si les biens juridiques qu'elles protègent comptent parmi les biens juridiques de l'Union déterminables *a priori*.

288. Autres euro-infractions : la protection des valeurs de l'Union - La décision-cadre 2008/913 relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie¹¹³¹ érige en infractions¹¹³² des atteintes à des valeurs indiscutablement essentielles à l'Union, énoncées à l'article 2 TUE, ainsi que l'expose le point 1 du préambule : « le racisme et la xénophobie sont des violations directes

¹¹²⁹ Le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

¹¹³⁰ Pour mémoire : l'article 2 TUE énumère les valeurs suivantes : le respect de la dignité humaine, de la liberté, de la démocratie, de l'égalité, de l'État de droit, ainsi que des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités, auxquelles on associe le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.

De l'article 3 TUE, on retiendra les biens juridiques suivants : la paix, le bien-être des peuples de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel sont assurés la libre circulation des personnes, la prévention de la criminalité, le marché intérieur fondé sur une croissance économique équilibrée, la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, la protection de l'environnement (incluant le développement durable de la planète - §5), la lutte contre l'exclusion sociale et les discriminations, l'égalité entre les femmes et les hommes, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant, la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres et les peuples, la diversité culturelle et linguistique, la sauvegarde du patrimoine culturel européen, l'union économique et monétaire dont la monnaie est l'euro, la sécurité, le commerce libre et équitable, l'élimination de la pauvreté, le respect du droit international, les principes de la charte des Nations unies.

¹¹³¹ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal. – JOUE L 32 du 6 déc. 2008.

¹¹³² Lesquelles sont l'incitation publique à la violence ou à la haine et l'apologie, la négation ou la banalisation de crimes racistes ou xénophobes.

des principes de liberté, de démocratie, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes sur lesquels l'Union européenne est fondée et qui sont communs aux États membres ». De plus, la discrimination, notamment en raison de la race, de la couleur, des origines ethniques ou sociales, des caractéristiques génétiques, de la langue, de la religion ou des convictions, des opinions politiques ou toute autre opinion et d'appartenance à une minorité nationale est « interdite » par les articles 21 de la Charte, 18, §1 et 19, §1 TFUE, et fait l'objet d'une disposition transversale¹¹³³. La diversité culturelle, religieuse et linguistique, non étrangère aux infractions couvertes par la décision-cadre, est, quant à elle, « respectée » par l'Union, au sens de l'article 22 de la Charte.

289. *Autres euro-infractions : la protection des intérêts de l'Union* - La Convention relative à la protection des intérêts financiers de l'Union¹¹³⁴, tout d'abord, protège indirectement l'Etat, derrière l'intérêt collectif d'un groupe d'Etats, sous l'égide de l'Union¹¹³⁵. Il s'agit néanmoins bien de protéger les intérêts financiers de l'Union, un intérêt propre à l'Union, bien qu'il ait érigé en intérêt commun en assimilant les fraudes aux intérêts financiers de l'Union à celles des intérêts financiers des Etats¹¹³⁶. La directive 2014/57¹¹³⁷, ensuite, impose depuis peu la sanction pénale « effective, proportionnée et dissuasive » des délits d'initiés, des manipulations de marchés et de la divulgation illicite d'informations privilégiées. On peinera à rattacher l'intégrité des marchés financiers à l'une des valeurs, des droits et libertés expressément consacrés par le droit primaire, pas même à la libre circulation des capitaux¹¹³⁸, comme aux intérêts et préoccupations essentielles contenues à l'article 3 TUE¹¹³⁹. S'il ne s'agit donc pas d'un bien juridico-pénal protégé par le droit primaire, l'intégrité des marchés financiers est en revanche un bien juridique protégeable au sens des traités dès lors que l'intégrité des marchés financiers est déterminante pour le bon

¹¹³³ Art. 10 TFUE.

¹¹³⁴ Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOUE C 316, 27 nov. 1995).

¹¹³⁵ DAVID, E., *Elément de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2009, p. 1196.

¹¹³⁶ Art. 325, §2, TFUE : Les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers.

¹¹³⁷ Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché - JOUE L 173 du 12 juin 2014.

¹¹³⁸ Celle-ci interdit l'imposition par les Etats membres de restrictions de toute nature aux mouvements de capitaux.

¹¹³⁹ Si le bon fonctionnement des marchés financiers est déterminant pour celui du marché intérieur (point 4 du règlement 596/2014 sur les abus de marché (JOUE L 173 du 12 juin 2014) l'intégrité des marchés financiers ne figurent pas parmi les préoccupations essentielles liées au marché intérieur.

fonctionnement du marché intérieur et qu'elle ne pourrait être correctement assurée par les législations nationales trop disparates, ni par une législation non pénale communautaire.¹¹⁴⁰

290. *Autres euro-infractions harmonisées : le cas particulier de l'aide à l'immigration illégale* - Enfin, la décision-cadre 2002/946/JAI¹¹⁴¹ a harmonisé les sanctions pénales de l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier des étrangers¹¹⁴². Bien que certains biens juridiques « humanistes » aient pu être implicitement mis en avant pour justifier les règles relatives à l'immigration illégale¹¹⁴³, il apparaît que le véritable bien juridique protégé réside dans l'intégrité du territoire de l'Union et le respect des frontières externes. L'article 3, §2 TUE l'évoque bien. Toutefois, la succession d'affaires relatives à la directive « retour »¹¹⁴⁴ met en lumière l'inconfort dans lequel se trouve l'Union s'agissant de sa politique de lutte contre l'immigration illégale. De récentes conclusions présentées à la Cour dans une affaire de cet ordre parlent d'elle-même¹¹⁴⁵. Introduisant ses propos par l'interrogation de certains juges de la Cour EDH sur le point de savoir si le fait d'être étranger peut constituer en soi une infraction¹¹⁴⁶, l'avocat général botte rapidement en touche en revenant sur le terrain très pragmatique de l'effet utile du droit de l'Union¹¹⁴⁷. L'intégrité des frontières constitue-t-elle un bien juridique ? Difficile de le justifier, semble-t-il. Il est tout aussi délicat de l'affirmer au regard des traités, et tout autant au regard du droit dérivé qui criminalise l'aide à l'immigration clandestine mais pas l'immigration clandestine elle-même. En tout état de cause, par là même, l'Union a érigé sa politique migratoire en bien juridico-pénal.

¹¹⁴⁰ Point 4 du préambule de la directive.

¹¹⁴¹ Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers – JOUE L 328 du 5 déc. 2002.

¹¹⁴² Compte tenu de l'ancien démembrement de l'ELSJ entre le premier et le troisième pilier, la définition de l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers relevait du premier pilier (domaine Visa, asile et immigration) mais les sanctions pénales ne pouvaient être rapprochées que sur la base du troisième pilier.

¹¹⁴³ L'article 79 TFUE et le préambule de la directive 2002/90 du Conseil du 28 nov. 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier opèrent le pont entre l'immigration et la traite des êtres humains. Cette criminalité porte atteinte à plusieurs biens juridico-pénaux indiscutables tels que la dignité humaine, l'intégrité et la liberté des personnes.

¹¹⁴⁴ CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, aff. C-61/11 PPU, §§58-59 ; 6 déc. 2011, Achughbabian c/ Préfet du Val de Marne, aff. C-329/11 ; 6 déc. 2012, Sagor, aff. C-430/11.

¹¹⁴⁵ Conclusions de l'av. gén. SZPUNAR présentées le 28 avril 2015 dans l'affaire C-290/14, Celaj, §§1 à 6.

¹¹⁴⁶ Opinion en partie dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN et HIRVELÄ, dans l'affaire Saadi c/R.-U., 28 janv. 2008, req. n°13229/03, §65.

¹¹⁴⁷ « La présente affaire concerne un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre après une nouvelle entrée sur le territoire de cet État membre, en violation d'une interdiction d'entrée, adoptée ensemble avec une décision de retour en application de la directive 2008/115/CE . La Cour est saisie de la question de savoir si la directive 2008/115 s'oppose à l'emprisonnement de cette personne. (...)La Cour devrait déclarer qu'une telle sanction pénale est interdite par la directive 2008/115, non pas pour des considérations d'ordre politique telles que celles citées ci-dessus, mais dans l'intérêt de l'effet utile de la directive 2008/115. » - §§5 et 6 des conclusions précitées.

CONCLUSION DE LA SECTION

291. *Pertinence éprouvée* - Globalement, la définition *a priori* des biens juridiques rejoint aussi bien les biens juridiques reconnus comme tels par ou devant les juridictions que ceux érigés en biens juridico-pénaux par les outils de rapprochement des législations pénales. S'agissant de ces derniers, il est vrai que les abus de marchés et l'aide à l'immigration illégale y répondent plus difficilement. Cependant, à l'instar des Etats parties à la Convention EDH, toujours libres d'ériger en infraction pénale une action ou omission ne constituant pas l'exercice normal de l'un des droits protégés¹¹⁴⁸, il convient de considérer que l'Union a « souverainement » érigé les biens protégés par ces infractions en biens juridiques nécessitant une protection pénale. Ayant ainsi éprouvé la pertinence de l'ajout du critère du bien juridique protégé, la méthode du noyau dur du droit pénal, élaborée sur la base de la méthodologie de la matière pénale, sera celle à l'épreuve de laquelle le droit de l'Union sera soumis. Toutefois, avant cela, il nous apparaît opportun de la résumer.

CONCLUSION DU CHAPITRE

292. *La méthodologie du noyau dur du droit pénal* - Conservant la trame de la méthodologie « Engel », le point de départ sera la technique juridique interne. La qualification pénale par le droit de l'Union postulera d'un rattachement pénal. Toutefois, « la circonstance qu'une mesure soit prévue par une loi pénale de l'Etat en cause n'implique pas, à elle seule, qu'elle entre dans le champ d'application de l'article 6 de la convention ». Ainsi, exceptionnellement, certaines mesures prévues par le droit pénal de l'Union devront faire l'objet d'un examen approfondi, moins pour justifier d'une affiliation au champ pénal que pour déterminer leur place en son sein.

293. *L'infraction pénale par nature* - En jumelant les caractères pénaux traditionnellement recherchés par la Cour EDH et l'ajout de l'atteinte à un bien juridique supra-légal, l'infraction par nature pénale consistera en la transgression d'une norme protégeant l'atteinte directe d'un bien juridique protégé par le droit primaire de l'Union, par toute personne objectivement en position

¹¹⁴⁸ CEDH, Engel et autre, précit, §81.

de le faire, et entraînant l'infliction d'une sanction à des fins dissuasive et punitive. Précisons encore que les infractions pénales par nature ne font pas que concourir à la protection d'un bien juridique ; elles en préservent directement l'existence, et non des modalités réglementées d'exercice. C'est en particulier ce qui distinguera, parmi les infractions d'applications organiquement administratives, les infractions pénales par nature des infractions à caractère pénal seulement. Si à travers l'incrimination il y a affirmation d'un droit, d'une liberté, reconnaissance d'une valeur, d'un intérêt essentiel¹¹⁴⁹, il s'agira d'une infraction d'essence pénale. S'il y a d'abord l'obligation de respecter une réglementation, se rapporterait-elle à la préservation d'un bien juridique, il s'agira d'une infraction d'essence administrative¹¹⁵⁰.

294. *Vers la mise à l'épreuve du droit de l'Union* - Ainsi définie, la notion d'infraction pénale par nature permet d'exclure les infractions à destination d'un groupe déterminé à statut particulier, ainsi que les infractions d'essence administrative, consistant en la transgression d'une réglementation, quand bien même elle contribuerait à la protection d'un bien juridique, sauf à ce que ladite réglementation ait été elle-même érigée en bien juridique. En effet, pour autant que les finalités dissuasive ou préventive et punitive ou répressive soient d'ordinaire ce qui distingue la répression pénale, la matière pénale telle qu'esquissée par la Cour EDH démontre bien que tel n'est plus le cas. La soumission du droit de l'Union à l'épreuve du noyau dur pénal le confirmera. En effet, bien qu'un nombre non négligeable de sanctions prévues en droit de l'Union soient répressives, en ce sens qu'elles poursuivent une finalité dissuasive et punitive, il ne s'agit pas pour autant d'infractions pénales par nature.

¹¹⁴⁹ En effet, techniquement, une incrimination n'est pas l'affirmation positive de l'existence d'un bien juridique ; elle n'est que l'interdiction d'y porter atteinte. Elle n'impose pas directement certains comportements, elle en interdit. Commettre une infraction n'est d'ailleurs pas, à proprement parler, transgresser la loi ; c'est précisément réaliser la loi pénale.

¹¹⁵⁰ A cet égard, nous considérons qu'il existe aussi bien des infractions d'essence pénale administrativisées que des infractions d'essence administrative ayant été pénalisées. La première hypothèse signifie que des infractions protégeant un bien juridique ont été déléguées au pouvoir administratif de sanction ; dans le domaine de la concurrence. La seconde hypothèse signifie que des réglementations ont été estimées si essentielles qu'il convenait d'en confier la répression à la justice pénale ; tel est le cas des infractions de la circulation routière en droit français.

CHAPITRE 2 : LE DROIT DE L'UNION A L'EPREUVE DU NOYAU DUR PENAL

295. *Problématique* - Hors le cadre normatif du volet pénal de l'ELSJ, dont l'affiliation au champ pénal ne sera pas discutée, il est communément considéré que faute de compétence pénale générale et autonome¹¹⁵¹, le pouvoir répressif de l'Union ne peut pas être considéré comme pénal. A s'en remettre à la qualification apposée par le droit de l'Union, c'est effectivement le cas ; celui-ci considère les sanctions qu'il prévoit d'administratives¹¹⁵², lorsqu'il s'aventure à leur octroyer une nature juridique¹¹⁵³. Il est cependant admis que certaines des sanctions communautaires sont proches des sanctions pénales¹¹⁵⁴, telles les mesures restrictives de la lutte contre le terrorisme ou les sanctions infligées par la Commission en droit de la concurrence. Ainsi, une partie non négligeable de la doctrine estime que certains des textes niant la qualification pénale « usent d'un raisonnement purement verbal » ou constituent une fiction et que les amendes sont de véritables sanctions pénales¹¹⁵⁵. Et dès lors qu'est jeté le doute quant à la nature réelle de certaines infractions et sanctions, la rigueur de la démarche scientifique imposerait de s'intéresser à l'ensemble du droit répressif de l'Union¹¹⁵⁶.

296. *Option méthodologique adoptée* - Cela étant, l'ordre juridique de l'Union compte pas moins de 4000 règlements, 1330 règlements d'exécution et 2000 directives actuellement en

¹¹⁵¹ C'est-à-dire la compétence d'édicter des sanctions pénales ou d'imposer leur prévision indépendamment de la question de savoir si elles préexistent en droit interne.

¹¹⁵² Tel est le cas des amendes du droit de la concurrence, des sanctions du règlement contre la fraude aux intérêts financiers, des amendes prévues par le pacte de stabilité et de croissance.

¹¹⁵³ Tel n'est pas le cas de la « somme forfaitaire » du recours en manquement, des amendes prononcées par la BCE, ou encore des sanctions prévues en cas de violation grave et persistante d'une valeur de l'Union (art. 7 TUE), par exemple.

¹¹⁵⁴ Notamment : PARDEL, J., CORSTENS, G. et VERMULEN, G., *Droit pénal européen*, Dalloz, 2009, n°683 et s. Dans le même sens : MISTRAL, J.-J., *Droit pénal et marché commun*, thèse dactyl., Univ. de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille, 1975, p. 138 et s. ; BOSLY, H., les sanctions administratives, in BERNARD, D. (dir.), *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthémis, 2014, p. 545 et s.

¹¹⁵⁵ LOMBOIS, *Droit Pénal International*, Paris, Dalloz, 2e éd. 1979, n°161; LEGROS, *L'arrêt BMW et le droit pénal européen*, Cahiers de droit européen 1980 p. 220-239.

¹¹⁵⁶ C'est bien seulement au droit répressif et sanctionnateur que nous nous intéresserons. Les recours en carence, en contrôle de légalité des actes, en responsabilité extra-contractuelle de l'Union et les actes qui ne prévoient pas de sanctions ne seront pas examinés ; leur exclusion du champ pénal est évidente.

A l'inverse, la qualification « pénale » apposée par l'Union ne sera pas remise en cause ; les actes relevant du volet pénal de l'ELSJ sont donc tous des éléments du champ pénal de l'Union européenne. Les comportements constitutifs des « euros-infractions », c'est-à-dire les infractions prévues par les instruments découlant des anciens articles 29 et suivants TUE ou du nouvel article 82 TFUE, qui plus est sanctionnés à titre principal d'une peine privative de liberté, relèvent traditionnellement du droit pénal et sont donc d'ors et déjà affiliés au noyau dur du droit pénal.

vigueur. Et beaucoup imposent des sanctions. Sans aller jusqu'à affirmer qu'il est impossible de répertorier l'intégralité des infractions et sanctions de nature pénale¹¹⁵⁷, il sera en revanche certainement concédé que l'exercice serait hautement fastidieux, et ce d'autant plus que leur identification dans la masse législative de l'Union est complexifiée par l'emploi fréquent d'un vocable neutre ou ambiguë¹¹⁵⁸, ou encore par un découpage des normes comportementale et sanctionnatrice dans des actes juridiques distincts. Aussi, l'honnêteté scientifique impose de reconnaître qu'il n'est pas possible de garantir la parfaite exhaustivité.

297. Démarche adoptée - Une typologie des sanctions du droit de l'Union déjà existante en doctrine permet de structurer la confrontation du droit prétendument non pénal de l'Union aux critères du noyau dur pénal précédemment et d'identifier différentes « classes-repères » composant le champ pénal de l'Union européenne. En effet, trois types de sanctions ou méthodes de prévision de la sanction, plus ou moins imprécise, ont été distinguées en droit de l'Union¹¹⁵⁹. Selon la « méthode nationale », l'obligation de sanction ne comporte que peu de précisions quant à la nature des sanctions qu'il conviendra de prendre. Le législateur européen s'en remettant aux législateurs nationaux, tout au plus est-il mentionné que les sanctions devront être « effectives, proportionnées et dissuasives ». Suivant la méthode « mixte », qui tend à être la plus répandue, l'acte mentionne différentes sanctions qui s'imposeront plus ou moins impérativement aux législateurs nationaux¹¹⁶⁰. Dans ces deux cas, la mise en œuvre effective est déléguée aux Etats membres, c'est pourquoi ces deux méthodes peuvent être rapprochées (section 2), pour être opposées aux sanctions ou à la méthode « communautaire », selon laquelle le droit de l'Union prévoit l'imposition de sanctions par des organes de l'Union (section 1). Qu'elles soient infligées par les institutions unionistes ou nationales, certaines de ses sanctions¹¹⁶¹ prétendument non pénales ont bel et bien une telle nature.

¹¹⁵⁷ Il est cependant notoirement admis dans la plus part des Etats le nombre exact d'infractions pénales n'est pas connu.

¹¹⁵⁸ Certaines sont pénalement colorées, telles que « infraction », « amende », « sanction » ; d'autres sont des formulations nettement plus neutres, ambiguës, voire expressément non pénales telles que « mesures administratives » ou « somme forfaitaire », « sanction effective, proportionnée et dissuasive », « sanction disciplinaire », « mesure restrictives » et bien d'autres.

¹¹⁵⁹ Sous la distinction « sanctions communautaires directes », « sanctions communautaires indirectes » et « sanctions nationales », voir : STUYCK, J. et DENYS, C., Les sanctions communautaires, *in* : TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., La justice pénale et l'Europe, Bruylant, 1996, p. 424 et s.. Sous la distinction « méthode communautaire », « méthode mixte » ou « méthode nationale », v. PRADEL, J., CORSTENS, G. et VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, 3^{ème} éd., 2009, p. 690 et s., n°641 et s.

¹¹⁶⁰ D'un panel de sanctions suggérées et parmi lesquelles les législateurs nationaux pourront choisir (selon une formulation du type : « peuvent consister en ») à l'imposition de « comprendre au moins les sanctions suivantes ».

¹¹⁶¹ A noter que si l'astreinte, très répandue en droit de l'Union, est une sanction au sens fonctionnel du terme, c'est-à-dire « destin[ée] à assurer l'efficacité de la loi ou de la règle de droit » (SCELLE, G., Le rôle et le risque des sanctions, *in* : MESTRE, A., Le FUR, L. et SCELLE, G., Les sanctions internationales, trois opinions de juristes, Paris, Pedone, 1936, p. 41), il s'agit, par

298. (Im)possibilité pour les institutions de l'Union d'infliger des sanctions pénales - Les infractions et sanctions « communautaires » ou adoptées selon la méthode communautaire sont celles prévues par le droit de l'Union et infligées par ses organes¹¹⁶². Leur nombre est limité. En l'absence de compétence pénale expresse et d'organisation judiciaire attribuée à cette fin, l'Union n'aurait pas la compétence pour infliger des sanctions de nature pénale. Cependant, il s'agit partiellement là d'une pétition de principe. Quoique les traités ne l'ait jamais prévu, ils ne l'ont pas non plus expressément interdite ; seul le maintien de l'ordre public et de la sécurité intérieure ont toujours été réservés aux Etats membres. Certes, les compétences de l'Union ont toujours été des compétences d'attribution, mais des compétences matérielles sectorielles - libre circulation des marchandises, des personnes, des services, des capitaux, transport, agriculture, énergie, etc.... - dont la limite normative a longtemps été floue et discutée¹¹⁶³ : la prévision de réglementation technique peut-elle inclure des sanctions ? Le cas échéant, de quelles natures ? Compte tenu de la sensibilité de la sphère pénale, il a été déduit des (silences des) textes que les institutions communautaires ne pouvaient imposer des sanctions pénales ; le pouvoir de sanction non pénal s'est imposé de lui-même, en continuité logique des compétences normatives transférées à l'Union. La qualification non pénale, expressément apposée ou seulement présumée, est parfois justifiée (§1). Cependant, à confronter les sanctions communautaires aux réactifs précédemment adoptés, il s'avère que les institutions de l'Union en infligent, ou ont la faculté d'en infliger, un nombre non négligeable (§2).

essence, d'une sanction non pénale. Elle ne vise qu' à obtenir du débiteur, par la menace d'une augmentation progressive de sa dette d'argent, l'exécution en nature d'une obligation supposant son fait personnel. Elle s'analyse donc en un procédé de contrainte sur les biens destiné à faire pression sur la volonté du débiteur pour l'obliger à s'exécuter (GUERCHOUN, F., *Astreinte*, Rep. Proc. civ. Dalloz, 2017, n°1 – Dans le même sens, à propos des astreintes du droit de l'Union, par exemple : Concl. de l'avocat général RUIZ JARABO-COLOMER dans l'affaire *Commission c/ République Hellénique*, aff. C- 387/97 ; CJCE 25 nov. 2003, *Commission c/ Espagne*, aff. C-278/01, §72 ; SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001 ; MASSE, M., *L'infraction au libre jeu de la concurrence en droit international*, Thèse Poitiers, 1972, p. 106).

Sur la prévision de l'astreinte comme sanction, notamment : art. 260 TFUE (manquement d'Etat), art. 24 du règlement 1/2003 et 15 du règlement 139/2004 (concurrence), en matière de sécurité maritime et pollution par les navires (règlement (UE) n°788/2014 de la Commission du 18 juillet 2014), ou encore art. 2 du règlement (CE) n° 2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanction.

¹¹⁶² PRADEL, J., CORSTENS, G. et VERMEULEN, G., *Droit pénal européen*, Dalloz, coll. Précis., 2009, 3^{ème} éd., p. 732 ; STUYCK, J. et DENYS, C., *Les sanctions communautaires*, in : TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, 1996, p. 424.

¹¹⁶³ En faveur de la faculté pour les institutions communautaires d'imposer aux Etats membres une obligation de pénalisation, dans le prolongement de toute compétence normative v. par ex. : Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 26 mai 2005 dans l'affaire C-176/03, *Commission c/ Conseil*, §§74-77 et références doctrinales en notes.

§1 - LES INFRACTIONS COMMUNAUTAIRES NON PENALES

299. Intérêt méthodologique – Afin de s’assurer que la méthodologie du noyau dur pénal permet effectivement d’exclure du champ pénal des infractions et sanctions qui présentent certains aspects répressifs, seront successivement étudiées les amendes prononcées par la Banque centrale européenne (BCE) (A) et les sanctions du pacte de stabilité et de croissance (B), justement qualifiées de non pénales en droit de l’Union.

A- LES AMENDES DE LA BCE

300. Le pouvoir répressif de la BCE - La BCE est une institution¹¹⁶⁴ « comparable à aucun autre organe communautaire »¹¹⁶⁵. Indépendante des États membres comme des institutions et organes de l’Union¹¹⁶⁶, « il s'agit à la fois d'une banque, dotée d'un capital et de ressources propres, mais elle est aussi, en tant que « banque centrale », investie d'un pouvoir de réglementation et de décision »¹¹⁶⁷. Afin d’en assurer le respect, la BCE est habilitée à infliger amendes et astreintes¹¹⁶⁸. La nature juridique de ce pouvoir de sanction n’est pas précisée par les textes et un certain caractère répressif peut être concédé¹¹⁶⁹. Pour autant, force est de rapidement constater la défaillance des caractères de l’infraction pénale par nature dans les réglementations dont la BCE assure le respect par son pouvoir de sanction.

301. L’existence d’une certaine finalité punitive – les amendes que la BCE peut infliger ont, certes, une évidente fonction exécutoire puisque leurs prononcés ne dispensent pas l’entreprise

¹¹⁶⁴ Elle n’est une institution de l’Union que depuis le traité de Lisbonne, seulement. L’article 7 TCE ne la mentionnait pas parmi les « institutions » communautaires que sont le Parlement européen, le Conseil, la Commission, la Cour de Justice et la Cour des comptes mais, contrairement à eux, elle était déjà dotée de la personnalité juridique.

¹¹⁶⁵ MANIN, P., Les Communautés européennes, l’Union Européenne, Pedone, 5ème éd. 1999, p. 227.

¹¹⁶⁶ Anc. Art. 108 TCE ; art. 282 TFUE.

¹¹⁶⁷ MANIN, P., précité.

¹¹⁶⁸ Art. 132, §3 TFUE, reprenant l’ancien article 110§3 TCE, et 19§2 et 34§3 des statuts de la SEBC. Cette délégation de pouvoir répressif s’est concrétisée par l’adoption du règlement l’autorisant expressément à infliger des sanctions, à préciser et définir elle-même leurs modalités d’application, dont il a néanmoins fixé les éléments essentiels (règlement n°2532/98 du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, JO L 318 du 27 novembre 1998, p. 4).

¹¹⁶⁹ Rapport A4-329/98 du 24 septembre 1998 sur la recommandation de la BCE pour un règlement du Conseil concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions, qui approuve cette délégation de pouvoir répressif satisfaisant à « tous les principes de base d’un État de droit, en particulier à ceux du *nullum crimen, nulla poena sine lege* ».

Dans le même sens, M. POELEMANS les inclut dans son champ d’étude dédié aux sanctions répressives dans le système juridique de l’Union. – thèse précité pp. 182 et s.

de se conformer aux dispositions qu'elle n'a pas respectées¹¹⁷⁰. Cependant, les consignes réglementaires pour la fixation du montant de l'amende¹¹⁷¹ évoquent la recherche de la juste proportion entre la transgression commise et sa sanction¹¹⁷². En outre, son montant peut étayer qu'elle puisse être ressentie comme une punition¹¹⁷³ puisque le montant maximal est fixé à deux fois le montant des profits réalisés, ou des pertes évitées, du fait de l'infraction, ou à 10 % du chiffre d'affaires annuel total de l'entreprise¹¹⁷⁴.

302. Le défaut de généralité : protection d'une institution et destinataires particuliers à statut déterminé – S'agissant de l'intérêt protégé, le pouvoir répressif de la BCE poursuivant « l'accomplissement des missions qui sont confiées au SEBC »¹¹⁷⁵, les objectifs et missions confiés au SEBC participent indirectement à l'intérêt général. Quant au bien juridique protégé, s'il n'en fallait qu'un, il s'agit de l'euro¹¹⁷⁶, indiscutablement un intérêt fondamental de l'Union. Toutefois, les infractions aux règles édictées par la BCE poursuivent clairement, avant toute chose, la pérennité et le bon fonctionnement d'une institution, le SEBC, et ne relèvent pas, à cet égard, d'une essence pénale¹¹⁷⁷. L'appréciation du caractère général au regard des destinataires va dans le même sens. Certes, les réglementations de la BCE s'adressent, très largement, aux « entreprises », mais ne sont réellement visées que celles soumises « aux obligations découlant des règlements et décisions de la BCE »¹¹⁷⁸. Les infractions à la réglementation de la BCE ne sont donc pas des

¹¹⁷⁰ Art 2, §4 du règlement 2532/98.

¹¹⁷¹ Qui sont de prendre en compte, notamment : a) d'une part, la bonne foi et le degré d'ouverture de l'entreprise dans l'interprétation et l'application de l'obligation découlant d'un règlement ou d'une décision de la BCE ainsi que la diligence et la coopération dont elle fait preuve ou, d'autre part, toute preuve de fraude volontaire de la part des responsables de l'entreprise ;

b) la gravité des conséquences de l'infraction ;

c) la répétition, la fréquence ou la durée de l'infraction commise par cette entreprise ;

d) les avantages tirés de l'infraction par l'entreprise ;

e) la taille économique de l'entreprise ;

f) les sanctions préalables infligées par d'autres autorités à la même entreprise et fondées sur les mêmes faits.

¹¹⁷² En ce sens, CEDH, *Grande Stevens c/ Italie* dans lequel la Cour note « que les sanctions étaient infligées par la CONSOB en fonction de la gravité de la conduite reprochée et non du préjudice provoqué aux investisseurs. » (§96).

¹¹⁷³ Usant de cette approche pour étayer la qualification de peine d'une mesure de sûreté : CEDH, 17 déc. 2009, *M c/ Allemagne*, req. n°19359/04, §130.

¹¹⁷⁴ Art. 4 bis du règlement 2532/98.

¹¹⁷⁵ A savoir : stabilité des prix, soutien aux politiques économiques de l'Union, définition et mise en œuvre de la politique monétaire, gestion des réserves de change des Etats membres, bon fonctionnement du système de paiement (art. 282 TFUE).

¹¹⁷⁶ POELEMANS, M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, LGDJ, p. 101.

¹¹⁷⁷ Quoique la Commission européenne des droits de l'homme ait pu estimer que : « the control of the balance of trade and payments as well as the protection of monetary stability and of the foreign currency reserves of the country. In short, they aimed at the protection of the general interest of society, which is also protected by criminal law. » (Comm. EDH, *Garyfallou AEBE c/ Grèce*, req. n°18996/91), la Cour EDH, en revanche, n'a pas examiné le réactif de l'infraction pénale dans cette affaire, se contentant de caractériser, alternativement, une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressort en général de la matière pénale (même affaire, arrêt de la Cour du 24 sept. 1997).

¹¹⁷⁸ Entendues comme « les personnes physiques ou morales, privées ou publiques, à l'exception des personnes publiques dans l'exercice de leurs fonctions d'autorité publique, résidant ou établies dans un État membre participant (...) ainsi que leurs

normes générales ; elles sont destinées à la préservation d'une institution et s'adresse à un groupe particulier à statut déterminé.

303. Faute d'une infraction répondant indiscutablement aux réactifs de l'infraction pénale par nature, le pouvoir de sanction de la BCE se voit donc exclu du champ pénal de l'Union européenne¹¹⁷⁹. On le rapprochera plutôt d'une répression disciplinaire, telle celle destinée aux fonctionnaires de l'Union qui doit également être exclue du champ pénal¹¹⁸⁰. Un autre domaine répressif, la sanction des violations du pacte de stabilité et de croissance, permet d'illustrer négativement la méthodologie retenue et de réduire le champ pénal de l'Union européenne

B- LES SANCTIONS DU PACTE DE STABILITE ET DE CROISSANCE

304. *Présentation générale* - L'article 126, §11, TFUE a pour objet de sanctionner l'État membre qui persiste à se maintenir dans une situation de déficit public excessif ou de risque de déficit public excessif. Plusieurs règlements sont venus préciser les infractions et les sanctions applicables, le cas échéant¹¹⁸¹. Bien que cinq mesures soient prévues¹¹⁸², seule l'amende retient

succursales ou autres établissements permanents situés dans un État membre participant et dont l'administration centrale ou le siège social est installé en dehors d'un État membre participant » (art. 1, 3) du règlement 2532/98).

¹¹⁷⁹ Cette analyse est transposable au pouvoir de sanction de l'Agence Européenne des marchés financiers à l'égard des agences de notation. V. : Règlement (CE) 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit tel que modifié par les actes suivants : règlement (UE) n°513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 (JOUE L 30 du 31 mai 2011), Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 (JOUE L 174 du 1^{er} juill. 2011), règlement (UE) n°62/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 (JOUE L 146 du 31 mai 2013), Directive 2014/51/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 (JOUE L 153 du 22 mai 2014).

¹¹⁸⁰ L'article 86 du statut des fonctionnaires de l'Union Européenne, texte général de référence, dispose que « tout manquement aux obligations auxquelles le fonctionnaire ou l'ancien fonctionnaire est tenu, au titre du présent statut, commis volontairement ou par négligence, l'expose à une sanction disciplinaire », qui peut être l'avertissement écrit, le blâme, la suspension de l'avancement d'échelon pendant une période de un à vingt-trois mois, l'abaissement d'échelon, la rétrogradation temporaire (de 15 jours à 1 an), la rétrogradation dans le même groupe de fonction, le classement dans un groupe de fonction inférieur, la révocation avec ou sans réduction ou retenue sur/de la pension (pour des textes spéciaux, v. par exemple Acte du Conseil du 3 décembre 1998 portant adoption du statut du personnel d'Europol, JOUE C 26 du 30 janv. 1999, p. 23 – modifié par les actes du Conseil des 5 juin 2003 (JOUE C152 du 28 juin 2003) et 29 avril 2004 (JOUE C 114/07 du 30 avril 2004).

Au regard de la méthodologie retenue, les caractères de l'infraction pénale par nature font assez nettement défaut : les dispositions ne concernent que les fonctionnaires de l'Union et protègent, par la sanction des fautes de service, le bon fonctionnement des institutions européennes, quant aux sanctions prévues, sans pouvoir assurément exclure un rattachement à la matière pénale eu égard à la sévérité de certaines, notamment lorsqu'elles excluent la poursuite de l'exercice de la profession (CEDH, 27 juill. 2006, Gubler c/ France, n°69742/01 ; 28 juin 1978, Koenig c/ Allemagne, §§87 à 95 ; 10 fév. 1983, Albert et Le Compte c/ Belgique, §§25-29) ou compte tenu des « conséquences financières importantes » (CEDH, 11 juin 2009, Dubus S.A. c/ France, req. n°5242/04, §37), en tout état de cause, le contentieux disciplinaire est disciplinaire est exclu du noyau dur pénal (CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01).

¹¹⁸¹ En particulier, le règlement (UE) n°1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro (JOUE L 306 du 23 nov. 2011) et le Règlement (UE) n°1174/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro (JOUE L 306, 23 nov. 2011). Ils sanctionnent, outre le déficit

présentement l'attention¹¹⁸³. Non seulement l'amende est une sanction relevant communément de la matière pénale¹¹⁸⁴, mais son montant est en l'espèce particulièrement élevé : un pourcentage de 0,2% peut apparaître mineur, mais appliqué au PIB d'un Etat, l'amende peut atteindre un montant des plus considérables¹¹⁸⁵. Toutefois, si ce seul élément interroge valablement un rattachement à la matière pénale, au sens de la Cour EDH¹¹⁸⁶, ni la technique juridique interne, ni les critères de l'infraction pénale par nature ne permettent de retenir la qualification pénale.

305. La technique juridique « interne » : faible coloration pénale – Sans surprise, le règlement 1173/201 qualifie ses sanctions d'administratives¹¹⁸⁷. Il comporte différents termes qui ne sont ni étrangers, ni spécifiques au champ pénal, tel que « les droits de la défense », « l'accès au dossier », ou encore les précisions apportées par le préambule afin d'éviter toute rétroactivité. Pas de réelle « pratique judiciaire », à proprement parler. D'une part, ce pouvoir de sanction est confié au pouvoir exécutif, en l'occurrence, le Conseil, informé par la Commission. D'autre part, aucun recours n'offre de véritable élément d'analyse quant à la portée réelle de la compétence de pleine juridiction¹¹⁸⁸ de la Cour de Justice¹¹⁸⁹. *L'a priori* non pénal est confirmé par l'examen des critères de l'infraction pénale par nature.

public excessif *stricto sensu*, la manipulation de statistiques (art. 8, §1 du règlement 1173/2011) et le déséquilibre macroéconomique excessif (art. 3, §2 du règlement 1174/2011).

¹¹⁸² A savoir : la publication d'informations précisées par le Conseil avant l'émission d'obligations ou de titres, la révision par la Banque européenne d'investissement de sa politique de prêts à l'égard de l'Etat membre concerné, le dépôt sans ou sans intérêt d'un montant approprié, jusqu'à ce que, de l'avis du Conseil, le déficit excessif ait été corrigé, et enfin l'imposition d'une amende.

¹¹⁸³ La publication d'informations et la révision de la politique de prêt apparaissent nettement plus incitatives que punitives. Le dépôt, qu'il soit avec ou sans intérêt, ne saurait être considéré comme une sanction à caractère pénal car destiné à être restituée lorsque le Conseil l'estimera opportun (art. 4, §6 et art. 7 du règlement 1173/2011 ; art. 7 du règlement 1174/2011), cette mesure est, par nature, incitative et non pas punitive.

¹¹⁸⁴ Voir supra, n°241.

¹¹⁸⁵ A titre d'exemple, le PIB de la France s'élevait, en 2013, à environ 2 181,1 milliards d'euros (source INSEE) ; une amende de 0,2% représente donc la « modique » somme d'un peu plus de 4,3 milliards d'euros.

¹¹⁸⁶ Et d'autant qu'en matière économique et financière, c'est manifestement le critère de la sévérité de la sanction qui prédomine - CEDH, 11 juin 2009, Dubus S.A. c/ France, req. n°5242/04, §37 : la Cour n'étudie pas les réactifs de l'infraction pénale mais « rappelle que la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction », uniquement. Dans le même sens : 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, req. n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §99.

¹¹⁸⁷ Art. 8 du règlement 1173/2011 - l'article 126 TFUE et le règlement 1174/2011 restent silencieux sur la nature des procédures et sanctions.

¹¹⁸⁸ Seul l'article 8, §5 du règlement 1173/2011 le précise à propos de l'amende pour manipulations de statistiques. Toutefois, malgré le silence des textes, rien ne semble interdire cette compétence aux juridictions de l'Union.

¹¹⁸⁹ Rares sont les arrêts rendus en ce domaine, et aucun ne se révèle pertinent dans le cadre de notre étude. L'arrêt Commission c/ Conseil du 13 juill. 2004 (aff. C-27/04) déclara irrecevable la demande d'annulation d'une non-adoption par le Conseil des instruments formels contenus dans des recommandations de la Commission. L'arrêt ADEDY c/ Commission et Conseil du 27 nov. 2012 (aff. T-215/11) déclara irrecevable le recours en annulation d'une organisation syndicale contre une décision adressée à un Etat membre en vue de remédier à une situation de déficit excessif pour défaut d'affectation directe.

306. Les réactifs de l'infraction pénale : des destinataires déterminés à statut particulier

– Une infraction pénale par nature suppose d'abord de s'adresser à tous. Bien que le fait que les destinataires soient des Etats ne soit pas un obstacle insurmontable à la reconnaissance d'une responsabilité de nature pénale¹¹⁹⁰, elle n'en demeure pas moins, au regard de l'exigence de généralité de la norme, un élément en défaveur d'un rattachement pénal. En effet, il peut sans difficulté être soutenu que les Etats membres constituent un « groupe particulier à statut déterminé », et ce d'autant plus que tous les Etats membres ne sont pas ici concernés. Seuls le sont ceux participant à l'union économique et monétaire¹¹⁹¹. S'inspirant du raisonnement de la Cour de Justice en matière de fraude aux intérêts financiers, la norme sanctionnatrice ne saurait, ici, être générale puisqu'elle ne concerne pas l'ensemble des opérateurs économiques mais seulement ceux ayant « décidé [eux-mêmes] de recourir au régime particulier (...) de manière volontaire et en fonction de l'intérêt économique qu'il[s] peu[ven]t y trouver »¹¹⁹². S'agissant du critère de la protection d'un bien juridique, bien que ces amendes ne sanctionnent, en réalité, que le non-respect d'une réglementation spécifique¹¹⁹³, celle-ci est une préoccupation suffisamment importante pour figurer dans le traité lui-même et prétendre à la qualification de « bien juridique ». Ce seul élément conduit à devoir reconnaître ce sous-réactif de l'infraction pénale par nature comme remplie. Cela étant, les réserves intuitives à reconnaître ces amendes comme pénales par nature se voient confortées par la dominante correctrice ou restitutive d'une sanction pécuniaire qui n'a vocation à être infligée qu'« aussi longtemps qu'un État membre ne se conforme pas » à la mise en demeure de prendre des mesures visant à la réduction du déficit. Les dispositions de l'article 126, §9 et §11 TFUE mettent bien en exergue que la finalité de la sanction est le rétablissement de la situation souhaitée - le terme au déficit public, ou *a minima* l'adoption des mesures adéquates à cet objectif – sans aucune finalité punitive.

307. En somme, l'absence de finalité punitive conduit à exclure l'infraction de déficit public excessif du champ d'étude, tout comme les amendes de la BCE et les sanctions disciplinaires des fonctionnaires européen. Ces contre-exemples ont contribué à éprouver, à leur manière, la

¹¹⁹⁰ Voir n°333.

¹¹⁹¹ A savoir 19 des 28 Etats membres : l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la Slovaquie, et la Slovénie.

¹¹⁹² Mutatis mutandis CJCE, 18 nov.1987, Maizena e.a., aff. 137/85, §13.

¹¹⁹³ Distinguant ainsi la répression pénale de la répression administrative : DEGOTTE, M., le droit de la sanction non pénale, *Economica*, 2000, p. 40 - Voir également n°235-237.

méthodologie prédéfinie, celle-ci a, avant tout, pour but de permettre l'identification d'infractions et sanctions pénales par nature.

§2 - LES INFRACTIONS ET SANCTIONS COMMUNAUTAIRES PENALES

308. *L'existence de réelles infractions et sanctions pénales* - Quoiqu'en disent les textes et la Cour de Justice, le droit de l'Union a édicté des infractions pénales par nature dont il a chargé certains de ses organes et institutions d'appliquer. Il existe bel et bien des infractions pénales par nature en droit de l'Union. Si la chose est largement entendue s'agissant des infractions de la concurrence, le droit pénal inavoué, édicté et appliqué par l'Union, dépasse ce seul domaine. L'identification de plusieurs infractions communautaires pénales par nature destinées à des particuliers (A) amènera à s'interroger sur la nature pénale des sanctions infligées par l'Union aux Etats membres (B).

A- LES INFRACTIONS A DESTINATION DES PARTICULIERS

309. *La faiblesse des arguments niant une nature pénale* - Généralement qualifiées d'administratives, les arguments avancés par la doctrine et rejetant toute qualification pénale des sanctions communautaires n'emportent cependant pas une solide conviction. Le fait qu'une sanction soit prononcée par un organe non juridictionnel¹¹⁹⁴, qu'elle ne soit pas convertible en une peine privative de liberté en cas de non-exécution¹¹⁹⁵, ou encore l'absence de caractère

¹¹⁹⁴ MAIL-FOUILLEUL, S., Les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, LGDJ, coll Bibliothèque de droit international et communautaire – tome 118, 2002, p. 376 ; GRASSO, G., Les perspectives de formation d'un droit pénal de l'Union européenne, Archives de politiques criminelles, 1996, n°18, p. 11.

Cet argument revient à assimiler le caractère de la première et la nature des secondes. Du reste, il résulte de la jurisprudence de la Cour EDH que l'autorité qui prononce la sanction, tout comme de la procédure suivie, ne constitue guère plus qu'un point de départ dans la jurisprudence de la Cour ; un point de départ qui ne préjuge en rien de la nature profonde d'une infraction pénalement sanctionnée.

¹¹⁹⁵ GRASSO, G., précité.

On y opposera d'abord le rejet d'un tel argument par la Cour EDH elle-même. Ensuite, en tout état de cause, les sujets du droit de l'Union sont, dans une proportion non négligeable, des personnes morales non accessibles à la peine privative de liberté. Et si les « entreprises » visés par les dispositions du traité peuvent tout aussi bien être des personnes physiques que morales, puisque rien n'exclut qu'une entreprise soit unipersonnelle, en pratique, un certain nombre d'« infractions » sont assez peu susceptibles d'être commises par des personnes physiques, en particulier en droit de la concurrence.

diffamant ou stigmatisant, faute de faire l'objet d'une inscription à un casier judiciaire¹¹⁹⁶ ne sont pas nécessairement exclusif d'un rattachement à la matière pénale pour la Cour EDH. Ces arguments ne sont pas plus disqualifiant d'une affiliation au champ pénal de l'Union Européenne pour les infractions au droit de la concurrence (I), à la non-discrimination sur le marché des transports (II) ou encore pour les mesures restrictives anti-terrorisme(III).

I- Le droit de la concurrence

310. Affiliation à la matière pénale - Il est désormais conjointement entendu par les juridictions européennes que les infractions de la concurrence possèdent les caractères propres à les faire relever de la matière pénale au sens de l'article 6, §1 de la convention¹¹⁹⁷, mais pas du noyau dur du droit pénal¹¹⁹⁸. Le droit écrit de l'Union¹¹⁹⁹ nie tout autant la nature pénale des siennes. Etant admis que les infractions au droit de la concurrence possèdent les caractères de

¹¹⁹⁶ En ce sens : LEVASSEUR, G., Les sanctions dans le traité consitutif du marché commun, Problèmes juridiques et économiques du marché commun, Librairie Technique, 1960, p. 11 ; GRASSO, G., précité.

En droit de la CEDH : CEDH, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53 ; 2 sept. 1998, Kadubec c/ Slovaquie, req. n°27061/95.

¹¹⁹⁷ Du côté de la Cour EDH : 27 sept. 2011, Menarini Diagnostic c/ Italie, req. n°43509/08 ; 3 déc. 2002, Lilly c/ France, req. n°53892/00. *Contra* : CEDH, 3 juin 2004, Neste St. Petersburg et autres c/ Russie, req. n°69042-50-54-55-56-58/01, qui peut s'analyser comme une décision d'espèce dans la mesure où la Cour estima que les règles anti-trust litigieuses avaient restauratrices et réparatrices.

Du coté des juridictions de l'Union, la Cour de Justice a donc longtemps abondé dans le sens des textes en refusant d'appliquer les garanties afférentes à l'article 6 de la Convention (v. par ex. : 26 juin 1980, National Panasonic, aff. 136/79 ; 21 sept. 1989, Hoechst, aff. jointes 46/87 et 227/88 ; 18 oct. 1989, Orken c/ Commission, aff. C-347/87). Dans un second temps, elle admit implicitement que les recours dirigés contre l'imposition d'amendes aux entreprises n'échappent pas aux exigences du procès équitable (CJCE, 17 déc. 1998, Baustahlgewebe GmbH c/ Commission, aff. C-185/95 P ; 8 juill. 1999, aff. C-235/92 P, Montecatini SpA c/ Commission). Prenant finalement acte de la jurisprudence de la Cour EDH, les juridictions de l'Union décidèrent finalement d'exercer leur contrôle « indépendamment de la qualification formelle d'« administrative » plutôt que de « pénale » » (TPI, 12 sept. 2007, Prym GmbH, Aff. T-30/05, §166 ; CJUE, 3 sept. 2009, Papierfabrik August Koehler e.a. c/Commission, C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P, §143 - voir également : Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 26 oct. 2010 dans l'affaire ThyssenKrupp c/ Commission, C-352/09 §51-52.

¹¹⁹⁸ Notamment, CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01, §43 ; 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02, §32 : En effet, pour la Cour EDH, les infractions nationales dont elle a eu à connaître « ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal ».

Contra, toutefois : « préserver la libre concurrence sur le marché (...), affecte[nt] donc les intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal » - Comm. EDH, req. n°7341/76, Eggs c/Suisse, §79 ; Comm. EDH, 30 mai 1991, Stenuit c. France, req. n°11598/85 §62 ; CEDH, 27 sept. 2011, Menarini Diagnostics S.r.l c/ Italie, req. n°43509/08, §40.

En jurisprudence de l'Union, notamment : Notamment : CJUE, 2 fév. 2012, Elf-Aquitaine c/ Commission, aff. C-404/11, §25 – 34). V. également : Conclusions de l'av. gén. BOT dans l'affaire ThyssenKrupp c/ Commission, précité, §50. Conclusions de l'av. gén. SHARPSTON présentées le 11 fév. 2011 dans l'affaire KMEGermany, C-272/09, §67 ; conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 28 fév. 2013 dans l'affaire Schenker & Co. AG e.a. (aff. C-681/11), §40.

¹¹⁹⁹ L'article 23, §5 du règlement 1/2003, et déjà avant lui l'article 15, §4 du règlement 17, précisent bien que les sanctions infligées n'ont pas un caractère pénal.

l'infraction pénale¹²⁰⁰, leur affiliation au noyau dur pénal ne dépend que de la protection d'un bien juridique protégé par le droit de l'Union.

311. *La libre concurrence, un bien juridico-pénal au regard du droit de l'Union* - Outre ces caractères pénaux désormais connus et reconnus, le droit de la concurrence protège un bien juridique de l'Union, permettant de considérer que, contrairement au droit de la Convention EDH, les infractions de la concurrence relèvent du noyau dur pénal de l'Union. Dans une appréhension exclusivement « droit de l'homme » du noyau dur pénal de l'Union, on concèdera que la répression des comportements anti-concurrentiels ne protège aucune valeur essentielle figurant dans la Charte des droits fondamentaux, ni dans la Convention EDH¹²⁰¹. Toutefois, dans une approche « constitutionnaliste », la protection de la libre concurrence a toujours été prévue par les traités eux-mêmes¹²⁰² et mentionnée dans les dispositions liminaires¹²⁰³. Et si l'extension des compétences, des centres d'intérêts et l'élévation idéologique des valeurs de l'Union l'ont reléguée à un second rang¹²⁰⁴, elle n'en demeure pas moins l'un des objectifs premiers sur lequel

¹²⁰⁰ Les infractions concernent « les entreprises », dont la définition fonctionnelle (voir infra n°580) n'exclut aucune personne juridique en raison d'un « statut particulier », pas même les personnes morales de droit public. Pour ces dernières, en revanche, se pose toutefois la délicate délimitation entre l'exercice d'activités commerciales et les prérogatives de puissance publique (TPICE 12 déc. 2000, ADP, aff. T-128/98 : « la circonstance que ADP soit un établissement public placé sous l'autorité du ministre chargé de l'aviation civile ne saurait exclure à elle seule qu'il puisse être considéré comme une entreprise ». Toutefois, « il convient de distinguer les activités purement administratives d'ADP, notamment les missions de police, et, d'autre part, les activités en cause de gestion et d'exploitation des aéroports parisiens qui sont rémunérés par des redevances commerciales variant selon le chiffre d'affaires réalisé. (...) les activités d'ADP en cause sont des activités de nature économique, certes exécutées sur le domaine public mais qui ne relèvent pas, de ce fait, de l'exercice d'une mission de puissance publique »).

Les amendes prévues par les règlements 1/2003 et 139/2004 présentent les finalités dissuasives et punitives (notamment : CJCE, 15 juill. 1970, ACF Chimiefarma NV c/ Commission, aff. 41/69, §170) : l'amende encourue n'est pas que le produit d'un fait objectivement constaté mais aussi celle d'un fait subjectivement apprécié dans la mesure où son calcul prend notamment en compte la gravité de l'infraction et sa durée (art. 23, §3 du règlement 1/2003 et 14, §3 du règlement 139/2004, et Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, §2, a), du règlement (CE) n°1/2003 - JO C 210 du 1^{er} sept. 2006), leur potentielle sévérité (par exemple, l'affaire Microsoft c/ Commission, (aff. T-201/04) a donné lieu à une amende 497 millions pour abus de position dominante. En 2005 la Commission a lancé cinq décisions couvrant 37 entreprises, sanctionnées pour total de plus de 683 millions d'euros (SCHWARZE, J., Les sanctions infligées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement n°1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit, RTD Eur. 2007 p.1) et la publicité dont les décisions de condamnation font l'objet (outre la publication officielle au Journal officiel de l'Union (art. 30 du règlement 1/2003 et 20 du règlement 139/2004), celles concernant des entreprises de renom et/ou infligeant des amendes record sont facilement relayées par les médias).

Pour comparaison, d'autres mesures à disposition de la Commission ne sont pas sanctionnatrices, tels les constats d'infractions, généralement pris alors que l'infraction a déjà cessé ; d'autres sont dépourvues de finalité punitive, telle la dissolution de concentration illicite (art. 8, §4 du règlement 139/2004) ou la nullité de plein droit (art. 101, §2 TFUE).

¹²⁰¹ Ce qui explique, selon nous, que les infractions au droit de la concurrence ne soient pas, pour la Cour EDH, des infractions pénales par nature au regard de la convention, voir supra. n°311.

¹²⁰² Aux articles 85 et 86 du TCE tel qu'issu du traité de Rome de 1957, puis aux articles 81 et 82 TCE tel qu'issu du traité de Maastricht.

¹²⁰³ Art. 3 TCE « Aux fins énoncées à l'article 2, l'action de la Communauté comporte (...)g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur » ; art. 3 1 TCE, tel qu'issu du traité de Maastricht : « Aux fins énoncées à l'article 2, l'action des États membres et de la Communauté comporte (...) l'instauration d'une politique économique (...) conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre ».

¹²⁰⁴ Il figure parmi les objectifs de l'article 3 TUE qu'en §3.

s'est construite la Communauté Européenne puis l'Union¹²⁰⁵, un intérêt essentiel pour celle-ci puisque la réalisation de ses objectifs en dépend. En outre, les restrictions au jeu de la libre concurrence portent atteinte à certains droits économiques, parmi lesquels, le droit d'un entrepreneur d'accéder au marché¹²⁰⁶. Aussi, en empruntant à la didactique de M. DEGOFFE¹²⁰⁷, ces normes ne sanctionnent pas les transgressions d'une réglementation particulière mais les atteintes portées à l'exercice d'une liberté. Enfin, la sanction de ces infractions est expressément prévue par les traités¹²⁰⁸. Aussi, peut-on conclure à l'appartenance de la libre concurrence parmi les biens juridiques dans le système juridique de l'Union et, par conséquent, à l'appartenance des infractions de la concurrence au noyau dur pénal de l'Union¹²⁰⁹.

312. En matière de concurrence, les infractions et amendes prévues par les règlements 1/2003 et 139/2004, respectivement relatifs aux ententes illicites et abus de position dominante, d'une part, et aux concentrations illicites d'entreprises, d'autre part, n'ont guère plus d'« administratives » que le nom et l'autorité qui les prononce. Elles sont de véritables infractions pénales par nature en droit de l'Union, tout comme les infractions et sanctions communautaires aux règles relatives à la non-discrimination sur le marché des transports

¹²⁰⁵ En ce sens, en 2000, Mario Monti, membre de la Commission responsable de la concurrence, déclarait que « les ententes illicites sont les cancers de l'économie de marché, laquelle constitue le véritable fondement de notre Communauté [européenne] » : Fighting Cartels Why and How ? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour ? », speech at the 3rd Nordic Competition Policy Conference (Stockholm, 11-12 September 2000), <http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>.

De même, dans la jurisprudence de l'Union, la libre concurrence est qualifiée d'objectif fondamental de l'Union (v. par ex. TUE, 2 fév. 2012, *The Dow Chemical Company*, aff. T-77/08, §102 ; TUE, 12 déc. 2012, *Electrabel c/ Commission*, aff. T-332/09, §245). Plaçant les règles de la concurrence dans l'ordre constitutionnel de l'Union : LASSERRE, B., *Les règles de la concurrence et les droits fondamentaux font-ils « bon ménage » ou sont-ils voués à entrer en « collision » ?* Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2012, p. 187 et s.

¹²⁰⁶ CJCE, 27 oct. 1977, *Metro c/ Commission*, aff. 26-76.

¹²⁰⁷ DEGOFFE, M., *le droit de la sanction non pénale*, *Economica*, 2000, p. 40 ; id. *L'ambiguïté de la sanction administrative*, *AJDA* 2001, p.27 et s.

¹²⁰⁸ L'art. 103, §2 a) prévoit que les institutions législatives établissent les outils juridiques adéquats, prévoyant amendes et astreinte afin de faire respecter les art. 101 et 102.

¹²⁰⁹ En ce sens, S. MANACORDA place les intérêts économiques de l'Union parmi le noyau dur de l'intervention pénale unioniste (*Droit pénal et Union européenne*, RSC, 2000-1, p. 100).

II- La non-discrimination sur le marché intérieur des transports

313. *Présentation générale et technique juridique* - Le règlement 11/60¹²¹⁰ adopté sur la base de l'ex-article 75, TCE vise à supprimer les discriminations sur le marché des transports. En vertu de son article 18, la Commission, qui aura(it) constaté l'existence d'une discrimination ou sa persistance malgré une décision enjoignant qu'il y soit mis fin, peut prononcer une sanction d'un montant maximum de 20 fois le prix du transport reçu ou demandé dans le premier cas, de 10 000 unités de compte dans le second. Sans surprise, l'article 19 du règlement exclut expressément toute qualification pénale¹²¹¹. Le vocable employé dans le règlement 11/60 reste neutre mais celui du règlement relatif à la prescription des procédures conduites par la Commission¹²¹² est nettement plus pénalement coloré : « infraction », « amende », « poursuites ». Quant à la doctrine les rares auteurs français à s'y être intéressés estiment qu'il s'agit de sanctions pénales dont la nature prétendument administrative est discutable¹²¹³ et discutée, en doctrine étrangère en particulier¹²¹⁴.

314. *Les caractères de l'infraction pénale* – Il est vrai que la nature pénale n'est pas immédiatement évidente ; la réponse au critère de généralité est ambiguë : l'infraction¹²¹⁵ ne vise pas l'ensemble des opérateurs économiques du marché intérieur mais seulement les transporteurs, dans leur ensemble¹²¹⁶ cependant. En revanche, le règlement réprime l'application d'une discrimination en raison de la nationalité dans un secteur d'activité particulier, ce qui est un comportement que le droit de l'Union interdit très largement, dans tous les secteurs d'activité, de

¹²¹⁰ Règlement n°11 concernant la suppression de discriminations en matière de prix et conditions de transport, pris en exécution de l'article 79, paragraphe 3, du traité instituant la Communauté économique européenne (JOCE 52 du 16 août 1960 p. 1121 – 1126), tel que modifié par les règlements (CE) du Conseil n°3626/84 du 19 déc. 1984 et n°569/2008 du 12 juin 2008.

¹²¹¹ Art. 19 du règlement 11/60 : « Les décisions prises en vertu des articles 17 et 18 n'ont pas un caractère pénal ».

¹²¹² Règlement (CEE) n°2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne (JOUE L 319 du 29 nov. 1974, p.1), tel que modifié par le règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 (JOUE L 1 du 4 janvier 2003).

¹²¹³ PRADEL, J., CORSTENS, G. et VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, 2007, n°701-702.

¹²¹⁴ Voir notes des auteurs ci-dessus cités.

¹²¹⁵ A savoir, l'établissement ou l'application par un transporteur, pour les mêmes marchandises sur les mêmes relations de trafic, de prix et conditions de transport différents en raison du pays d'origine ou de destination des produits transportés (art. 4, §1 et 2 du règlement).

¹²¹⁶ Art. 1^{er} du règlement : Les dispositions du présent règlement s'appliquent aux transports de toutes les marchandises par chemin de fer, par route et par voie navigable, à l'intérieur de la Communauté, à l'exclusion des transports des marchandises désignées aux annexes I et III du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier.

tout nature¹²¹⁷. Les finalités dissuasive et punitive, quant à elles, sont assez nettement établies. La simple prévision d'une sanction est propre à poursuivre une finalité dissuasive. Quant à la finalité punitive, la nature pécuniaire et le quantum prévu, vingt fois le prix du transport demandé ou 10 000 euros si la discrimination subsiste, semble tout à fait de nature à exercer un effet punitif sur la personne sanctionnée.

315. *Le critère déterminant de la nature pénale : l'atteinte à un bien juridique protégé –*

La coloration pénale déjà forte est confirmée par le fait que l'infraction réprime l'atteinte directe à un bien juridique protégé par le droit primaire. La non-discrimination est mentionnée aux articles 2 et 3 TUE, fait l'objet d'une disposition transversale¹²¹⁸, et est promise par l'article 22 de la Charte. Enfin, la seconde partie du TFUE lui est spécialement consacrée ; la lutte contre toute forme de discrimination est un objectif autonome de l'Union, et, à l'égard de l'ensemble de ses éléments, indiscutablement une valeur et un intérêt essentiel pour l'Union. Dans la mesure où l'infraction ne porte pas sur la transgression d'une réglementation contribuant à la préservation d'un bien juridique mais l'atteinte directe à un bien juridique protégé, le pouvoir de sanction pécuniaire de la Commission en matière de discrimination sur le marché des transports réunit les critères d'identification du noyau dur pénal.

316. Les infractions et sanctions communautaires jusque-là exposées soulevaient la question de leur nature pénale profonde, dans une démarche visant à distinguer les sanctions répressives relevant de la matière pénale de celles devant être considérées comme pénales par nature, étant entendu qu'il n'était pas mis en doute le fait que les dispositions litigieuses soient des « infractions » au sens large, c'est-à-dire des normes sanctionnant la transgression d'une obligation, ni que les réponses soient des « sanctions », c'est-à-dire la réponse à la transgression de l'obligation. Un dernier binôme infraction/sanction prévu et appliqué au niveau communautaire mérite une étude particulière pour ne pas être analysé comme la sanction d'une quelconque transgression.

¹²¹⁷ V. en particulier : Art. 10 TFUE : « Dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

Art. 18, §1, TFUE : « Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité ».

¹²¹⁸ Art. 10 TFUE.

III- Les mesures restrictives anti-terroristes

317. Présentation générale - En raison de leur appartenance à l'arsenal développé par l'Union en réponse au terrorisme et à la menace permanente qu'il constitue, l'affiliation des mesures restrictives anti-terroristes¹²¹⁹ au champ pénal de l'Union européenne est incontestable. En revanche, leur nature juridique, et donc leur place au sein du système pénal de l'Union, est plus qu'ambiguë¹²²⁰. Leurs dénominations officielles de « mesures administratives »¹²²¹ ou de « mesures restrictives »¹²²² vont tout à la fois à l'encontre d'une nature pénale et d'un caractère sanctionnateur¹²²³. Cela étant, à s'y intéresser de plus près, l'affirmation selon laquelle « considérer que les mesures restrictives en cause (...) sont de nature pénale » est une « prémisse erronée »¹²²⁴ pourrait tout aussi bien tenir d'un artifice de langage destiné à corroborer « l'absence de moyens de l'Union européenne pour mener elle-même des investigations concernant l'implication d'une certaine personne dans des actes terroristes »¹²²⁵, ainsi que son incompétence institutionnelle à infliger directement des sanctions de nature pénale dans ce domaine¹²²⁶. En réalité, « il ne faut toutefois pas se voiler la face : la technique utilisée (...) se rapproche beaucoup d'un procédé pénal (a) (...) S'il ne s'agit pas d'une sanction pénale qui n'ose pas s'avouer, on n'en est pas loin (b). »¹²²⁷

¹²¹⁹ Sont ici visées les mesures restrictives anti-terroristes de l'article 75 TFUE et celles « mixtes » de l'article 215, §2 c'est-à-dire participant autant à la protection de la sécurité et de l'ordre public international qu'à ceux interne au territoire de l'Union, et adoptées aux fins de la prévention et de la répression du terrorisme – voir n°117-136.

¹²²⁰ La présente réflexion s'appuie essentiellement sur les règlements existants et relevant actuellement de l'article 215, §2 TFUE. En effet, l'article 75 TFUE n'a pas encore été utilisé pour fonder une mesure de gel. Il est d'ailleurs peu probable qu'il le soit un jour dans la mesure où la Cour a estimé que le terrorisme est par essence une menace à la sécurité internationale, l'un des objectifs de la PESC, de sorte que tout gel des ressources financières à l'encontre de personnes soupçonnées d'actes de terrorisme peut être valablement fondé sur l'article 215, 2 TFUE (CJUE, 12 juill. 2010, Parlement c/ Conseil, aff. C-130/10).

¹²²¹ Art. 75 TFUE.

¹²²² Art. 215, §2 TFUE.

¹²²³ En ce sens : POELEMANS, M., précité, p. 66.

Contra : BERNARDI, A., La lutte contre le terrorisme en droit international et européen – fondements et objectifs des incriminations et des peines, in BERNAD, D. (dir.), Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international, Anthémis, 2014, p. 125 ; MANACORDA, S., Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen, RSC 2013, p. 927 et s.

¹²²⁴ TPICE 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03, §101; 14 janv. 2015, Gossio c/ Conseil, aff. T-406/13, §97.

¹²²⁵ CJUE 5 nov. 2012, Al-Asqa c/ Conseil, aff. C-539/10 P et C-550/10 P, §69.

¹²²⁶ Dans le domaine de la PESC, sauf les mesures restrictives qui ne sont pas considérées comme des sanctions, l'Union n'a aucune compétence d'un tel ordre. Quant au volet pénal de l'ELSJ, l'article 83, §1, TFUE ne l'autorise qu'à rapprocher les infractions nationales. Et aucune autre base légale n'est susceptible de fonder un pouvoir des institutions de l'Union à directement et elles-mêmes infliger des sanctions.

¹²²⁷ Citation empruntée à F. HERVOUËT, à propos de la somme forfaitaire du recours en manquement (Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ?, in : La sanction du droit, Mélanges Couvrat, PUF 2001).

a) Le procédé d'une condamnation pénale

318. *Postulat unioniste* - Pour les juridictions de l'Union, l'infliction d'une mesure restrictive ne serait pas la conséquence de la constatation d'une infraction ; elles « ne constituent donc pas une sanction et n'impliquent, par ailleurs, aucune accusation de cette nature »¹²²⁸. S'il est vrai qu'elles ne sont pas prononcées à la suite d'une condamnation au sens formel, impliquant une déclaration de culpabilité¹²²⁹, le mécanisme d'imposition de ces mesures s'apparente fortement à celui d'une condamnation pénale¹²³⁰ puisque, d'une part, l'imposition d'une mesure restrictive implique une « accusation en matière pénale » et, d'autre part, qu'elle semble bien en être la conséquence.

319. *L'existence d'une accusation en matière pénale* - On peut rester sceptique à la lecture de l'assertion selon laquelle l'imposition d'une mesure restrictive anti-terroriste n'implique aucune « accusation en matière pénale ». En effet, l'une des circonstances justifiant l'imposition d'une mesure restrictive est, précisément, l'existence d'une condamnation pour infraction terroriste¹²³¹, laquelle présuppose naturellement une accusation en matière pénale. Et si cependant, dans la majorité des cas, la décision d'inscription est seulement prise « sur la base d'informations précises ou d'éléments de dossier qui montrent qu'une décision » telle que « l'ouverture d'enquêtes ou de poursuites pour un acte terroriste, ou la tentative de commettre, ou la participation à, ou la facilitation d'un tel acte, basées sur des preuves ou des indices sérieux et crédibles »¹²³² a été prise, n'est-on pas précisément en présence d'une « accusation en matière pénale »¹²³³ ? A considérer

¹²²⁸ TPICE, Sison/Conseil, précité, §101 ; 7 déc. 2010, Fahas c/Conseil, T-49/07, §67 ; Gossio c/ Conseil, précité, §97.

¹²²⁹ En effet, pour la Cour EDH, « le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction (notamment : CEDH, 9 fév. 1995, Welch c/ R.-U., req. n°17440/90, §28 ; 8 juin 1995, Jamil c/ France, req. n°15917/89, §31 ; 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne, req. n°19359/04 ; §120) et par « condamnation », il convient d'entendre une déclaration de culpabilité, consécutive à l'établissement légal d'une infraction (notamment : CEDH, 21 oct. 2013, Del Rio Prada c/ Espagne, req. n°42750/09, §123 ; 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne, précité, §87). Dans le même sens en doctrine : DETRAZ, S., La notion de condamnation pénale, *Parlésienne de la science criminelle*, RSC 2008, p. 41 et s.

¹²³⁰ En ce sens, également : BERNARDI, A., précité.

¹²³¹ Art. 1, §4 de la position commune 2001/931/PESC du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme (ci-après dénommé « position commune 2001/931 »), auquel renvoie l'art. 2, §3 du règlement 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme (ci-après dénommé « règlement 2580/2001 »). Non reprise dans les règlements 881/2002 du Conseil du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées aux organisations EIIL et Al-Qaida (ci-après dénommé « règlement « Al Qaida » ») et 2016/1686 du Conseil du 20 septembre 2016 instituant des mesures restrictives supplémentaires à l'encontre de l'EIIL (Daech) et d'Al-Qaida ainsi que des personnes physiques et morales, des entités ou des organismes qui leur sont liés (ci-après dénommé « règlement « DAECH » »).

¹²³² Art. 1, §4 de la position commune 2001/931, auquel renvoie l'article 2, §3 du règlement 2580/2001.

¹²³³ Que la décision de l'autorité compétente constitue une décision administrative et non judiciaire, en accord avec l'article 1^{er}, §4, de la position commune 2001/931 prévoyant explicitement qu'une autorité non judiciaire pouvait également être qualifiée d'autorité compétente au sens de cette disposition (sur la légalité d'une mesure restrictive adoptée sur la base d'une telle décision :

même que, rien n'imposant que la décision nationale ait été prise sous une forme juridique particulière ou qu'elle ait été publiée ou notifiée¹²³⁴, ce ne soit pas (encore) le cas, la seule décision d'inscription sur les listes qui doit être motivée en fait constitue bien « la notification officielle du reproche d'avoir commis une infraction pénale », puisque tous les motifs d'inscriptions visés correspondent à des infractions¹²³⁵. En résumé, ces mesures sont destinées à toute personne physique ou morale ou entité « commettant ou tentant de commettre des actes de terrorisme, les facilitant ou y participant », ce qu'atteste l'ouverture d'une enquête ou le déclenchement de poursuites, voire une condamnation pénale¹²³⁶ exigée pour fonder le gel. Elles apparaissent bel et bien impliquer « une accusation en matière pénale » ; mais sont-elles pour autant imposées « à la suite » d'une infraction ?

320. L'apparence d'une condamnation - Pour considérer une mesure comme une peine, la Cour EDH exige qu'il existe un lien de causalité suffisant entre l'infraction et la mesure infligée¹²³⁷. La seconde doit résulter de la première, se produire, « à la suite et par suite » – ou « en vertu » – de celle-ci¹²³⁸. Mise en perspective avec la lettre de l'article 6, la condamnation pénale implique qu'il soit statué sur le bien-fondé de l'accusation en matière pénale. En l'occurrence,

TUE, 9 sept. 2010, Al-Aqsa/Conseil, T-348/07, §88 ; confirmé par CJUE, « Al-Aqsa », précité, §§66 à 77 ; TUE, 16 oct. 2014, LTTE c/ Conseil, aff. T-208/11 et T-508/11, §§106-116), n'était pas déterminante en soi, dans la mesure où il n'est pas incompatible avec l'article 6, §1 qu'il soit statué sur une accusation en matière pénale par une autorité non judiciaire dès lors qu'elle peut faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant organe judiciaire (en ce sens, notamment : CEDH, 23 oct. 1995, Schmautzer c/ Autriche, req. n°15523/89, §36).

¹²³⁴ CJUE, « Al-Aqsa », précité, §69.

¹²³⁵ Le règlement 2580/2001 vise le financement du terrorisme, couvert par l'infraction de participation à un groupe terroriste (art. 2, §2 b) de la décision-cadre « infractions terroristes » et 4, b) de la directive « infractions terroristes ») et euro-infraction autonome depuis l'adoption de la directive « infractions terroristes » (art.). En réalité, l'article 1, §4 du règlement et l'article 1, §3 de la position commune mentionne « commettant ou tentant de commettre des actes de terrorisme, les facilitant ou y participant », et non des infractions terroristes, de sorte que, ces mentions devant être strictement entendues, l'incitation au terrorisme, qui n'est pas visé, ne saurait fonder une décision de gel (TA Paris, 24 mai 2013, n°1219378, M. X. : AJDA 2013, 168, note BARROIS DE SARIGNY, C). Toutefois, en plus d'être une infraction autonome, on conviendra sans trop de difficulté que le financement du terrorisme participe et/ou facilite la commission d'un acte de terrorisme.

Le règlement « DAECH » ne vise pas d'incrimination à proprement parler mais encadre les motifs d'inscription en décrivant l'ensemble des infractions terroristes (art. 3 du règlement).

¹²³⁶ Les propos tenus sont principalement fondés sur le règlement 2580/2001. Ils valent également pour les règlements onusien, bien que ni le règlement « Al Qaida », ni le règlement « DAECH » ne comportent de dispositions analogues à l'article 1, §4 de la position commune 931/2001. Se limitant à réceptionner en droit de l'Union les décisions du Comité des sanctions du Conseil de sécurité de l'ONU, ceux-ci n'exigent comme motif d'inscription seulement le fait que le comité des sanctions ait conclu qu'une mesure de gel est justifiée selon ses critères (art. 2 du règlement « Al Qaida » et 3, §1 de la position commune « DAECH »). Cependant, il s'évince des indications fournies par le comité des sanctions lui-même que les motifs d'inscription sont sensiblement les mêmes que ceux exigés par le règlement 2580/2001.

Résolutions et lignes directrices consultables sur le site : <http://www.un.org/french/sc/committees/1267/index.shtml> .

¹²³⁷ Notamment : CEDH, 2 mars 1987, Weeks c/ R.-U., req. n°9787/82, §42 ; 28 Mai 2002, Stafford c/ R.-U., req. n°46295/99, §64 ; 12 fév. 2008, Kafkaris c/ Chypre, req. n°21906/04, §117 ; 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne, req. n°19359/04, §88.

¹²³⁸ CEDH, M. c/ Allemagne, précité, §88 ; 21 oct. 2013, Del Rio Prada c/ Espagne, req. n°42750/09, §123. Etant précisé, toutefois, qu'une mesure peut être consécutive à une condamnation sans être une peine, voir note n°921.

bien qu'il n'ait pas de déclaration de culpabilité, le procédé qui conduit à l'imposition d'une mesure restrictive s'apparente effectivement à statuer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale dès lors que « l'autorité compétente de l'Union a l'obligation d'examiner, avec soin et impartialité, le bien-fondé des motifs allégués (...) à la lumière des observations et des éventuels éléments à décharge produits » par la personne concernée¹²³⁹. Cette obligation « implique en toutes circonstances, y compris lorsque la motivation de l'acte de l'Union correspond à des motifs exposés par une instance internationale, que cette motivation identifie les raisons individuelles, spécifiques et concrètes, pour lesquelles les autorités compétentes considèrent que la personne concernée doit faire l'objet de mesures restrictives »¹²⁴⁰, c'est-à-dire « l'existence de preuves ou d'indices sérieux et crédibles de l'implication de la personne concernée dans des activités terroristes, considérés comme fiables par les autorités nationales et les ayant conduites à prendre, tout au moins, des mesures d'investigation »¹²⁴¹. En somme, il est attendu du Conseil qu'il prenne, « pour fondement factuel de son appréciation, des décisions adoptées par des autorités compétentes ayant pris en considération des faits précis et agi sur leur base, puis de vérifier que lesdits faits sont bien des « actes de terrorisme » et le groupe concerné bien « un groupe », au sens des définitions de la position commune 2001/931, pour enfin décider, sur cette base et dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation, d'adopter éventuellement une décision au niveau de l'Union »¹²⁴². N'est-ce pas exactement là le processus d'une condamnation pénale ? Ou, pour reprendre le vocable du droit de la convention EDH, celui de statuer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale ? Et ce d'autant plus que, bien que ce ne soit pas un tribunal qui statue, le recours juridictionnel est plein puisque « le juge de l'Union s'assure que la décision repose sur une base factuelle suffisamment solide (...) [qui] implique une vérification des faits allégués dans l'exposé des motifs qui sous-tend ladite décision de sorte que le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués,

¹²³⁹ TUE, 21 mars 2014, Ysef c/ Commission, précité, §§91-93 – dans le même sens : TUE « Kadi II », §§171 et 172 ; CJUE, « Kadi II », §114 et 135.

¹²⁴⁰ CJUE, « Kadi II », précité, §116. Egalement en ce sens : CJUE, « Al-Aqsa », précité, §§140 et 142.

¹²⁴¹ CJUE, « Al-Asqa », §69 « ledit recours a pour fonction d'établir l'existence de preuves ou d'indices sérieux et crédibles de l'implication de la personne concernée dans des activités terroristes, considérés comme fiables par les autorités nationales et les ayant conduit à prendre, tout au moins, des mesures d'investigation ».

Ne sont pas considérés comme « des éléments fiables » ceux que le Conseil aurait tirés de la presse ou d'Internet : TUE, LTTE c/ Conseil, §187 ; 17 déc. 2014, Hamas c/ Conseil, aff. T-400/10, §121.

¹²⁴² TUE, LTTE c/ Conseil, §191 ; Hamas c/ Conseil, §114.

mais porte sur le point de savoir si ces motifs, ou, à tout le moins, l'un d'eux considéré comme suffisant en soi pour soutenir cette même décision, sont étayés »¹²⁴³.

321. Cependant, pour autant que l'on s'apparente fortement au processus d'une condamnation, ces mesures peuvent-elle être considérées comme des « peines » ?

b) L'infliction d'une mesure sanctionnatrice punitive

322. Des mesures prétendument non sanctionnatrices et non punitives - Pour les juridictions de l'Union, les mesures restrictives « visent à anticiper et à prévenir des menaces actuelles ou futures pour la paix et la sécurité internationales, et se distinguent d'une sanction pénale, qui vise, pour sa part, des faits passés punissables, objectivement établis »¹²⁴⁴. « Ces mesures ne constituent donc pas une sanction »¹²⁴⁵ mais s'inscrivent dans le cadre d'une procédure de nature administrative ayant une fonction conservatoire¹²⁴⁶. Une telle finalité n'est pas nécessairement exclusive d'un rattachement pénal ; l'essentiel étant d'établir la présence ou non d'une finalité punitive (1). En revanche, la nature de la mesure, le gel des ressources économiques¹²⁴⁷, se révèle au cœur de l'ambiguïté qui entoure les mesures restrictives anti-terroristes (2). Devant des éléments contradictoires, le fondement de ces mesures sera l'élément qui tranchera en faveur d'une nature pénale (3).

1) *L'existence des finalités préventive et punitive*

323. La faiblesse de la finalité prétendument conservatoire – Si les juridictions de l'Union attribuent une fonction conservatoire aux mesures de gel¹²⁴⁸, on y adhèrera difficilement sans

¹²⁴³ CJUE, « Kadi II », précité, §119 – dans le même sens : CJUE, « Al-Aqsa », précité, §68 ; E et F, précité, §57. Pour une illustration du contrôle minutieux de la motivation du Conseil par le Tribunal, qui le conduit à la conclusion que « le Conseil n'a pas fondé son imputation au requérant des faits de terrorisme retenus » : TUE, 17 déc. 2014, Hamas c/ Conseil, aff. T-400/10, §§93-112.

¹²⁴⁴ CJUE, « Kadi II », précité, §75.

¹²⁴⁵ Notamment : TPICE 11 juillet 2007, Sison/Conseil, T-47/03, §101 ; 2 sept. 2009, El Morabit c/Conseil, aff. T-37/07, §43 ; TUE, 7 déc. 2010, El Morabit c/ Conseil, aff. T-49/07, §67.

¹²⁴⁶ TPICE, El Morabit c. Conseil, précité, §43 ; TUE, 12 juill. 2007, Ayadi c/ Conseil, aff. T-253/06, §135 ; CJUE, « Kadi I », §358 ; TUE, Fahas c/ Conseil, précité, §68 ; CJUE, « Al-Aqsa », précité, §120 ; TUE, « Kadi II », précité, §150 ; TUE, 21 mars 2014, Ysef c/ Commission, aff. T-306/10, §61 ; TUE, 19 mai 2015, Pye Phyoy Tayza c/ Conseil, aff. T-181/08, §157.

¹²⁴⁷ Quoique d'autres types de mesures restrictives pourraient être adoptés, de fait, les mesures restrictives anti-terrorisme sont toutes des mesures de gel des ressources économiques.

¹²⁴⁸ TPICE, El Morabit c/ Conseil, précité, §43 ; TUE, 12 juill. 2007, Ayadi c/ Conseil, aff. T-253/06, §135 ; CJUE, « Kadi I », §358 ; TUE, Fahas c/ Conseil, précité, §68 ; CJUE, « Al-Aqsa », précité, §120 ; TUE, « Kadi II », précité, §150 ; TUE, 21 mars 2014, Ysef c/ Commission, aff. T-306/10, §61 ; TUE, 19 mai 2015, Pye Phyoy Tayza c/ Conseil, aff. T-181/08, §157.

aucune réserve. En effet, les mesures conservatoires ont vocation à maintenir l'état en fait comme en droit d'un bien dans l'attente d'une décision définitive¹²⁴⁹. Or, dès lors que les mesures de gel de fond de l'Union ne visent pas « à accompagner et à supporter des procédures pénales nationales »¹²⁵⁰, que l'Union n'a ni la compétence « pour mener elle-même des investigations concernant l'implication d'une certaine personne dans des actes terroristes »¹²⁵¹, ni celle de les juger et ce d'autant plus, enfin, qu'il est prétendu que ces mesures n'impliquent aucune accusation en matière pénale, quelle décision définitive attendraient-elles ?

324. Des mesures préventives - La fonction préventive et/ou dissuasive est en revanche indiscutable. Ces mesures « visent à combattre le terrorisme international, en le coupant de ses ressources financières par le gel des fonds et des ressources économiques des personnes ou entités soupçonnées d'être impliquées dans des activités qui y sont liées¹²⁵² et tendent ainsi à prévenir la commission de nouveaux actes terroristes¹²⁵³. Une mesure à « but préventif » fondée sur l'incertaine notion de « dangerosité » appelle immédiatement à l'esprit celle de « mesure de sûreté »¹²⁵⁴. Quand bien même s'en tiendrait-on à les considérer comme telles, il est reconnu qu'une mesure de sûreté peut également être instituée comme une peine¹²⁵⁵ ou être requalifiée ainsi par la Cour EDH¹²⁵⁶. D'autre part, compte tenu de l'existence des infractions-

¹²⁴⁹ Telle est l'essence de la fonction conservatoire, l'attente d'une décision définitive, v° Saisie conservatoire et saisie conservatoire en droit pénal, Lexique des termes juridiques.

Dans le même sens, en procédure pénale de l'Union, le gel s'entend de l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien, ou le fait d'en assumer temporairement la garde ou le contrôle afin de permettre une confiscation ultérieure (Art. 1, §5 de la directive du 22 juillet 2003 relative à l'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve - dans le même sens : art. 7, §1 de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne).

¹²⁵⁰ CJUE, « Al-Aqsa », précité, §67.

¹²⁵¹ CJUE, « Al-Aqsa », précité, §69.

¹²⁵² Voir, en ce sens : point 3 du préambule du règlement 2580/2001, point 1 de la résolution 1393(2001) du Conseil de sécurité de l'ONU. En jurisprudence : CJUE, Kadi I, précité, §169 et 222.

¹²⁵³ CJUE, « Al-Aqsa », précité, §67.

¹²⁵⁴ DE LAMY, B., La rétention de sûreté, pénal or not pénal... RSC, 2009, p. 166 – dans le même sens : Notamment : SCHMELCK, R., La distinction entre la peine et la mesure de sûreté, *in* La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Mélanges M. Patin, Cujas, 1965, p. 179.

¹²⁵⁵ La Cour EDH a observé à cet égard « que le même type de mesure peut être qualifié de peine dans un Etat et de mesure de sûreté à laquelle ne s'applique pas le principe de légalité des peines (*nulla poena sine lege*) dans un autre » (CEDH, M c/ Allemagne, précité, §126. En droit pénal français, il est constant que certaines mesures peuvent aussi bien être qualifiées de peines (complémentaires) que de mesures de sûreté, selon le contexte procédural de leur prononcé.

En ce sens : LEGUNEHEC, F et DESPORTES, F., Droit pénal général, Economica, 2007, n°752 ; DE LAMY, M., Mesures ayant le caractère d'une punition, mesures préventives... et peines perdues, RSC, 2013 p. 433 ; GIUDICELLI-DELAGE, G., Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi, RSC 2010, p. 69.

Par ailleurs, il a récemment été soutenu que les mesures de sûreté sont la « représentation secondaire » du « système binaire de sanction pénale », à côté des « peines », entendues dans un sens plus strict, et constituant la « représentation primaire » de ce système (GREGOIRE, L., Les mesures de sûreté : essais sur l'autonomie d'une notion, thèse dactyl., Aix-Marseille Université, 2014, p. 69 et s.).

¹²⁵⁶ CEDH, M c/ Allemagne, précité.

obstacles incriminant un comportement dangereux laissant présager, redouter, la commission d'une infraction « plus grave », fonder une mesure sur une dangerosité, financière en l'occurrence, ne semble pouvoir être exclusif de la nature de « peine » qu'à la condition que cette dangerosité ne soit pas incriminée en elle-même. Or, le financement du terrorisme est une infraction autonome¹²⁵⁷. « Comme la Cour [EDH] l'a déjà dit, l'objectif de prévention peut aussi se concilier avec celui de répression et peut être considéré comme l'un des éléments constitutifs de la notion même de peine »¹²⁵⁸. L'essentiel est qu'une mesure litigieuse ne soit pas exclusivement préventive ou dissuasive et qu'elle présente une finalité punitive.

325. La finalité punitive – La Cour de Justice semble nier l'existence d'un tel but en opposant les mesures restrictives à objectif préventif à la « sanction pénale qui vise, pour sa part, des faits passés punissables, objectivement établis »¹²⁵⁹. Cependant, pour autant qu'une mesure soit préventive ou dissuasive, et de ce fait « tournée vers le futur », celle-ci ne peut reposer que sur un minimum de ces faits ; il faut bien quelques éléments tangibles pour forger une appréciation, porterait-elle seulement sur un état de dangerosité¹²⁶⁰. En tout état de cause, le fondement et l'objectif d'une mesure ne doivent pas être confondus. Or, pour être valablement fondées, les mesures restrictives doivent reposer sur des décisions qui, si elles « ne constituent pas, à proprement parler, des décisions « d'ouverture d'enquête ou de poursuites pour un acte de terrorisme » ou de « condamnation pour de tels faits » au strict sens pénal du terme », doivent néanmoins « s'inscrire clairement dans le cadre de procédures nationales visant, à titre principal, à l'imposition de mesures de type préventif ou répressif à l'encontre de la requérante, au titre de la lutte contre le terrorisme »¹²⁶¹. Mais surtout, la Cour EDH a estimé qu'une mesure de sûreté « peut tout à fait se comprendre comme une punition supplémentaire pour l'infraction commise et comporte à l'évidence un élément de dissuasion »¹²⁶². A cet égard, puisqu'il est admis que les mesures restrictives « ont des conséquences négatives considérables et une incidence

¹²⁵⁷ Certes, seulement depuis l'adoption de la directive « infraction terroriste » de 2016 (art. 11).

¹²⁵⁸ CEDH, M c/ Allemagne, §130 (à propos de la détention de sûreté) ; Welch c/ R.-U. précité, §30.

¹²⁵⁹ CJUE, « Kadi II », précité, §75.

¹²⁶⁰ Voir à propos de l'évaluation de la dangerosité dans le cadre des mesures de sûreté en droit pénal français : GREGOIRE, L, les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion, th. Dactyl. Aix-Marseille Université, 2014, p. 503 et s.

¹²⁶¹ TUE, 16 oct. 2014, LTTE c/ Conseil, aff. T-208/11 et T-508/11, §§114-115 ; dans le même sens : 30 septembre 2009, Sison/Conseil, T-341/07, §111.

¹²⁶² CEDH, M c/ Allemagne, §130 ; dans le même sens : Welch précité, §30.

Dans ce sens en doctrine : GUIDICELLI-DELAGÉ, G., Droit pénal de la dangerosité droit pénal de l'ennemi, RSC, 2010, p. 69 : « toute peine comporte un objectif de prévention (...) toute mesure de sûreté prononcée par le juge pénal est ressentie par celui qui la subit comme une rétribution/punition ».

importante sur les droits et libertés des personnes visées¹²⁶³ qui bouleversent leur vie tant professionnelle que familiale¹²⁶⁴ et entravent la conclusion de nombreux actes juridiques »¹²⁶⁵, l'imposition d'un gel des ressources économiques « peut tout à fait se comprendre comme une punition »¹²⁶⁶. Et en ajoutant qu'elles emportent « l'opprobre et la méfiance qui accompagnent la désignation publique des personnes visées comme étant liées à une organisation terroriste »¹²⁶⁷, la Cour de Justice ne finit-elle pas de donner la parfaite réplique à la Cour EDH qui juge les sanctions pénales par nature, et donc expressives d'une finalité punitive, à l'aune d'un « caractère infamant pour ceux qu'elles visent »¹²⁶⁸, qui se manifeste « par-delà leur gravité d'un point de vue financier » en ce qu'elles sont « susceptible[s] de porter préjudice à l'honorabilité » et « au crédit des personnes concernées »¹²⁶⁹ ? En somme, eu égard à la gravité de ces mesures, prononcées en lien avec des infractions pénales, l'existence d'une finalité punitive est plus qu'étayable, elle semble implicitement étayée¹²⁷⁰.

326. On admettra cependant qu'un élément fait fondamentalement obstacle à qualifier les mesures restrictives en cause de « peines ». Alors que depuis l'avènement du droit pénal moderne une peine se veut nécessairement déterminée et définitive¹²⁷¹, les mesures restrictives anti-terroristes ont « une vocation temporaire »¹²⁷². Ainsi, il fut rejeté que le gel des ressources économiques soit considéré comme « une confiscation des avoirs des intéressés en tant que produits du crime »¹²⁷³.

¹²⁶³ Voir, en ce sens, arrêt « Kadi I », précité, points 361 et 375 ; 6 juin 2013, Ayadi c/ Commission, aff. C-183/12 P, §68.

¹²⁶⁴ Voir, notamment, arrêt du 29 avril 2010, M e.a., C-340/08 ; 6 juin 2013, Ayadi c/ Commission, aff. C-183/12 P, §68.

¹²⁶⁵ Voir, notamment, arrêt du 11 oct. 2007, Möllendorf et Möllendorf-Niehuus, C-117/06.

¹²⁶⁶ Notamment : CJUE, 6 juin 2013, Ayadi c/ Commission, aff. C-183/12 P, §68 ; 28 mai 2013, Abdulrahim c/Conseil et Commission aff C-239/12 P, §70 ; CJUE, Kadi II, précité §132.

¹²⁶⁷ Notamment : CJUE, 6 juin 2013, Ayadi c/ Commission, aff. C-183/12 P, §68 ; 28 mai 2013, Abdulrahim c/Conseil et Commission aff C-239/12 P, §70 ; CJUE, Kadi II, précité §132.

¹²⁶⁸ CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01, §43 ; 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, req. n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §120 ; 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02, §32.

¹²⁶⁹ CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, précité, §122.

¹²⁷⁰ Evquant la dimension punitive de ces mesures, également : BEAUVAIS, P., L'interaction normative dans le champ pénal, l'exemple de la lutte contre le terrorisme, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p. 304.

¹²⁷¹ Nonobstant la certaine relativité de ces caractères, eu égard aux voies de recours et aux modalités d'exécution de la peine.

Sur les caractères définitif et déterminé de la peine : BEZIZ-AYACHE, A., Dictionnaire de la sanction pénale, V° peine, Ellipse, 2009 ; De CARBONNIERES, L., Dictionnaire de culture juridique, v° Peine, PUF, p. 1139 ; BOULOC, B., Droit pénal général, Dalloz, 2013, p. 422-424 ; LEROY, J., Droit pénal général, LGDJ, 2012, p. 301.

Sur la relativité de ces caractères, notamment : GREGOIRE, L., Les mesures de sûreté : essais sur l'autonomie d'une notion, thèse dactyl., Aix-Marseille Université, 2014, p. 74-75.

¹²⁷² CJUE, « Kadi II », §75.

¹²⁷³ TPICE, 11 juillet 2007, Sison/Conseil, T-47/03, §101.

327. *L'objet de la mesure non exclusif de la qualification de « peine »* - On s'accordera aisément avec les juridictions de l'Union quant au fait que le gel des fonds et des ressources économiques n'est pas une confiscation des produits du crime¹²⁷⁴. Ceci étant, la confiscation des instruments de l'infraction est également une sanction pénale, en particulier en droit pénal de l'Union¹²⁷⁵. Or, c'est bien l'instrument, et non le produit d'une infraction, qui est ici concerné, puisque seules les ressources économiques¹²⁷⁶ susceptibles de contribuer au financement du terrorisme sont visées¹²⁷⁷. Les prestations sociales versées à la famille d'une personne « black-listée », par exemple, ne sont pas des ressources économiques susceptibles de gel, parce qu'elles visent à couvrir des besoins vitaux et peuvent difficilement être converties aux fins de financement d'activités terroristes¹²⁷⁸. En revanche, s'agissant de la distinction entre gel et confiscation, le cas des mesures restrictives est quelque peu ambigu.

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ Elle est notamment prévue par l'art. 4, §5 de la décision-cadre « trafic de stupéfiants », l'article 1, §2 de la décision-cadre « aide à l'entrée et au séjour irrégulier », l'article 11 de la directive « exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie », l'article 17 de la directive « traite des être humains », mentionnée au point 5 du préambule de la décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiement autre que les espèces ». A titre général, l'article 2 de la de la décision-cadre de 2005 « confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime » impose aux Etats membres de prévoir cette sanction pour toute infraction pénale passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an. En outre, la reconnaissance mutuelle des décisions de gel et de confiscation couvre aussi bien les produits que les instruments de l'infraction : décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation et 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 preuve, remplacé par l'art. 4 de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne.

¹²⁷⁶ Les règlements appréhendent, plus qu'ils ne définissent, très largement les fonds, les avoirs et les ressources économiques comme « les avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, qui ne sont pas des fonds mais peuvent être utilisés pour des fonds, des biens ou des services », incluant même les plus indirects et occultes dès lors qu'ils peuvent « être utilisés pour obtenir des fonds, des biens ou des services ». Cela couvre les actifs financiers et les avantages économiques de toute nature, y compris le numéraire, les chèques, les créances en numéraire, les traites, les ordres de paiement et autres instruments de paiement, les dépôts auprès d'établissements financiers ou d'autres entités, les soldes en comptes, les créances et les titres de créance, les instruments de la dette au niveau public ou privé, et les titres négociés (notamment les actions et autres titres de participation), les certificats de titre, les obligations, les billets à ordre, les warrants, les titres non gagés, les contrats sur produits dérivés, les intérêts, les dividendes ou autres revenus d'actifs ou plus-values perçus sur des actifs, le crédit, le droit à compensation, les garanties, les garanties de bonne exécution ou autres engagements financiers, les lettres de crédit, les connaissements, les contrats de vente, tout document attestant la détention de parts d'un fonds ou de ressources financières, et tout autre instrument de financement à l'exportation – art. 1er des règlements (CE) n°2580/2001, « Al Qaida » et « DAECH » précités.

¹²⁷⁷ CJCE, 11 oct. 2007, Möllendorf et Möllendorf-Niehuus, C-117/06, §50 s. ; 29 avril 2010, M. e.a. c/ Her Majesty's Treasury, C-340/08, §§49- 56.

Dans le même sens également, quant à l'objectif des règlements portant adoption de mesures restrictives dans le cadre de la politique de lutte contre le terrorisme : CJCE, « Kadi I » précité, §169.

¹²⁷⁸ CJCE, e.a. c/ Her Majesty's Treasury, précité, §61 et conclusions de l'avocat général associées, §95. Egalement : art. 2 bis, §1, a) du règlement « Al Qaida » ; art. 5 du règlement « DAECH ».

328. *L'ambiguïté du caractère illimité de la mesure* – En effet, si le gel comme la confiscation reviennent à priver de l'usage d'un bien¹²⁷⁹, seule l'une est une dépossession en droit ; l'autre n'est qu'une dépossession de fait. La confiscation est définitive et opère un transfert de propriété ; s'agissant du gel, la privation, temporaire, n'affecte que le droit d'usage de propriété, pas la propriété elle-même¹²⁸⁰. Force est de constater que les mesures de l'article 75 ou 215, §2 TFUE ont effectivement été instituées en tant que mesures provisoires, devant faire l'objet d'un réexamen régulier, et « qui [ne sont] pas censée[s] priver les personnes concernées de leur propriété »¹²⁸¹. On ne manquera cependant pas de remarquer la formulation « n'est pas censé »... Le sous-entendu est renforcé par la concession faite quant à la gravité « considérable » de la mesure, tant au regard de la portée générale de la restriction à l'usage de la propriété qu'à celui de la durée qu'elle peut atteindre¹²⁸². Car quoiqu'en dise la Cour, le caractère potentiellement illimité de la privation n'est pas « prétendu »¹²⁸³ ; il est réel puisque la mesure peut être indéfiniment maintenue tant qu'il n'est pas établi que la personne visée n'est plus soupçonnée de participer au financement du terrorisme¹²⁸⁴. Et en réalité, en pratique, l'adoption provisoire de mesures restrictives tend à la permanence¹²⁸⁵.

329. A la lumière de ce dernier élément, on serait donc tenté de rapprocher les mesures restrictives des mesures de sûreté, dont l'une des caractéristiques principales est leur durée indéterminée, puisque celles-ci sont fondées sur un état dangereux qu'elles ont vocation à neutraliser aussi longtemps qu'il durera. A cet égard, le réexamen régulier des décisions adoptées corrobore le rapprochement. Toutefois, considérer que ces mesures restrictives sont fondées sur

¹²⁷⁹ En procédure pénale de l'Union, le gel s'entend de l'interdiction temporaire du transfert, de la destruction, de la conversion, de l'aliénation ou du déplacement d'un bien, ou le fait d'en assumer temporairement la garde ou le contrôle et la confiscation, d'une privation permanente d'un bien ordonnée par une juridiction en lien avec une infraction pénale (art. 2, §4 et 5 de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne).

¹²⁸⁰ En ce sens : TPICE, Kadi I, précité, §248 ; 21 sept. 2005, Yusuf et Al Barakaat International Foundation, aff. T-306/01, §299.

¹²⁸¹ CJUE, « Kadi I », §358 ; « Kadi II », C-584/10 P, §120 ; CJUE, « Al-Aqsa », §120 ; TUE, Yusef c/ Commission, précité, §62 ; Pye Phyto Pazyra c/ Conseil, précité, §157.

¹²⁸² Dans l'affaire « Kadi », la Cour reconnaît elle-même que si le gel n'est qu'une restriction à l'usage du droit de propriété, celui-ci est « considérable », en particulier au regard de sa durée en l'espèce, à savoir douze ans (CJUE, « Kadi II », précité, §120). V. également : CJUE, « Al-Aqsa », précité, §120.

¹²⁸³ CJUE, « Al-Aqsa », précité, §129.

¹²⁸⁴ En ce sens, CJUE, Al-Aqsa, §§111-113 ; Kadi II, §135-145.

¹²⁸⁵ Avis du haut-commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, « Report [...] on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism » du 2 septembre 2009 à l'attention de l'Assemblée générale des Nations unies, (document A/HRC/12/22) : « Les décisions individuelles d'inscription sur la liste étant actuellement illimitées dans le temps, elles peuvent aboutir à ce qu'un gel des avoirs temporaire devienne permanent » (point 42) – V. également : LABAYLE, H. Droit au procès équitable et lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne, in C. PICHERAL (dir.), Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne, Anthémis, 2012, p. 279-322, note 693.

un état de dangerosité est aussi discutable qu'il n'est pas exclusif de la reconnaissance qu'elles sont bien des peines.

3) *Le fondement de la mesure*

330. Une mesure fondée sur des faits passés punissables et raisonnablement objectivement établis - Le gel des ressources économiques pourrait être analysé comme « une sanction pénale, qui vise, pour sa part, des faits passés punissables, objectivement établis »¹²⁸⁶. Cependant, en exigeant du Conseil ou de la Commission qu'ils prennent, « pour fondement factuel de son appréciation, des décisions adoptées par des autorités compétentes ayant pris en considération des faits précis et agi sur leur base, puis de vérifier que lesdits faits sont bien des « actes de terrorisme » et le groupe concerné bien « un groupe », au sens des définitions de la position commune 2001/931, pour enfin décider, sur cette base et dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation, d'adopter éventuellement une décision au niveau de l'Union »¹²⁸⁷, ce sont bien sur des faits passés punissables, objectivement établis, que les mesures restrictives sont fondées. L'un des buts attribués au recours prévu devant les juridictions de l'Union va dans le même sens puisqu'il a notamment « pour fonction d'établir l'existence de preuves ou d'indices sérieux et crédibles de l'implication de la personne concernée dans des activités terroristes, considérés comme fiables par les autorités nationales »¹²⁸⁸ au-delà d'une simple « appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués »¹²⁸⁹. Si une mesure de sûreté tend à faire cesser une situation dangereuse indépendamment de toute idée de faute¹²⁹⁰, la Cour ne semble pas parfaitement indifférente à l'existence d'une telle faute lorsqu'elle relève qu'« il convient de prendre en considération le fait que (...) la requérante a contribué, par son comportement, à la situation qui a donné lieu à la situation ayant conduit à son inscription sur les

¹²⁸⁶ CJUE, « Kadi II », §75.

¹²⁸⁷ TUE, *LTTE c/ Conseil*, §191 ; *Hamas c/ Conseil*, §114 – dans le même sens : « il découle, par ailleurs, de l'économie générale de l'arrêt Kadi I de la Cour et, plus spécifiquement, de l'arrêt Kadi II du Tribunal, non remis en cause par l'arrêt Kadi II de la Cour, que (...) l'autorité compétente de l'Union a l'obligation d'examiner, avec soin et impartialité, le bien-fondé des motifs allégués (...) à la lumière des observations et des éventuels éléments à décharge produits par la personne concernée » : TUE, 21 mars 2014, *Yusef c/ Commission*, précité, §§91- 93 renvoyant à TUE «Kadi II », §§171 et 172 ; CJUE, « Kadi II », §114 et 135.

¹²⁸⁸ CJUE, « Al-Asqa », §69 et 105 – v. également : CJUE, « Kadi II » §136: « le juge de l'Union contrôle, notamment, le caractère suffisamment précis et concret des motifs invoqués dans l'exposé fourni par le comité des sanctions ainsi que, le cas échéant, le caractère établi de la matérialité des faits correspondant au motif concerné à la lumière des éléments qui ont été communiqués ».

Dans le même sens à propos du maintien des mesures : TUE, *LTTE c/ Conseil*, précité, §158.

¹²⁸⁹ CJUE, « Kadi II », §119.

¹²⁹⁰ LEGUNEHEC, F. et DESPORTES, F., *Droit pénal général*, Economica, 2007, n°572.

listes litigieuses »¹²⁹¹. Le Tribunal, quant à lui, a, à plusieurs reprises, employé la notion « d'imputation » dans son contrôle des motivations des décisions d'inscription¹²⁹². Or, « on ne peut tout à la fois dire d'une mesure qu'elle n'est pas une punition parce qu'elle ne découle pas d'une faute et [en approuver le bien-fondé] au motif qu'elle en procède en quelque manière »¹²⁹³. Sous ce prisme, alors, on en revient à envisager le « gel des avoirs » plutôt comme une peine de confiscation, « généralement fondée sur un schéma classique nécessitant d'établir deux éléments : d'une part, un lien entre les avoirs et une infraction, et d'autre part, un lien entre les avoirs et l'auteur de cette infraction »¹²⁹⁴.

331. Conclusion - L'analyse ainsi faite est minoritaire mais pas inédite. En effet, le Haut-Commissaire aux droits de l'homme des Nations-Unies en poste en septembre 2009 estimait ainsi que « les décisions individuelles d'inscription sur la liste étant actuellement illimitées dans le temps, elles peuvent aboutir à ce qu'un gel des avoirs temporaire devienne permanent, ce qui peut à son tour équivaloir à une peine criminelle en raison de la sévérité de la sanction »¹²⁹⁵. Le « système à deux niveaux instauré par la position commune 2001/931 »¹²⁹⁶, par lequel une décision nationale compense l'absence de compétence et de moyen d'investigation de l'Union¹²⁹⁷ et permet au Conseil ou à la Commission, dans le cadre de leur « pouvoir discrétionnaire d'appréciation »¹²⁹⁸, de « procéder lui-même à ses propres imputations factuelles autonomes »¹²⁹⁹ afin de décider de l'imposition ou du maintien d'une mesure restrictive, s'apparente très fortement à une condamnation à une peine. Trop fortement pour que l'absence de déclaration de culpabilité et la durée indéterminée des mesures prononcées et régulièrement réexaminées

¹²⁹¹ CJUE, « Al-Aqsa », précité.

¹²⁹² TUE, LTTE c/ Conseil, précité, §194-195 ; Hamas c/ Conseil, précité, §109.

¹²⁹³ *Mutatis mutandis* (« on ne peut tout à la fois dire d'une mesure qu'elle n'est pas une punition parce qu'elle ne découle pas d'une faute et en refuser l'application rétroactive au motif qu'elle en procède en quelque manière ») CONTE, P., Aux fous ?, Dr. pénal 2008, Repère 4, à propos de la rétention de sûreté en droit pénal français, à l'occasion de la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

¹²⁹⁴ BALLOT, T., Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale, RSC 2013 p. 321 et s.

¹²⁹⁵ Avis du haut-commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, précité, §42. Dans le même sens, MANACORDA, S. les qualifie de « mesures punitives relevant de la matière pénale » : Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen, RSC 2013, p. 927. Sceptiques, également, quant à la nature prétendue non pénale : CATELAN, N. (dir.), La lutte contre le terrorisme dans le droit et la jurisprudence de l'Union européenne, PUAM, 2014, p. 167.

¹²⁹⁶ TUE, Hamas c/ Conseil, précité, §126 et 127 ; LTTE, précité, §120 ; dans le même sens, TUE, 23 oct. 2008, OMPI c/ Conseil, aff. T-256/07 §117, 131.

¹²⁹⁷ TUE, LTTE c/ Conseil, précité, §120.

¹²⁹⁸ TUE, Sison c/ Conseil, précité, §59 ; Hamas c/ Conseil, §89 (et dans le même sens : §127).

¹²⁹⁹ TUE, Hamas c/ Conseil, précité, §121.

retiennent encore de faire complètement basculer les mesures restrictives anti-terroristes d'une « zone grise » à celles des peines.

332. Ainsi, l'absence de compétence pénale expresse n'est pas un obstacle insurmontable à l'édition et à l'imposition d'un droit répressif de nature pénale. Cependant, la méthode communautaire n'a pas été créatrice de sanctions qu'à l'égard de personnes juridiques de droit privé. Les traités comportent également des infractions et sanctions à destination des Etats. Avant de confronter ces dispositions aux réactifs du noyau dur pénal, se pose l'obstacle du principe de l'irresponsabilité pénale des Etats.

B- LES INFRACTIONS A DESTINATION DES ETATS MEMBRES

333. *L'Etat membre destinataire de sanctions, élément non exclusif d'une nature pénale*
- D'abord législateur conventionnel à la source même du droit de l'Union, l'Etat membre y est par la suite soumis. Cependant, s'il est bel et bien un sujet de cet ordre juridique, il en est un sujet particulier. Généralement exclusivement considéré comme entité souveraine, débitrice d'obligations de droit international public, il est également envisagé comme opérateur économique et peut, à ce titre, encourir des sanctions en cas de non-respect du droit de l'Union, tel qu'en matière d'aides d'Etat en droit de la concurrence¹³⁰⁰. Mais plus déroutantes sont les sanctions infligées au titre de ses agissements en tant qu'entité souveraine, ce qui est le cas lorsqu'il lui est reproché un manquement d'Etat ou une violation grave et persistante des valeurs de l'Union. Le principe classique du droit pénal selon lequel l'Etat n'est pas pénalement responsable, comme aucune de ses entités déconcentrées, décentralisées, autonomes ou autres régions agissant en lieu et place de l'autorité publique étatique, incite à rejeter fermement l'idée qu'un Etat puisse encourir une sanction pénale. Il ne s'agit pas de remettre en cause le principe selon lequel le détenteur du droit de punir ne peut y être lui-même soumis¹³⁰¹. Toutefois, précisément, dans l'ordre juridique de l'Union, l'Etat n'est pas le détenteur du droit de punir¹³⁰². Il

¹³⁰⁰ Art. 108 TFUE.

¹³⁰¹ L'Union en fait application dans la mesure où aucun des recours susceptibles de viser l'une des institutions n'interroge une qualification pénale. Inversement, de toutes les dispositions soulevant une telle interrogation, aucune ne vise une institution de l'Union.

¹³⁰² L'obstacle de la souveraineté n'est, pour certains auteurs, qu'une « prétendue justification » (LOMBOIS, C., droit pénal international, Dalloz, 2^{ème} éd., 1979, p. 39 ; dans le même sens : MASSE, M., La responsabilité des Etats, in DANTI-JUAN, M.

participe à son exercice en tant que membre du Conseil au cours de la procédure législative où, tout au plus, jouit-il de la possibilité de stopper le processus législatif, à certaines conditions et momentanément seulement¹³⁰³. Il est également détenteur d'un droit de punir d'exécution en droit interne, en vertu des principes de primauté et loyauté qui le rendent débiteur de l'obligation d'assurer l'exécution et la réalisation du droit de l'Union, au besoin par l'emploi du droit pénal¹³⁰⁴. Or, dans le 29ème ordre juridique que compte l'ensemble du système juridique de l'Union Européenne, il n'est pas (plus), individuellement, détenteur du droit de punir¹³⁰⁵. Par conséquent, rien ne semble s'opposer en principe à ce que l'Etat puisse être pénalement responsable¹³⁰⁶, sous

(dir.) la pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international, travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 2008-26, p. 76.

¹³⁰³ Puisqu'il est toujours loisible aux autres Etats membres, nonobstant le recours à la clause de frein par l'un d'eux, de poursuivre le processus législatif, sans celui-ci, en coopération renforcée.

¹³⁰⁴ En particulier lorsque le droit de l'Union impose la prévision d'une « sanction effective, proportionnée et dissuasive » en cas de non-respect de ses prescriptions par les destinataires de la réglementation. Dans ce cas, comme pour l'harmonisation des infractions, D. Zerouki-Cottin parle-t-elle de « la perte du droit de ne pas punir » (L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir, RSC 2011, p. 575). Plus largement et de manière plus neutre, E. Gindre parle d'un « renouvellement de la conception » de la souveraineté pénale (L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, p. 297). A titre plus général, sur la question de la perte de maîtrise du droit pénal par le législateur national : EOCHE-DUVAL, C., Droit pénal et souveraineté démocratique : la France est-elle en train de perdre la maîtrise de son droit pénal ?, RSC 2012, p. 305.

¹³⁰⁵ On pouvait encore considérer que tel était le cas sous l'empire des précédents traités en raison du régime juridique du troisième pilier où la règle de l'unanimité impliquait que l'ensemble des Etats membres consentent à l'adoption d'une décision-cadre.

¹³⁰⁶ Un « Etat qui viole l'ordre public international doit être jugé » (D. THIAM rapport, Assemblée générale des Nations Unies, Commission du droit international, document A/CN.4/449, du 25 mars 1993.) Dans le même sens : PELLA, V., La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir, 1926, v. également La guerre-crime et les criminels de guerre, réflexion sur la justice pénale internationale, Editions Pedone, 1946, p. 52 et s., n°22-23 ; DONNEDIEU DE VABRES, H., La théorie des délits de droit des gens en droit pénal international : RDI, de sc. dipl. et pol. 1950, vol. 28, p. 162 s. ; v. également , Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, Editions Sirey, 1937, p. 1038 et s., n°1866 et s., Les principes modernes du droit pénal international, ed. Panthéon Assas, 2004, rééd. 1928, p. 418 ; LOMBOIS, C, droit international pénal, Dalloz, 1979, p 44 ; MASSE, M., précité, p 86. Ainsi, en droit pénal international, la responsabilité pénale des Etats a-t-elle été envisagée (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité internationale, Commission du droit international des Nations Unies, dans la version antérieure à 1991). Le texte a toutefois été jugé « inacceptable », aussi bien d'un point de vue politique que scientifique, et a été réécrit (v. SPINEDI, M. la responsabilité de l'Etat pour crime : une responsabilité pénale ?, in ASCENCIO, H, DECAUX, E. et PELLET, A. (dir.), droit international pénal, Pedone, 2000 p. 94.

Contra : GLASER, S. considère que l'admission de la responsabilité pénale des Etats tient du « non-sens juridique » (La protection des droits de l'homme et la Charte des Nations Unies : RD pén. crim. 1949-1950, p. 376). SCHELLES, G., la considère comme « illusoire et souvent injuste, surtout, n'est pas de nature à prévenir les guerres » (Cours de droit international public, 1948, p. 970 et 971 ; dans le même sens : LOMBOIS, Droit pénal international, Dalloz, 2e éd., 1979, p. 100). Toutefois, les arguments avancés sont tous discutables. Celui d'une alimentation de « l'esprit de revanche », nourrissant les conflits et intensifiant les comportements criminels, est défendable dans le contexte des crimes de guerre et contre l'humanité, mais apparaît nettement moins pertinente dans le cadre qui nous occupe. L'obstacle de la fiction juridique de la personnalité morale n'en a jamais été un pour certains auteurs (en ce sens : DONNEDIEU DE VABRES, Les principes modernes du droit pénal international, précité, p. 422) et a, du reste, été dépassé par bon nombre d'Etats, et par l'Union, qui admettent la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé. Enfin, à l'argument tiré d'une responsabilité collective supportée par l'ensemble de la collectivité (v. par exemple : LOMBOIS, C, précité, p. 99, n°88), on opposera qu'admettant le principe de la responsabilité pénale des personnes morales de droit privé, l'obstacle de la responsabilité collective a été surmonté. Quant à la sanction supportée par l'ensemble de la collectivité, composée majoritairement de personnes physiques n'ayant pas individuellement participé ou adhéré à la commission de l'infraction (*contra* : BERKOVICZ, G., La place de la Cour pénale internationale dans la société des Etats : L'Harmattan – Logiques juridiques, 2005, p. 159), elle n'a pas été un frein à l'admission de la responsabilité pénale des collectivités locales hors délégation de service public. En outre, se soucie-t-on des répercussions financières de la responsabilité pénale des entreprises sur les employés... ? En revanche, il est vrai que la relation Etat-citoyen est différente de celle qui lie les personnes morales de droit privé à ses membres et soulève la délicate question de « l'appartenance forcée » (v. MASSE, M., la responsabilité des Etats, *in*

réserve que les infractions en cause, le manquement d'Etat (I) et la violation grave et persistante d'une valeur de l'Union (II), répondent aux critères d'une infraction pénale par nature en droit de l'Union.

I- Le manquement d'Etat

334. *Présentation générale* – Si le recours en manquement vise génériquement un manquement à une obligation issue des traités¹³⁰⁷, il convient toutefois de distinguer le recours en manquement simple du recours en manquement sur manquement, ou double manquement ; le second uniquement retiendra notre attention¹³⁰⁸ puisque seul celui-ci permet l'imposition d'une « somme forfaitaire » dont la nature réelle est loin d'être claire, ainsi que le suggère l'étude intitulée « l'obscur clarté de l'article 228, §2 TCE »¹³⁰⁹. En effet, ce mécanisme de sanction financière des Etats n'a pas d'équivalent en droit international classique¹³¹⁰, guère plus dans les ordres juridiques nationaux¹³¹¹. La pertinence de l'interrogation ne fait cependant pas l'unanimité.

335. *Technique juridique interne* – Il est vrai qu'« on pourrait déduire de la lettre des traités qu'en l'absence du mot « sanction » il n'y a aucune sanction possible contre les Etats. (...) [*Mais*] l'absence d'un mot, dans un texte, n'exclut pas nécessairement la présence d'une idée »¹³¹². Aussi, que les traités n'aient jamais qu'usé du terme « somme forfaitaire » n'exclut pas qu'il puisse s'agir d'une sanction. Il est d'ailleurs probable que l'appellation de « somme forfaitaire » relève plus d'une pudeur de langage conventionnel¹³¹³ qu'autre chose, faisant inconsciemment, et très

DANTI-JUAN, M. (dir.) la pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international, travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, 2008-26, p. 74).

¹³⁰⁷ Art. 258 et 260, §1, TFUE.

¹³⁰⁸ Le manquement simple ne donne lieu qu'à un arrêt en constatation de manquement, réponse juridictionnelle, certes, mais purement déclaratoire. Manifestement dépourvue de toute finalité punitive, la coloration pénale, à ce seul égard plus que faible, conduit à exclure le manquement simple du champ d'étude.

¹³⁰⁹ MASSON, B., L'obscur clarté de l'article 228, §2 TCE, RTD Eur., 2004, p. 639.

¹³¹⁰ MATERNE, T., La procédure en manquement d'Etat, Larcier, 2012, p.348 - En effet, dans des circonstances identiques, le système juridique du Conseil de l'Europe confie au Comité des ministres le soin de décider des mesures à prendre ; il peut par exemple suspendre la représentation de l'Etat défaillant au Comité des Ministres ou à l'Assemblée consultative (art. 46, Conv. EDH). Dans celui des Nations-Unies, si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt de la Cour [internationale de justice], le Conseil de sécurité peut, s'il le juge nécessaire, faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt (Art. 94, §2, de la Charte des Nations-Unies).

¹³¹¹ Certes, la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique, qui prévoyait l'imposition d'une astreinte uniquement en cas d'inexécution d'une décision condamnant l'Etat à payer une somme d'argent, a été abrogée.

¹³¹² PINGEL, I., rapport introductif, *in* : Les sanctions contre les Etats en droit communautaire », PINGEL, I. (dir.), Pedone, 2006.

¹³¹³ En effet, on remarquera une certaine réticence à employer une terminologie trop évocatrice lorsque la mesure considérée concerne un Etat. Ainsi, les sanctions économiques généralisées à l'encontre des Etats tiers sont qualifiées de mesures

commodément, obstacle à la question d'une éventuelle nature pénale. Le contexte formel est tout aussi neutre que le texte lui-même. L'article 260 TFUE est inséré parmi les dispositions relatives aux compétences de la Cour de Justice, indistinctement des autres recours. En jurisprudence, les avocats généraux ont toujours rejeté toute qualification pénale¹³¹⁴. La Cour ayant exclu que la procédure soit assimilée à une procédure civile¹³¹⁵, le double manquement a donc été opportunément qualifié de « procédure judiciaire spéciale d'exécution », procédure *sui generis* propre au droit de l'Union¹³¹⁶. De ce fait, les attentes de la Cour de Justice en matière de garanties procédurales connaissent quelques atténuations et doivent seulement « se concilier avec le caractère exécutoire de la procédure »¹³¹⁷. La somme forfaitaire est ainsi susceptible d'être infligée rétroactivement¹³¹⁸ et le principe *ne bis in idem*, pourtant fondamental dans toute procédure susceptible de conduire à l'imposition d'une sanction¹³¹⁹, n'a pas vocation à s'appliquer¹³²⁰. On objectera cependant que, en théorie, la nature de la procédure dicte le régime applicable¹³²¹. Cela étant, la doctrine, qui ne s'est qu'assez peu intéressée à la question de sa nature¹³²², considère également la somme forfaitaire comme une sanction, mais non pénale¹³²³, à l'exception toutefois

restrictives (art. 215, §1, TFUE). Hors droit de l'Union, la Charte des Nations-Unies, par exemple, n'emploie pas non plus le terme de sanction alors que l'on contestera difficilement cette nature lorsqu'il s'agit d'exclure un Etat de l'organisation (art.6) ou de suspendre son droit de vote (art. 19).

¹³¹⁴ Conclusions de l'av. gén. GEELHOED présentées le 18 nov. 2004 dans l'affaire C-304/02, Commission c/ France, §43 : l'interrogation sur la nature pénale est « hors sujet » ; Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 28 septembre 1999, dans l'aff. C-387/97, Commission c/ Rép. Hellénique, §41 : « il existe au moins une autre raison pour laquelle il ne [me] semble pas approprié de considérer la procédure de l'article [260] comme une action de nature pénale (...). Il y a quelque chose d'aberrant à reconnaître à un État défaillant les garanties qui sont reconnues à la personne poursuivie au pénal et qui découlent souvent du principe fondamental de la présomption d'innocence. Le monde à l'envers ! L'État, dont la première devise une société démocratique est le respect de la légalité, peut-il se prévaloir d'un quelconque privilège alors qu'il persiste à ne pas respecter cette même légalité ! » Pourtant, on ne saurait refuser à l'étranger en situation irrégulière l'exercice de l'ensemble des droits de la défense. Pas plus qu'on ne tolérerait la diminution de ceux accordés à toute personne qui aura commis une infraction pénale dans le cadre de ses fonctions de puissance publique.

¹³¹⁵ CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, §92 et 93.

¹³¹⁶ CJCE, 10 sept. 2009, Commission c/ Portugal, aff. C-457/07, §47 ; 12 juill. 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, §92.

¹³¹⁷ CJCE, Commission c/ France, précité.

¹³¹⁸ En ce sens, MASSON, B., précité.

¹³¹⁹ La Cour entend en effet faire « respecter les principes généraux du droit communautaire, et notamment celui de non-rétroactivité, dans toute procédure administrative susceptible d'aboutir à des sanctions » (notamment en matière de concurrence : CJCE, 28 janv. 2005, Dansk Rorindustri et autres c/ Commission, aff. jointes C-189/02, e.a., §258.

¹³²⁰ Conclusion de l'av. gén. KOKOTT présentées le 28 janv. 2010 dans l'aff. C-526/08, Commission c/ Luxembourg, §33 ; conclusions de l'av. gén. STICX-HACKL présentées le 12 mai 2005 dans l'aff. C-416/02, Commission c/ Espagne, §155 ; Conclusions de l'av. gén. GEELHOED présentées le 21 octobre 2004 dans l'aff. C-212/03, Commission/France, §23.

¹³²¹ En ce sens : BERGEL, J.-L., Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984, p. 258.

¹³²² Quoiqu'elles aient suscité, à leur introduction dans le droit de l'Union, d'autres questions, telles que sur l'évaluation de leur montant, le cumul éventuel avec l'astreinte, la mesure dans laquelle la Cour de Justice serait contrainte de s'en tenir au montant proposé par la Commission, etc... Pour des études sur la somme forfaitaire : MASSON, B., « L'obscurité clarté » de l'article 228, §2, CE, RTD eur. 2004, p. 639 ; MATERNE, T., La procédure en manquement d'Etat, Larcier 2012.

¹³²³ POELEMANS, M. ; « La sanction dans l'ordre juridique communautaire », Bruylant, 2004, p ; 44 s. ; CLEMENT-WILZ, L., « Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général – Observations sur l'affaire Commission c/ France, arrêt du 12 juillet 2005 », Cah. dr. eur., 2005, pp. 725-748, spéc. pp.735 et s. ; WILDEMEERSCH, J. et WATHELET, M., Double manquement et sanctions financières des Etats (article 228, §2 CE) : le point

de deux auteurs dont l'un estime qu'« il ne faut toutefois pas se voiler la face (...) s'il ne s'agit pas d'une sanction pénale qui n'ose pas s'avouer, on n'en est pas loin »¹³²⁴.

336. *Les Etats membres, un nombre de personnes déterminé à statut particulier ?* –

Dernier argument à la défaveur d'un caractère pénal, le manquement sur manquement semble ne viser qu'« un nombre déterminé de personnes à statut particulier » : les Etats membres. Cependant, contrairement au non-respect du pacte de stabilité et de croissance, en l'occurrence, l'ensemble des Etats membres est concerné, soit l'ensemble de la population virtuellement susceptible de commettre « l'infraction » ; le traité définit bien le manquement d'Etat comme le fait, pour un Etat, d'avoir « manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités »¹³²⁵. Dans le cadre de l'article 260, §3, cela est encore plus évident puisque seul un Etat membre peut faillir à la transposition d'une directive.

337. *Le bien juridique protégé* –

Le critère du bien juridique protégé, en revanche, va indiscutablement dans le sens d'un rattachement pénal. L'objectif de la procédure est « [d']assurer et garantir le rétablissement du respect de la légalité »¹³²⁶, l'ordre juridique communautaire, et partant, participe à l'intérêt général. De plus, le double manque ayant vocation à sanctionner l'Etat membre qui persiste dans l'insoumission au droit communautaire, il s'agit bel et bien de réprimer l'Etat pour son hostilité au droit de l'Union, à la supériorité de son droit et à l'autorité de la Cour¹³²⁷. A cet égard, et ainsi que l'a souligné un avocat général, si le manquement sanctionne la violation de l'Etat de droit et le respect de la légalité¹³²⁸, la première est bien une valeur de

après quinze ans, Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 2008, p. 324 et s. ; MATERNE, T., précité, p. 383 ; MASSON, B., précité, les qualifie d'« objet juridique non identifié », reconnaît que ces sanctions, en particulier la somme forfaitaire, « s'apparentent davantage à une sanction qu'il est possible de qualifier de pénale, en ce sens qu'elle semble punir l'Etat d'un comportement fautif », pour mieux réfuter ensuite une telle qualification.

Employant le terme de sanction, sans toutefois préciser sa nature : RIGAUX, A., Sanctions pécuniaires du manquement, note sous CJCE, 4 juin 2009 (2 espèces) et 7 juill. 2009, Commission c/ Grève, C-568/07, C-109/08 et C-369/07, Europe, août 2009, n°8, comm. 299. ; SIMON, D., Recours Juridictionnels - Recours en constatation de manquement - Effets des arrêts de manquement - Procédures Spécifiques, JCl Europe – Traité, Fasc. 381, 2011 ; MICHEL, V. les qualifie d'amendes : Manquement (recours en), Rep. dr. eur. Dalloz, n°71.

¹³²⁴ HERVOUËT F., Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ?, in Mélanges Couvrat, « La sanction du droit », PUF, 2001, p 250 ; DAVID, E., Eléments de droit de droit pénal international et européen, Bruylant, 2009, p. 1201 et s.

¹³²⁵ Art. 260, §1 TFUE.

¹³²⁶ CJCE, 12 juill. 2005, Commission c/ France aff. C-304/02, §93.

¹³²⁷ CJCE, Commission c/ France, précité, §30. Dans l'affaire Kaprianou c/ Chypre, la « nature pénale » de l'infraction litigieuse, « contempt of court » (mépris de la Cour) « ne prête pas à controverse » (CEDH, 27 janv. 2004, Req. n°73797/01, §31).

¹³²⁸ Conclusions de l'avocat général RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 28 septembre 1999 dans l'affaire C-387/97, Commission c/ Rép. Hellénique : « L'Etat, dont la première devise d'une société démocratique est le respect de la légalité, peut-il se prévaloir d'un quelconque privilège alors qu'il persiste à ne pas respecter cette même légalité ? ».

l'Union, au sens de l'article 2 TUE, qui emporte la seconde. Et pour l'aspect constitutionnaliste des théories supra-légales du bien juridico-pénal, la sanction du manquement est prévue par le traité lui-même, ce qui fait de l'objet de l'infraction – le respect de l'Etat de droit et de la légalité – un bien juridique méritant une protection pénale. La reconnaissance de la nature pénale de l'infraction ne dépend plus que de la présence des finalités propres à la répression pénale.

338. *Finalités punitive et préventive* - Pour la plupart des auteurs, la procédure, « incit[ant] un État membre défaillant à exécuter un arrêt en manquement et, par-là, d'assurer l'application effective du droit communautaire »¹³²⁹, ne constitue ni plus ni moins qu'une seconde voie d'exécution aux côtés de l'astreinte¹³³⁰. Que l'imposition d'une somme forfaitaire participe d'un objectif exécutoire n'est en aucun cas exclusif d'une finalité punitive. On admettra cependant que la Cour entretient l'ambiguïté quant aux fonctions de la somme forfaitaire. En faisant cause commune de la somme forfaitaire et de l'astreinte, elle semble effectivement la considérer comme une voie d'exécution¹³³¹. Pourtant, contrairement à l'astreinte, l'infliction d'une somme forfaitaire est indifférente à la persistance ou à la cessation du manquement¹³³²; le recours conserve son objet quand bien même le manquement aurait cessé¹³³³. Cette indifférence s'oppose à reconnaître que la somme forfaitaire n'a qu'une fonction exécutoire. La Commission l'a reconnue elle-même : « contrairement à l'astreinte, dotée d'une fonction persuasive en ce qui concerne le manquement en cours et destinée à prévenir sa persistance (...), la somme forfaitaire, qui est due indépendamment de l'attitude qu'adopte l'État membre concerné en ce qui concerne ledit manquement une fois rendu un tel arrêt, serait davantage destinée à sanctionner le comportement

¹³²⁹ CJCE, 12 juill. 2005, Commission c/ France, précité, §80 ; 9 déc. 2008, Commission c/ France, aff. C-121/07, §57.

¹³³⁰ MASSON, B., « L'obscurité clarté » de l'article 228, §2, CE, RTD eur. 2004, p. 639 ; TERCINET, J., « Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration ? », AJDA 1981, p. 3 : il s'agit d'une « sanction de l'ordre donné à une personne d'exécuter une décision de justice » ; SIMON D., « Le système juridique communautaire », PUF, 2001.

¹³³¹ Selon une formulation récurrente, la Cour affirme que la procédure « a pour objectif d'inciter un État membre défaillant à exécuter un arrêt en manquement et par là, d'assurer l'application effective du droit communautaire, (...) les mesures prévues par cette disposition, à savoir la somme forfaitaire et l'astreinte, visant toutes les deux ce même objectif » : CJCE, 12 juill. 2005, Commission/France, §80 ; 9 déc. 2008, Commission c/ France, aff. C-121/07, §57 ; 9 déc. 2008, Commission c/ France, soutenue par République tchèque, aff. C-121/07, §57 ; 7 juillet 2009, Commission c/ Rép. Hellénique, aff. C-369/07, §140 et 143 ; 10 sept. 2009, Commission c/ Portugal, C-457/07, §47. Dans ce sens également : Conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 28 septembre 1999 dans l'aff. C-387/97, Commission c/Rép. Hellénique, §32. « les sanctions économiques, infligées dans ces circonstances, ayant essentiellement pour but, à défaut de moyens plus appropriés, d'exercer une contrainte indirecte sur l'opérateur pour qu'il infléchisse son comportement dans un sens déterminé, et non de sanctionner un comportement illicite ».

¹³³² En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la Commission abandonne, logiquement, la demande de prononcé d'une astreinte lorsque l'État défaillant s'est conformé, en cours de procédure, à ses obligations communautaires. Voir : CJCE, 4 juin 2009, Commission c/ Grèce, aff. C-568/07 ; 10 sept. 2009, Commission c/ Portugal, aff. C-457/09.

¹³³³ Notamment : CJUE, 31 mars 2011, Commission c/ Rép. Hellénique, aff. C-407/09 ; 19 déc. 2012, Commission c/ Irl., aff. C-279/11 ; 30 mai 2013, Commission c/ Suède, aff. C-270/11 ; 29 oct. 2009, Commission c/ Italie, aff. C-249/08.

passé. Elle agirait ainsi à des fins dissuasive et préventive de la répétition d'infractions analogues»¹³³⁴. La somme forfaitaire n'a donc pas qu'un « aspect prospectif destiné à persuader l'Etat membre concerné de modifier son comportement plutôt qu'un aspect rétrospectif »¹³³⁵ - pour ne pas dire rétributif. En effet, la somme forfaitaire a manifestement des fonctions fondées sur des « préoccupations de l'ordre du punitif et de l'exemplatif »¹³³⁶. D'une part, pour la Cour, la somme forfaitaire « repose d'avantage sur l'appréciation des conséquences du manquement pour les intérêts publics et privés »¹³³⁷. D'autre part, allant dans le sens d'une équivalence avec l'appréciation du démerite du comportement de la personne¹³³⁸, la Cour prend en compte un « ensemble des éléments pertinents ayant trait tant aux caractéristiques du manquement constaté qu'à l'attitude propre à l'Etat membre concerné »¹³³⁹ : l'attitude de l'Etat concerné, la gravité du manquement au regard des intérêts publics et privés, et la persistance du manquement¹³⁴⁰. La prise en compte de l'attitude de l'Etat concerné, en particulier, exprime que le choix de recourir à la somme forfaitaire dépasse le seul défaut de conformité de la législation nationale, aussi persistant soit-il, et vise véritablement à sanctionner le comportement récalcitrant de l'Etat membre. Ainsi, en 2005, la Cour avait motivé l'imposition d'une somme forfaitaire compte tenu de ce que la France s'était non seulement maintenue en état de double manquement pendant 14 ans, mais avait en outre répondu avec « mollesse, rareté et (...) souvent inconsistance (...) aux différentes demandes d'information ou d'explication réclamées »¹³⁴¹ par la Commission.

339. En conclusion, si l'on concèdera que la réponse positive du critère de généralité de la norme au regard des destinataires peut prêter à discussion cela n'a pas fait obstacle, dans une espèce similaire, à la reconnaissance du caractère pénal d'une infraction qui avait pour objet « la bonne mise en œuvre des règles de l'administration publique »¹³⁴² dès lors que « l'amende infligée [visant] pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés était

¹³³⁴ CJCE, 9 déc. 2008, Commission c/ France, précité, §33.

¹³³⁵ MATERNE, T., La procédure en manquement d'Etat, Larcier 2012, p. 371.

¹³³⁶ RIGAUX, A., précité.

¹³³⁷ CJCE, 12 juill. 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02, §81-82 ; 9 déc. 2008, Comm. c/ France, précité, §58.

¹³³⁸ Ainsi qu'est définie la dimension rétributive de la peine, voir n°255.

¹³³⁹ CJUE, 19 déc. 2012, Commission c/ Irl., aff. C-347/11, §46-47 ; 7 juill. 2009, Commission c/ Grèce, aff. C-369/07, §145 ; 11 déc. 2012, Commission c/ Espagne, précité, §142.

¹³⁴⁰ CJCE, 12 juillet 2005, Commission c/ France, précité, §114 ; 9 déc. 2008, Commission c/ France, aff. C-121/07, §64 ; 4 juin 2009, Commission c/ Rép. Hellénique, aff. C-109/08, §52.

¹³⁴¹ RIGAUX A., Manquement sur manquement : la France expérimente le cumul des sanctions pécuniaires, Europe 2005, étude 10.

¹³⁴² CEDH, 16 fév. 2010, Albert c/ Roumanie, req. n°31911/03, §32 : l'infraction litigieuse n'est applicable qu'à « un nombre déterminé de personnes, à savoir les agents des autorités publiques ».

fondée sur des normes poursuivant un but à la fois préventif et répressif»¹³⁴³. Infraction à caractère pénal protégeant un bien juridique supra-légal indiscutable, puisque l'infraction est elle-même prévue par le traité, le double manquement constitue une infraction pénale par nature au regard du droit de l'Union. Et quoiqu'il puisse être déroutant qu'un Etat puisse être pénalement sanctionné, il ne s'agit pas là de la seule infraction pénale d'Etat. En effet, outre le domaine des aides d'Etat, versant étatique des infractions de la concurrence¹³⁴⁴, qui peut être sanctionné par « une variante du recours en manquement »¹³⁴⁵, prévue par l'article 108 TFUE et l'article 12 du règlement de procédure, la violation grave et persistante d'une valeur de l'Union est une autre euro-infraction d'Etat.

II- La violation grave et persistante d'une valeur de l'Union

340. Présentation générale du mécanisme de sanction de l'article 7 TUE – Introduit par le traité d'Amsterdam, l'article 7 TUE s'inspire de procédures ayant cours au sein du Conseil de l'Europe¹³⁴⁶ ou des Nations-Unies¹³⁴⁷ et démontre que l'adhésion de l'État membre aux valeurs prônées par l'Union dépasse la condition d'adhésion. Il s'agit d'une condition d'appartenance¹³⁴⁸, une obligation permanente¹³⁴⁹, puisque le Conseil européen peut, à l'unanimité et après approbation du Parlement, prononcer, à la majorité qualifiée, une suspension de certains droits de l'État membre, notamment le droit de vote de son représentant au Conseil¹³⁵⁰ en cas de violation grave et persistante d'une valeur de l'Union. Plus précisément, la violation d'une des valeurs de

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ En effet, « premièrement, il doit s'agir d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État. Deuxièmement, cette intervention doit être susceptible d'affecter les échanges entre États membres. Troisièmement, elle doit accorder un avantage à son bénéficiaire. Quatrièmement, elle doit fausser ou menacer de fausser la concurrence » (CJCE, 24 juill. 2013, Altmark, aff. C-280/00, §75).

¹³⁴⁵ CJCE, 3 juill. 2001, Commission c/ Belgique (Maribel), aff. C-378/98, §24 ; 4 fév. 1990, France c/Commission, dit «Boussac Saint Frères», aff. C-301/87, §23.

¹³⁴⁶ L'article 8 du statut du Conseil de l'Europe dispose que « tout membre du Conseil de l'Europe qui enfreint gravement les dispositions de l'article 3 peut être suspendu de son droit de représentation ».

¹³⁴⁷ L'article 6 de la Charte des Nations Unies prévoit que « si un Membre de l'Organisation enfreint de manière persistante les principes énoncés dans la présente Charte, il peut être exclu de l'Organisation par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité ».

¹³⁴⁸ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur l'article 7 du Traité sur l'Union Européenne – respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, 15 oct. 2003, COM(2003) 606 final, p. 5.

¹³⁴⁹ ANTON, M., commentaire de l'article 7 TUE, in LEGER, P. (dir.), Union Européenne, Communauté européenne : commentaire article par article des traités UE et CE, Dalloz, Bruylant, 1999.

¹³⁵⁰ Art. 7, §3, TFUE - Un premier volet procédural, applicable en cas de risque de violation grave par un État des valeurs de l'Union, seulement, ne retiendra pas outre mesure notre attention puisqu'il ne peut donner lieu qu'à une mise en garde, éventuellement assortie de recommandations (Art. 7, §1 TUE).

l'Union¹³⁵¹ doit tout d'abord être grave, ce qui doit s'apprécier tant au regard de la gravité intrinsèque de la violation que de la nature des faits dénoncés, de la ou des valeur(s) transgressée(s) ou encore des personnes victimes (minorité religieuse ou ethnique ou personnes vulnérables, par exemple)¹³⁵². Au-delà, la notion emporte l'idée que la vocation de l'article 7 est de sanctionner un problème systémique, et non les situations individuelles, dont la cause peut être entendue par la Cour de Justice - dans le domaine de l'application du droit de l'Union - ou la Cour EDH¹³⁵³ ; l'exigence d'une violation « persistante » implique qu'elle soit avérée¹³⁵⁴ et perdure dans le temps¹³⁵⁵.

341. *La technique juridique interne: a priori fortement non pénal* – Le vocable institutionnel est clairement dénué de toute coloration pénale. Le traité parle de « violation » et non « d'infraction », et rien d'autre dans l'article 7 n'est pénalement évocateur. Quant à la procédure de sanction, elle se déroule en « huis-clos institutionnel » ; seules les institutions de l'Union y participent et peuvent la déclencher¹³⁵⁶, un trait disciplinaire renforcé par la saisie du Conseil européen, et non du Conseil. En outre, la Cour de Justice ne jouit pas d'une compétence de pleine juridiction, son contrôle ne peut porter que sur le respect des prescriptions de procédures¹³⁵⁷. En doctrine, la sanction est qualifiée de politique¹³⁵⁸. Enfin, sous l'angle du droit comparé, la violation grave et persistante d'une valeur de l'Union n'est pas sans rappeler la

¹³⁵¹ Qui sont : le respect de la dignité, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit, le respect des droits de l'homme y compris des minorités (art. 2 TUE). Les « éléments additionnels » qui sont le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre homme et femme » ne peuvent servir de fondement à une procédure de l'article 7 (v. PRIOLLAUD, F.-X., SIRITZKY, D., *Le Traité de Lisbonne, commentaire article par article, commentaire de l'article 2 TUE*, La documentation française, 2008, p. 33).

¹³⁵² Communication de la Commission sur l'article 7 du Traité sur l'Union Européenne, précité, p. 8 - en ce sens également : SCHMITT von SYDOW, H., « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et Etat de droit : analyse de l'article 7 du traité UE », RDUE, n°2/2001, p. 295 et s.

¹³⁵³ Communication de la Commission sur l'article 7 du Traité sur l'Union Européenne, précité, p. 7.

¹³⁵⁴ Contrairement au risque de violation, du paragraphe 1.

¹³⁵⁵ Elle pourrait résulter d'une simple pratique administrative ou politique de la part des autorités de l'Etat membre en question. Il est possible que ce texte ou cette pratique ait fait l'objet de plaintes ou de recours judiciaires internes et internationaux (Communication de la Commission sur l'article 7 du Traité sur l'Union Européenne, précité, p. 7) mais semble en revanche exclure d'être appliqué à une violation grave, voire particulièrement grave, mais qui aurait été limitée dans le temps, telle la répression violente d'un mouvement de contestation populaire.

¹³⁵⁶ Peuvent engager la procédure, les États membres ou Commission en tant que gardienne des traités. Le Conseil européen est l'instance décisionnelle, sur approbation du Parlement européen (art. 7, §2 et 3).

¹³⁵⁷ Art. 269 TFUE.

¹³⁵⁸ MICHEL, V., *V^o Union Européenne (Traité de Lisbonne)*, Rep. Droit communautaire, Dalloz, n°47 ; POELEMANS, M., *La sanction dans le système répressif communautaire*, LGDJ, p. 51 et s. ; HERVOUET, F., *Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ?*, in *La sanction du droit*, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, Publication de la faculté de droit des sciences sociales de Poitiers, PUF, 2001, p. 245 ; PINGEL-LENUZZA, I., « La garantie politique », in SUDRE, F. et LABAYLE, H. (dir.), *Réalité et Perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, p. 428 ; MONJAL, P.-Y., *Le traité d'Amsterdam et la procédure en constatation politique de manquement aux principes de l'Union*, RMUE 1998, p. 69. Dans le même sens : Communication de la Commission « Stratégie pour la mise en œuvre efficace de la charte des droits fondamentaux de l'Union » du 19 octobre 2010, §1.3.3 - COM(2010)573 final.

violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général¹³⁵⁹, déclinaison du fait internationalement illicite¹³⁶⁰ qualifié de crime international par la Commission de droit international des Nations-Unies. Et à confronter la violation grave et persistante d'une valeur de l'Union aux critères de l'infraction pénale par nature en droit de l'Union, la disposition y répond très positivement¹³⁶¹.

342. La protection d'un bien juridico-pénal en droit de l'Union - Le reproche d'une violation grave et persistante des valeurs de l'Union au sens de l'article 2 TUE vise très exactement les biens juridiques du noyau dur pénal de l'Union¹³⁶². Ceci permet alors de relativiser le caractère général discutable de l'infraction¹³⁶³. En effet, la majorité des euro-infractions de l'article 83, §1, TFUE ne protègent-elles pas toutes une ou plusieurs valeurs et « éléments additionnels » énoncés à l'article 2, TUE¹³⁶⁴ ? Et n'est-ce pas le cas, plus généralement, des infractions relevant du droit pénal traditionnel et formant le noyau dur pénal de la Cour EDH ? De sorte que si l'article 7 TUE ne vise que les Etats, l'infraction peut toutefois s'analyser comme une disposition générique permettant de sanctionner des personnes exclues du champ du droit pénal *stricto sensu* pour des faits relevant traditionnellement du droit pénal. Reste à confronter l'existence des finalités dissuasive et punitive à l'endroit d'une sanction majoritairement considérée comme de nature politique.

¹³⁵⁹ En effet, la responsabilité pour « fait internationalement illicite », défini comme « une action ou une omission attribuable à l'Etat en vertu du droit international » et constituant « une violation d'une obligation internationale » s'applique « une violation grave par l'Etat d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général » lorsqu'elle « dénote de la part de l'Etat responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation ». Cette infraction peut donc être rapprochée de la violation grave et persistante des valeurs de l'Union puisque le respect de celles-ci s'impose au plan international par leur proclamation explicite ou implicite par la déclaration universelle des droits de l'homme, en particulier. Et la violation d'une norme impérative de droit international général doit présenter un certain degré de gravité et de persistance (voir en ce sens : commentaire de l'article 40, projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y étant relatifs, Commission du droit international des Nations-Unies, 2001) comme l'infraction de l'article 7, §3 TUE.

¹³⁶⁰ Plus que le manquement d'Etat que T. MARTERNE a rapproché de l'article 7 TUE – v. MATERNE, T, précité, p. 348.

¹³⁶¹ S'agissant du critère de la généralité de la norme, l'article 7 vise l'ensemble des Etats membres qui apparaissent constituer un « groupe de personnes déterminé à statut particulier ». Cela n'étant pas nécessairement exclusif de la reconnaissance du caractère pénal d'une disposition répressive (V. notamment, CEDH, 16 fév. 2010, Albert c/ Roumanie, req. n°31911/03).

¹³⁶² Voir, n°266-268.

¹³⁶³ En effet, l'article 7 vise l'ensemble des Etats membres qui apparaissent constituer un « groupe de personnes déterminé à statut particulier ». Cela n'étant pas nécessairement exclusif de la reconnaissance du caractère pénal d'une disposition répressive (V. notamment, CEDH, Albert c/ Roumanie, précité).

¹³⁶⁴ A savoir : la dignité humaine, la liberté, la démocratie, l'égalité, l'État de droit, le respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités, le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes.

343. *Les finalités dissuasive et punitive* – La constatation de la violation effective d'une valeur de l'Union peut être sanctionnée par la suspension d'un droit découlant des traités, notamment le droit de vote au Conseil¹³⁶⁵. En raison de son objet, la suspension d'un droit d'un Etat est indiscutablement une sanction de nature politique selon une typologie qui opposerait les sanctions patrimoniales, privatives de liberté, pécuniaire, etc... Toutefois, cette conception de la « nature » de la sanction ne préjuge pas de ce qu'elle puisse présenter les caractères de la sanction pénale que sont les finalités dissuasive et punitive¹³⁶⁶. A cet égard, la sanction de suspension d'un droit, quel qu'en soit son objet exact, qui vient frapper l'Etat membre dans l'immanence de sa souveraineté n'est pas anodine¹³⁶⁷, et apparaît à même de remplir les fonctions de dissuasion et de punition, en particulier s'il s'agit du droit de vote au Conseil. Certes, la sanction n'étant pas prononcée pour une durée déterminée et pouvant être révoquée si la situation a favorablement évolué¹³⁶⁸, elle « s'apparente d'avantage à une astreinte visant à contraindre » l'Etat membre « à revenir aux principes démocratiques »¹³⁶⁹. Toutefois, le fait qu'une sanction présente une finalité exécutoire n'exclut pas nécessairement qu'elle soit également dissuasive et punitive. Or, en voyant suspendu son droit de vote au Conseil, l'Etat membre se voit alors réduit à l'état de spectateur d'une construction économique, politique et juridique qui s'imposera à lui sans avoir pu participer au processus décisionnel¹³⁷⁰. Cette mesure, la seule expressément mentionnée, vient neutraliser l'expression du pouvoir de l'Etat qui aura enfreint les valeurs de l'Union dans l'exercice de ses

¹³⁶⁵ Art. 7, §3 TUE. L'article ne mentionne à titre indicatif que la suspension du droit de vote du représentant au Conseil, mais il pourrait également s'agir d'autres droits, tels que la présidence du Conseil, le droit d'initiative législative en matière pénale et/ou en politique étrangère par exemple.

¹³⁶⁶ Par exemple, bien que les déchéances et interdictions d'exercer une profession ou d'un droit ayant permis la réalisation de l'infraction, soient parfois considérées comme relevant de la contestation sur des droits et obligations à caractère civil (RENUCCI, J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 102, p.457 ; FARINA-CUSSAC, J., *La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et la Cour EDH, éléments pour une comparaison*, RSC, 2002, p. 517), « l'interdiction d'exercer certaines professions (politiques ou juridiques) pendant une longue période peut avoir un impact très grave sur une personne en la privant de la possibilité de poursuivre sa vie professionnelle » de sorte qu'au regard de « la gravité de la sanction encourue », « une telle mesure (...) doit donc passer pour revêtir un caractère au moins en partie répressif et préventif » (CEDH, 30 mai 2006, *Matyjek c/ Pologne*, req. n°8184/03).

¹³⁶⁷ M. POELEMANS observe que « la privation des droits de vote du représentant d'un Etat membre au sein du Conseil (...) est des plus symbolique ; d'une part quant aux conséquences politiques qu'elle entraîne, d'autre part quant à l'effet psychologique qu'elle induit », in *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, LGDJ, p. 57-58.

La Commission évoque la mise en œuvre de l'article 7 TUE comme une « option nucléaire » face à un Etat membre enfreignant les principes de l'Etat de droit (Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 1 mars 2014 « un nouveau cadre de l'Union pour renforcer l'état de droit », §1 – COM(2014)158 final).

¹³⁶⁸ En toute logique, elle est destinée à l'être dans la mesure où, sauf à ce que la procédure débouche sur la sortie de l'Union de l'Etat concerné, on imagine difficilement qu'un Etat soit durablement membre tout en étant privé de son droit de vote.

¹³⁶⁹ PRIOLLAUD, F.-X., SIRITZKY, D., *Le Traité de Lisbonne, commentaire article par article, commentaire de l'article 7*, spéc. p. 51, La documentation française, 2008.

Dans le même sens, Mme Reding, répondant au nom de la Commission à une question écrite d'un parlementaire européen évoqua les finalités de la procédure dans les termes « correctif et préventif » (réponse écrite à la question P.286/12, 6 mars 2012).

¹³⁷⁰ En effet, l'Etat membre ainsi sanctionné reste, quoiqu'il arrive, tenu par les obligations qui lui incombent en vertu des traités (art. 7, §3, al. 3, TFUE).

prérogatives étatiques. La sanction qui, à l'image de la confiscation, « frappe le délinquant là où il a fauté »¹³⁷¹ possède ainsi une dimension rétributive caractéristique de la sanction pénale. Enfin, on ne peut qu'adhérer à la réflexion du Professeur M. DELMAS-MARTY, certes formulée à l'égard des requêtes devant la Cour EDH : la constatation publique d'une violation des droits de l'homme a une « portée symbolique (...) indiscutable »¹³⁷². Associée aux autres éléments favorables, cela autorise à considérer l'article 7, §3 TUE comme une infraction pénale par nature en droit de l'Union, une seconde infraction pénale à destination d'un Etat.

CONCLUSION DE LA SECTION

344. *Des sanctions pénales, donc une compétence pénale, inavouées* - Alors qu'« en principe, la législation pénale et la procédure pénale relèvent de la compétence des États membres »¹³⁷³, cela n'a pas empêché les institutions de l'Union de prévoir et d'infliger elles-mêmes des sanctions de nature pénale. Cela est-il contradictoire ? Pas nécessairement. D'une part, à tout principe, des exceptions. D'autre part, s'agissant d'infractions et de sanctions prévues par les traités eux-mêmes, elles échappent à la question de la compétence de l'Union pour légiférer en droit pénal ; ces infractions et sanctions ont été approuvées par les Etats membres par leur signature des traités, indépendamment de la question de leur qualification juridique¹³⁷⁴. Reste la question de celles prévues par le droit dérivé, en droit de la concurrence ou en matière de non-discrimination sur le marché intérieur, par exemple. Les traités ont prévu l'adoption d'outils de droit dérivé pour garantir le respect des interdits anti-concurrentiels et discriminatoire en matière de transport, toutefois, ces derniers n'ont pas précisé la nature des sanctions que les institutions pouvaient prévoir. La question de la légitimité et de légalité de ses dispositions est plus délicate et sera plus amplement développée ultérieurement¹³⁷⁵. Pour le moment, on retiendra qu'en tout état de cause, elles existent et viennent déjà augmenter le corpus pénal de l'Union. Dans la mesure où, la prétendue incompétence de l'Union pour punir ne l'a pas empêché de

¹³⁷¹ MATSOPOULOU, H., La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal, RSC 1995 p. 301.

¹³⁷² DELMAS-MARTY, M., Interdire et punir : le clonage reproductif humain, RTDH, 2003, n°54, p. 434.

¹³⁷³ En ce sens, notamment : 11 nov. 1981, Casati, 203/80, §27; 2 fév. 1989, Cowan, 186/87, §19 ; 16 juin 1998, Lemmens, C-226/97.

¹³⁷⁴ De surcroît, dans le cas des mesures restrictives, leur régime juridique actuel étant celui de la PESC, elles ont été adoptées à l'unanimité des Etats membres.

¹³⁷⁵ Voir infra, n°746-749, 757-759.

l'exercer quand même, on imagine aisément que, parmi les infractions et sanctions indirectes et nationales qualifiées de non pénale, certaines le sont malgré tout.

SECTION 2 : LES INFRACTIONS ET SANCTIONS INDIRECTES

345. *Typologies des sanctions indirectes* – La méthode « nationale » d'imposition de la sanction est la première méthode de sanction du droit de l'Union. Cette méthode est celle par laquelle les institutions de l'Union « ne prescrivent, ni n'imposent, ni n'appliquent elles-mêmes les sanctions »¹³⁷⁶. L'obligation découle alors au premier titre de l'article 4 TUE selon lequel « les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union ». En raison de son imprécision, cette méthode de sanction s'inscrit, avec d'autres cas de figure, dans la « zone grise » du champ pénal de l'Union (§3). La méthode « mixte » est celle par laquelle le législateur de l'Union impose, de manière plus ou moins précise, l'obligation de sanctionner les violations du droit communautaire. Légitimé par l'existence même d'une compétence normative, il était tacitement entendu qu'il ne pouvait s'agir d'un pouvoir de punir. A les confronter aux critères du champ pénal, il s'avère qu'un certain nombre ont une nature pénale (§2). Et là encore, afin de correctement mettre en perspective les frontières du champ pénal de l'Union, il est intéressant d'aborder préalablement certaines dispositions ne relevant pas du champ pénal (§1).

§1- LES INFRACTIONS ET SANCTIONS INDIRECTES NON PENALES

346. *Intérêt méthodologique* - L'obligation de prévision de sanction formulée par le législateur de l'Union à destination des États membres, la méthode indirecte de sanction, se prête particulièrement bien à la confrontation de la pertinence de la méthodologie du noyau dur pénal par rapport à la méthodologie « Engel ». En effet, les nombreuses réglementations techniques édictées par l'Union sont fréquemment porteuses d'une obligation relativement détaillée de

¹³⁷⁶ PRADEL, J., CORSTENS, G. et VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, coll. Précis., 2009, 3^{ème} éd., p. 690. Dans le même sens, sous l'appellation de sanctions nationales : STUYCK, J. et DENYS, C., Les sanctions communautaires, in TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., La justice pénale et l'Europe, Bruylant, 1996, p. 424.

sanction. Nonobstant un possible rattachement à « la matière pénale » au sens de l'article 6, §1 de la Convention EDH, bon nombre ne remplissent pas les critères du champ pénal de l'Union européenne, strictement ramené à un champ pénal par nature, même lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre normatif de l'ELSJ (A) ou que la réglementation en cause participe à la protection d'un bien juridique supra-légal (B).

A- LES SANCTIONS A DESTINATION DES TRANSPORTEURS AERIENS : LE VOLET
ADMINISTRATIF DE LA POLITIQUE « VISA, ASILE ET IMMIGRATION »

347. *Nature administrative* - La directive 2004/82¹³⁷⁷ prévoit, lorsqu'un transporteur aérien n'a pas, « par faute », satisfait à son obligation de communiquer les renseignements relatifs aux passagers entrant sur le territoire d'un État membre¹³⁷⁸, notamment l'imposition d'une « sanction pécuniaire »¹³⁷⁹ d'un montant maximal situé entre 3 000 et 5 000 euros, ou l'équivalent en monnaie nationale¹³⁸⁰. Si le montant de la sanction n'est pas, en lui-même, particulièrement punitif, son infraction, commandée par l'existence d'une « faute » de la compagnie aérienne, fût-elle de négligence ou d'inattention semble-t-il (rien n'exige qu'elle soit intentionnelle), ne s'inscrit pas exactement comme la contrepartie d'une réglementation particulière dans laquelle l'opérateur s'est librement inséré¹³⁸¹. Cependant, l'infraction de non transmission d'informations relatives aux passagers aériens s'analyse bel et bien comme une infraction d'essence administrative. Bien que cette réglementation soit présentée comme participant à l'arsenal de l'Union contre l'immigration illégale¹³⁸², cette délinquance n'est pas mentionnée à l'article 83, §1 TFUE et n'est d'ailleurs pas, en elle-même, une euro-infraction. Seule l'aide à l'immigration clandestine est une euro-

¹³⁷⁷ Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers.

¹³⁷⁸ Art. 3 de la directive - dont leur état civil, le numéro et le type du document de voyage utilisé, les heures et lieux d'embarquement et d'entrée sur le territoire d'un État membre.

¹³⁷⁹ D'autres sanctions peuvent être prévues, telles que l'immobilisation, la saisie et la confiscation du moyen de transport, ou la suspension temporaire ou le retrait de l'autorisation d'exploitation (art. 4, §3 de la directive). Ces sanctions ou des sanctions analogues font l'objet de développements distincts auxquels nous renvoyons (pour la confiscation, voir infra n°383; pour la suspension temporaire ou le retrait de l'autorisation d'exploitation, voir infra n°384).

¹³⁸⁰ Art. 4, §1 de la directive.

¹³⁸¹ Quand « l'individu ne détient pas une liberté initiale, mais s'insère dans une réglementation, la sanction est créée pour faire respecter cette réglementation. Le médecin qui méconnaît le code de déontologie pourra être interdit d'exercice de sa profession. Le propriétaire d'un débit de boissons pourra voir fermer son établissement s'il ne respecte pas la législation relative à cette activité. Mais si la sanction n'a plus aucun rapport avec la réglementation qu'elle tend à faire respecter, elle devient alors une punition » - DEGOFFE, M., L'ambiguïté de la sanction administrative, AJDA 2001, p. 29.

¹³⁸² Point 1 du préambule de la directive.

infraction¹³⁸³. Or, on ne saurait considérer la non-transmission d'informations relatives aux passagers aériens comme une forme d'aide à l'immigration clandestine.

348. Ces dispositions réglementant l'exercice d'une activité édictées à des fins préventives, une réglementation purement administrative, ne relèvent donc pas du champ pénal de l'Union européenne. Il en va de même de certaines infractions au droit de l'environnement de l'Union.

B- LES INFRACTIONS ADMINISTRATIVES CONCOURANT A LA PROTECTION
D'UN BIEN JURIDIQUE : L'EXEMPLE DE L'ENVIRONNEMENT

349. *L'environnement, bien juridico-pénal* - La protection de l'environnement et de l'amélioration de sa qualité conformément au principe de développement durable est indiscutablement un bien juridico-pénal¹³⁸⁴. Pour autant, tous les actes adoptés et contribuant à la protection de l'environnement ne sauraient être considérés comme des infractions pénales par nature. Tel est notamment le cas de l'émission excédentaire de gaz à effet de serre et non restitution de quotas et de la pêche illicite non autorisée ou non réglementée (pêche INN) qui s'emploient d'abord à faire respecter des règlementation administrative.

350. *L'émission excédentaire de gaz à effet de serre et non restitution de quotas* – Dans le cadre du système « pollueur-payeur » destiné à favoriser la réduction des émissions de gaz à effet de serre, les articles 16, §3 et 4 de la directive 2003/87 prévoient l'imposition d'une amende pour tout exploitant qui ne restitue pas un nombre de quotas suffisant pour couvrir ses émissions de l'année précédente¹³⁸⁵. « Cette mesure vise moins à sanctionner les entreprises et collectivités qui ne respecteraient pas leur obligation de restitution qu'à garantir le bon fonctionnement du système communautaire d'échanges de quotas d'émission »¹³⁸⁶. D'une part, ces dispositions ne visent qu'un groupe déterminé à statut particulier : seules certaines installations émettant certains

¹³⁸³ Voir n°290 et 554-556.

¹³⁸⁴ Voir supra, n°286.

¹³⁸⁵ Art. 16, §3 « Les États membres s'assurent que tout exploitant qui, au plus tard le 30 avril de chaque année, ne restitue pas un nombre de quotas suffisant pour couvrir ses émissions de l'année précédente, soit tenu de payer une amende sur les émissions excédentaires. Pour chaque tonne d'équivalent-dioxyde de carbone émise par une installation pour laquelle l'exploitant n'a pas restitué de quotas, l'amende sur les émissions excédentaires est de 100 euros. (...) »

§4. Au cours de la période de trois ans qui débute le 1er janvier 2005, pour chaque tonne d'équivalent-dioxyde de carbone émise par une installation pour laquelle l'exploitant n'a pas restitué de quotas, les États membres appliquent des amendes sur les émissions excédentaires d'un niveau inférieur, qui correspond à 40 euros ».

¹³⁸⁶ En ce sens : *Ibid.*

gaz à effet de serre sont concernées¹³⁸⁷. Mais surtout, pour autant que la protection de l'environnement soit une préoccupation importante pour l'Union, qu'il s'agisse d'un bien juridique protégé et que la question particulière du réchauffement climatique soit abordée dans le traité, le système du « pollueur-payeur » repose sur une autorisation préalable¹³⁸⁸ dont la sanction apparaît avoir principalement pour objectif de contraindre le pollueur concerné à respecter la réglementation, celui-ci n'étant pas délié de son obligation de restitution d'excédant l'année civile suivante¹³⁸⁹. Du reste, la symbolique de désapprobation sociale associée à la qualification pénale nous apparaît difficilement conciliable avec un système d'autorisation préalable. On ne peut tout à la fois organiser la pollution par l'émission des gaz à effet de serre et considérer que l'atteinte à l'environnement par ces mêmes émissions de gaz est bien juridico-pénal. A ces égards, l'infraction ne saurait être affiliée au champ pénal de l'Union Européenne.

351. Les infractions graves de pêche « INN » - Rattaché à la politique commune de pêche, le règlement 1005/2008/CE¹³⁹⁰ prévoit diverses mesures et sanctions¹³⁹¹ pour les « infractions graves » de pêche INN¹³⁹², dont une « sanction maximale d'un montant égal à au moins cinq fois

¹³⁸⁷ Art. 1, §1 de la directive : La présente directive s'applique aux émissions résultant des activités indiquées à l'annexe I et aux gaz à effet de serre énumérés à l'annexe II.

¹³⁸⁸ Art. 4 de la directive : « Les États membres veillent à ce que, à partir du 1er janvier 2005, aucune installation ne se livre à une activité visée à l'annexe I entraînant des émissions spécifiées en relation avec cette activité, à moins que son exploitant ne détienne une autorisation délivrée par une autorité compétente conformément aux articles 5 et 6, ou que l'installation ne soit temporairement exclue du système communautaire conformément à l'article 27 ».

¹³⁸⁹ Art. 16, §3 et §4 de la directive : « (...) Le paiement de l'amende sur les émissions excédentaires ne libère pas l'exploitant de l'obligation de restituer un nombre de quotas égal à ses émissions excédentaires lors de la restitution des quotas correspondant à l'année civile suivante ».

¹³⁹⁰ Règlement (CE) 1005/2008 du Conseil du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, modifiant les règlements (CEE) n°2847/93, (CE) n°1936/2001 et (CE) n°601/2004 et abrogeant les règlements (CE) n°1093/94 et (CE) n°1447/1999, JOUE L 286 du 29 oct. 2008.

¹³⁹¹ L'article 43 du règlement 1005/2008 prévoit différentes mesures exécutoires immédiates destinées « à éviter la poursuite de l'infraction grave concernée et à permettre aux autorités compétentes de mener à bien l'enquête sur cette infraction ». Ces mesures ne sauraient être considérées comme des sanctions. Quant aux sanctions accessoires prévues par l'article 45 du règlement, la mise sous séquestre du navire de pêche impliqué dans l'infraction, l'immobilisation temporaire du navire de pêche et la saisie des engins, des captures et des produits de pêche interdits s'apparentent à des confiscations, qui font l'objet d'autres développements (voir n°383). Il en va de même de la suspension ou du retrait de l'autorisation de pêche, de la réduction ou du retrait des droits de pêche et de la suspension ou du retrait du statut d'opérateur économique agréé constituent des interdictions d'exercer (voir n°384). S'agissant de l'exclusion temporaire ou permanente du droit à obtention de nouveaux droits de pêche, de l'interdiction temporaire ou permanente de bénéficier de subventions ou d'un soutien public, cela s'apparente à de la privation d'un avantage octroyé et à l'exclusion du régime d'aide (voir n°357).

¹³⁹² A savoir : les activités considérées comme de la pêche « INN » conformément aux critères établis par le règlement, la réalisation d'opérations économiques concernant directement la pêche « INN », et enfin la falsification de documents visés par le présent règlement ou l'utilisation de ces faux documents ou de documents non valables (art. 42 du règlement 1005/2008). Constituent également des infractions graves au sens du même article, la non-transmission d'une déclaration de débarquement ou d'une note de vente ayant eu lieu dans le port d'un pays tiers, le fait de trafiquer un moteur dans le but d'en augmenter la puissance au-delà de la puissance continue maximale indiquée dans le certificat, et le fait de ne pas débarquer toutes les espèces soumises à quota capturées au cours d'une opération de pêche (art. 90 du règlement (CE) 1224/2009 du Conseil du 20 novembre 2009 instituant un régime communautaire de contrôle afin d'assurer le respect des règles de la politique commune de la pêche).

la valeur des produits de la pêche » portée à dix fois en cas d'infraction répétée¹³⁹³. Quoique qualifiée d' « administrative », l'incrimination présente plusieurs caractères pénaux. Le montant de l'amende fixé par pourcentage¹³⁹⁴, et non de manière fixe, ajouté au fait que les Etats membres sont incités à prévoir la prise en compte de la gravité de l'infraction commise, exprime un rapport d'équivalence désapprobation du comportement/sanction à résonance rétributive. Enfin, la précision selon laquelle les Etats membres doivent veiller à ce « que les contrevenants soient effectivement privés des avantages économiques découlant des infractions graves qu'ils ont commises »¹³⁹⁵ fait écho à la doctrine utilitariste selon laquelle la sanction pénale ne peut être dissuasive que si le « coût » de l'infraction dépasse le bénéfice de sa commission. Cela étant, l'interdiction de la pêche « INN » ne protège pas directement un bien juridique. La réglementation concourt, certes, à la gestion des ressources halieutiques¹³⁹⁶, ce qui est l'un des objectifs de la politique unioniste de l'environnement. En outre, la préservation de l'écosystème a été incluse dans le bien juridique de la protection de l'environnement¹³⁹⁷. Toutefois, la pêche INN ne fait que participer à la protection des ressources halieutiques. L'objet premier des infractions de pêche INN est bien le non-respect de la réglementation applicable à tous les professionnels de la pêche¹³⁹⁸, et non des atteintes directes aux ressources halieutiques. Le non-respect de cette réglementation ne fait que mettre en péril ce bien juridique.

¹³⁹³ Art. 44, §2 du règlement 1005/2008 et, par renvoi à celui-ci, art. 90, §3 du règlement 1224/2009.

¹³⁹⁴ Selon la méthode du seuil minimal de la peine maximale ayant cours en matière de rapprochement des incriminations, de plus.

¹³⁹⁵ Art. 46 du règlement 1005/2008.

¹³⁹⁶ « L'objectif de la politique commune de la pêche, défini par le règlement 2371/2002, est de garantir une exploitation des ressources aquatiques vivantes qui crée les conditions de durabilité nécessaires tant sur le plan économique et environnemental qu'en matière sociale. A cet égard, la pêche illicite, non déclarée et non réglementée représente l'une des menaces les plus graves pesant sur l'exploitation durable des ressources aquatiques vivantes et met en péril le fondement même de la politique commune de la pêche et des efforts déployés à l'échelle internationale en faveur d'une meilleure gouvernance des océans. Elle constitue également, pour la biodiversité marine, une menace majeure contre laquelle il convient d'agir. » Points 2 et 3 du préambule du règlement (CE) 1005/2008 du Conseil du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, modifiant les règlements (CEE) 2847/93, (CE) 1936/2001 et (CE) 601/2004 et abrogeant les règlements (CE) 1093/94 et (CE) 1447/1999 – dans le même sens, le point 5 du préambule du règlement 1224/2009 précité justifie son adoption par « l'ampleur de la diminution des ressources aquatiques marines ».

¹³⁹⁷ « Dans la doctrine, un certain consensus est apparu concernant le fait de considérer les écosystèmes comme des biens juridiques d'une importance particulière, dont la protection apparaît essentielle au regard de l'existence même de l'homme, ce qui explique que leur préservation et leur maintien justifient pleinement l'introduction d'une protection spécifique assurée par le droit pénal » - Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 26 mai 2005 dans l'affaire C-176/03, Commission c/ Conseil, §73.

¹³⁹⁸ A cet égard, la réponse positive de ces dispositions au critère de généralité de la norme n'est pas affectée par le fait qu'elles ne soient destinées qu'aux professionnels de la pêche. En effet, les destinataires ne sont peut-être pas l'ensemble des citoyens mais bien l'ensemble des personnes susceptibles de commettre les infractions.

352. Les infractions ayant d'abord pour objet de sanctionner le non-respect d'une réglementation, quoiqu'exclues du champ pénal de l'Union Européenne, vont permettre de mieux appréhender celles qui vont être considérées comme pénales par nature.

§2 - LES INFRACTIONS ET SANCTIONS INDIRECTES PENALES

353. *Remise en question de deux modes de sanctions indirectes prétendument non pénales* - Les infractions indirectes sont celles dont l'interdit et le principe de la sanction sont posés par le législateur de l'Union, à charge des Etats membres d'en assurer la mise en œuvre. Ce mode de sanction est très courant en droit de l'Union en ce qu'il permet un rapprochement des législations en respectant la souveraineté pénale des Etats membres. En effet, compte tenu de la compétence d'harmonisation des infractions limitée aux domaines visés par l'article 83 TFUE, il n'y aurait aucune autre sanction indirectes de nature pénale. Toutefois, lorsque de mêmes comportements font à la fois l'objet d'une mesure de rapprochement des infractions pénales au titre du volet pénal de l'ELSJ et d'un outil de droit dérivé prévoyant des sanctions « administratives », tel qu'en matière de fraude aux intérêts financiers ou d'abus de marchés (A), et lorsqu'un même outil prévoit la pénalisation de certains comportements uniquement, tel qu'en matière d'emploi illégal de ressortissants tiers (B), la qualification non pénale apposée ou déductible des textes mérite d'être soumise à l'épreuve du noyau dur pénal.

A- LE DROIT DE LA FRAUDE AUX INTERETS FINANCIERS DE L'UNION

354. *Présentation générale* - L'Union ayant mis en place d'importantes mesures de soutien financier à diverses catégories d'opérateurs économiques, elle s'est naturellement retrouvée confrontée à des problèmes de fraudes. Aussi, par la convention du 26 juillet 1995¹³⁹⁹, les Etats membres se sont obligé à les réprimer de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives les fraudes aux intérêts financiers de l'Union. Conjointement, le règlement 2988/95¹⁴⁰⁰

¹³⁹⁹ Acte du Conseil, du 26 juillet 1995, établissant la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOUE C 316 du 27 nov. 1995).

¹⁴⁰⁰ Règlement (CE, Euratom) n°2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOUE L 312 du 23 déc. 1995).

a prévu un certain nombre de mesures et de sanctions « administratives ». Ce règlement ne constitue qu'un cadre général¹⁴⁰¹ dont les sanctions sont insusceptibles d'être directement appliquées, faute pour lui de déterminer « précisément laquelle des sanctions énumérées (...) devrait être appliquée (...) ni la catégorie d'acteurs devant faire l'objet d'une telle sanction »¹⁴⁰². Cela nécessite qu'antérieurement à la commission de l'irrégularité en cause, le législateur de l'Union ait adopté une réglementation sectorielle définissant une telle sanction et les conditions de son application à cette catégorie de personnes¹⁴⁰³. Certaines réglementations sectorielles renvoient directement au règlement 2988/95¹⁴⁰⁴ ; d'autres, sans opérer de renvoi, sanctionnent exactement le même type de comportement et poursuivent le même objectif : la protection des intérêts financiers de l'Union¹⁴⁰⁵. Dans un souci de concision¹⁴⁰⁶, et surtout parce qu'en tant que cadre général les différentes réglementations sectorielles doivent le respecter¹⁴⁰⁷, ce sont les dispositions de ce règlement-cadre qui seront mises à l'épreuve des critères du noyau dur pénal de l'Union européenne.

355. *Technique juridique interne* – L'article 1^{er} du règlement 2988/95 définit génériquement la fraude aux intérêts financiers comme « toute violation d'une disposition du droit communautaire résultant d'un acte ou d'une omission d'un opérateur économique qui a ou aurait pour effet de porter préjudice au budget général des Communautés ou à des budgets gérés

¹⁴⁰¹ CJCE, 13 mars 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening, C-383/06 à C-385/06, §39 ; 28 oct. 2010, Belgisch Interventie- en Restitutiebureau c/ SGS Belgium NV, Firme Derwa NV et Centraal Beheer Achmea NV (SGS Belgium), aff. C-367/09, §35.

¹⁴⁰² CJCE, SGS Belgium e.a. précité, §36 et 1) du dispositif – dans le même sens : CJUE, 6 avril 2006, ED & F Man Alcohols, aff. C-274/04, §47 ; 13 déc. 2012, FranceAgriMer c/Vinifrance SA, aff. C-670/11, §§46-50 ; 61-62.

¹⁴⁰³ Id. Il est également envisagé que les précisions nécessaires soit apportées par une réglementation nationale. (loc. cit. n°175 et 354).

¹⁴⁰⁴ V. notamment : art. 6 du règlement (CE) 1891/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant le financement pluriannuel de l'Agence européenne pour la sécurité maritime dans le domaine de la lutte contre la pollution causée par les navires ; art. 15 du règlement (CE) 1889/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 instituant un instrument financier pour la promotion de la démocratie et des droits de l'homme dans le monde ; art. 35 du règlement (UE) 305/2011 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 établissant des conditions harmonisées de commercialisation pour les produits de construction ; art. 39 du règlement (UE) 652/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 fixant des dispositions pour la gestion des dépenses relatives, d'une part, à la chaîne de production des denrées alimentaires, à la santé et au bien-être des animaux et, d'autre part, à la santé et au matériel de reproduction des végétaux.

¹⁴⁰⁵ V. par exemple : art. 109, §3 du préambule du règlement 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union et abrogeant le règlement (CE, Euratom) 1605/2002 du Conseil et 145 du Règlement délégué (UE) n°1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012 relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom) n°966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union.

¹⁴⁰⁶ L'examen particulier de chaque réglementation sectorielle qui poursuit le même but et sanctionne le même comportement générique qu'est la fraude aux intérêts financiers serait aussi redondant et dénué de réel intérêt.

¹⁴⁰⁷ « Dans le domaine des contrôles et des sanctions des irrégularités commises en droit communautaire, le législateur communautaire a, en adoptant le règlement n°2988/95, posé une série de principes généraux et exigé que, en règle générale, l'ensemble des règlements sectoriels respectent ces principes » (CJCE, 16 mars 2006, Emsland Stärke, aff. C-110/99, §50 ; 1er juill. 2004, Gerken, C-295/02, §56).

par celles-ci, soit par la diminution ou la suppression de recettes provenant des ressources propres perçues directement pour le compte des Communautés, soit par une dépense indue »¹⁴⁰⁸.. Toute nature pénale est expressément niée par le texte¹⁴⁰⁹. Pourtant, plusieurs de ces mesures ou sanctions ont été analysées comme des sanctions pénales en doctrine¹⁴¹⁰ et en jurisprudence, des parallèles avec le droit pénal ont été faits¹⁴¹¹.

356. *Des destinataires à statut particulier mais un intérêt essentiel de l'Union protégé* –

Pour la Cour de Justice, « les normes transgressées s'adressent uniquement aux opérateurs économiques qui ont fait le choix, en toute liberté, de recourir à un régime d'aides en matière agricole (...) dans lequel l'octroi de l'aide est nécessairement subordonné à la condition que son bénéficiaire présente toutes les garanties de probité et de fiabilité »¹⁴¹². La norme n'est effectivement destinée qu'à un groupe déterminé ayant un statut particulier. Cet élément ne va pas en faveur d'un rattachement pénal mais n'est pas nécessairement exclusif, non plus. Or, l'intérêt protégé par les infractions de fraude aux intérêts financiers relève du noyau dur pénal. Certes, la lutte contre la fraude aux intérêts financiers étant à l'Union ce que le contentieux fiscal est aux Etats, lequel ne relève pas du noyau dur pénal de la Cour EDH¹⁴¹³ ; aucune valeur de la

¹⁴⁰⁸ Art. 1, §1 et 2 du règlement. C'est là la norme incriminante, opérant le lien entre la norme comportementale précise, contenue dans différentes réglementations techniques, et la norme sanctionnatrice, l'article 5 du règlement prévoit notamment, pour les irrégularités intentionnelles ou causées par négligence, le paiement d'une amende administrative, la privation d'un avantage octroyé et l'exclusion ou le retrait du bénéfice de l'avantage pour une période postérieure à celle de l'irrégularité ainsi que la possibilité, pour le Conseil, d'adopter « en fonction des nécessités propres au secteur concerné et dans le respect des compétences d'exécution conférées à la Commission par le Conseil », « d'autres sanctions à caractère exclusivement économique, de nature et de portée équivalentes ».

¹⁴⁰⁹ Art 5, §2 du règlement. La directive PIF conserve la même ligne de conduite (art. 14 de la directive 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal).

¹⁴¹⁰ Pour messieurs PRADEL, GEERT' et CORSTENS, en particulier, l'amende, le paiement d'un montant excédant les sommes indûment perçues, l'exclusion du régime d'aide, la privation totale ou partielle d'un avantage octroyé, l'exclusion ou le retrait du bénéfice de l'avantage pour une période postérieure à celle de l'irrégularité sont des sanctions à caractère pénal (PRADEL J., CORSTENS, G., VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, coll. Précis, 3ème éd., 2009, n°689). Dans le même sens, L. IDOT a intégré la jurisprudence unioniste relative à la fraude aux intérêts financiers dans le cadre de sa chronique sur les procédures quasi-répressives du droit de l'Union (v. notamment, RSC 2005, p. 662 et s et 2006, p. 684 et s.). E. DAVID étudie la fraude aux intérêts financiers de l'Union comme des infractions pénales (Elément de droit pénal international et européen, Bruylant, 2009, p. 1196).

Contra : M. DELMAS-MARTY les situe clairement « hors du champ pénal » (Union européenne et droit pénal, Cahier de droit européen. 1997, p. 607-653 p. 640). Egalement : JAZOTTES, G., Les sources de la contrainte en droit communautaire, in GRYNBAUM, L. (dir.), La contrainte, Economica, 2007, p. 29.

¹⁴¹¹ Pour A. DESINGLY, la Cour considère que « l'utilisation indue de l'aide constitue une irrégularité continue, à la manière du droit pénal qui distingue les infractions continues et les infractions instantanées » (Les fonds européens utilisés irrégulièrement doivent être intégralement remboursés, AJ Collectivités territoriales, 2012, p. 149 – CJUE, 21 déc. 2011, Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, aff. C-465/10).

¹⁴¹² CJUE, 5 juin 2012, Bonda, précité, §30, 32 - A rapprocher des arrêts précités : Maizena e.a., §13 ; Allemagne/Commission, §26 ; Käserei Champignon Hofmeister, §41.

¹⁴¹³ CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01, §43 ; 23 juill. 2007, Janisevic c/ Suède, req. n°34619/97, §§64-71, spéc. §66.

Convention ne protège les intérêts financiers des Etats. Cependant, en visant « pour l'essentiel, à protéger la gestion des fonds de l'Union »¹⁴¹⁴ et à assurer le « bon fonctionnement [du] système communautaire »¹⁴¹⁵, la lutte contre la fraude aux intérêts financiers participe, d'une certaine mesure, de l'intérêt général. L'intégrité du budget de l'Union est nécessaire pour la bonne réalisation des objectifs de l'Union. Par ailleurs, la protection des intérêts financiers est prévue par le traité lui-même¹⁴¹⁶. Selon la conception constitutionnaliste de la théorie du bien juridico-pénal, tout bien juridique protégé par une constitution doit l'être par le droit pénal. Ceci abonde donc dans le sens d'un rattachement au noyau dur pénal. Par conséquent, l'article 1^{er} du règlement est donc considéré comme une incrimination pénale par nature au regard du droit de l'Union¹⁴¹⁷, sous réserve toutefois que les mesures prévues soient des sanctions expressives des finalités dissuasive et punitive recherchées.

357. Exclusion des réponses non pénales – Il convient, toutefois, d'exclure préalablement les réponses non pénales¹⁴¹⁸. Le remboursement des sommes indument perçues¹⁴¹⁹ et la perte ou la reconstitution d'une caution libérée¹⁴²⁰ ne sont que le rétablissement de la situation juridique

¹⁴¹⁴ CJUE, 5 juin 2012, Bonda, précité, §40.

¹⁴¹⁵ « Selon la jurisprudence constante de la Cour, les obligations dont le respect est d'importance fondamentale pour le bon fonctionnement d'un système communautaire peuvent être sanctionnées par la perte d'un droit ouvert par la réglementation communautaire, tel le droit à une aide » - voir, en ce sens, CJCE, 20 fév. 1979, Buitoni, 122/78; 27 nov. 1986, Maas, 21/85 ; 12 mai 1995, Cereol Italia, §24.

¹⁴¹⁶ Art. 325 TFUE.

¹⁴¹⁷ *Contra* : opinion dissidente commune aux juges COSTA, CABRAL BARRETO et MULARONI, à laquelle le juge CAFLISCH déclare se rallier. – CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01 : « le requérant n'était pas dans une situation pénale ou à « coloration pénale ». D'une part, il avait commis de simples erreurs comptables, provoquant des déclarations erronées au titre de la taxe sur la valeur ajoutée. S'agit-il nécessairement d'une infraction pénale ? Nous en doutons fort ».

¹⁴¹⁸ La possibilité, pour le Conseil, d'adopter, « en fonction des nécessités propres au secteur concerné et dans le respect des compétences d'exécution conférées à la Commission par le Conseil », « d'autres sanctions à caractère exclusivement économique, de nature et de portée équivalentes » (art. 5, g)) ne sera pas présentement examinée dans la mesure où, ne constituant qu'une délégation générale de pouvoir de normatif de sanction, elle n'en prévoit précisément aucune dont on puisse apprécier la nature réelle.

¹⁴¹⁹ Art. 4, §1 du règlement 2988/95. A rapprocher également de mesures prévues dans d'autres domaines, telles que le recouvrement de certaines ou de toutes les prestations, aides ou subventions publiques octroyées à l'employeur de l'emploi illégal, y compris les fonds de l'Union gérés par les États membres (art. 7, §1 de la directive 2009/52/CE prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

¹⁴²⁰ CJCE, 18 nov. 1987, Maizena e.a., aff. 137/85, §13 : « si l'opérateur décide lui-même de recourir au régime particulier comportant la libération anticipée de sa caution, c'est de manière volontaire et en fonction de l'intérêt économique qu'il peut y trouver. Ensuite, la sanction n'est rien d'autre que la contrepartie de cette libération anticipée, laquelle n'a pas été effectuée définitivement mais provisoirement et à condition que l'engagement d'exporter soit accompli dans les délais ; elle n'a donc d'autre effet, dans l'hypothèse du non-respect des délais d'exportation, que de placer l'opérateur ayant bénéficié de la libération anticipée de sa caution dans les mêmes conditions économiques que l'opérateur qui a opté pour la réglementation générale selon laquelle la caution relative au certificat d'exportation n'est libérée qu'après l'exportation, effective et conforme aux délais, des marchandises en cause. Ainsi, ladite sanction constitue, dans un système comportant la libération anticipée de la caution, le corollaire du régime de cautionnement et poursuit les mêmes objectifs que la caution elle-même. Cette sanction est infligée de manière forfaitaire et en dehors de toute faute éventuellement imputable à l'opérateur concerné. Elle fait donc partie intégrante du système de cautionnement en cause et n'a pas de caractère pénal ». L'espèce concerne la reconstitution d'une caution indument libérée mais la justification vaut tout autant pour la perte du cautionnement : v. CJCE, 17 déc. 1970, International Handelsgesellschaft, aff. 11/70.

« normale » et ne présentent aucune finalité punitive¹⁴²¹. Le retrait ou la privation, total ou partiel, d'un avantage octroyé¹⁴²² « n'ont pas de caractère pénal »¹⁴²³. La solution ne souffre guère de critique lorsque l'exclusion du régime d'aide ou la privation de l'avantage valent pour l'exercice où l'irrégularité a été commise ou n'excèdent pas ce dont il a été indûment profité. La mesure n'a alors d'autre finalité que de rétablir la légalité de la situation¹⁴²⁴. En revanche, la sanction devient punitive lorsque le remboursement dépasse l'avantage perçu.

358. Les sanctions punitives : la privation d'un avantage ou l'exclusion du régime excédant ce dont il a été indûment profité et l'amende – En effet, nonobstant la position de la Cour¹⁴²⁵, la privation totale ou partielle d'un avantage octroyé, pouvant excéder l'indu dont il a été bénéficié¹⁴²⁶, figure parmi les sanctions des personnes morales envisagées par le droit de

Contra : CJCE, 25 juill. 1984, Könecke, aff. 117/83 : la perte de la caution ou l'obligation de payer un montant équivalent si la caution a été libérée constitue une sanction autonome lorsqu'il n'est plus possible d'exécuter l'obligation garantie par la caution.

¹⁴²¹ En ce sens, dans la jurisprudence de la CEDH : 21 oct. 1997, *Pierre-Bloch c/France*, req. n°24194/94: le versement au Trésor Public d'une somme égale au montant du dépassement du plafond des dépenses électorales « s'apparente à un versement à la collectivité de la somme dont le candidat en cause a indûment tiré avantage ». Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 17 mars 2011 dans l'affaire C-150/10, *BIRB c/ Beneo-Orafti SA*, §90: « il est clair que le recouvrement d'une somme qui n'aurait pas dû être versée (ce qui constitue une simple répétition de l'indu) est une mesure de nature toute autre que l'imposition d'une sanction ».

¹⁴²² Le règlement distingue les mesures que sont le retrait de l'avantage octroyé (Art 5 d) du règlement 2988/95 mais également, par exemple : art. 64, §4 a) et 77, §4, a) du règlement (UE) 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatifs au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune), l'exclusion du régime d'aide (Art 5 d) du règlement 2988/95 mais également, par exemple : art. 64, §4 c) et 77, §4, c) du règlement (UE) 1306/2013 précité) et le retrait temporaire d'un agrément (Art. 5, e) du règlement 2988/95 – v. également : art. 18 et 22, §3, b) du règlement (CE) n°1760/2000 du Parlement européen et du Conseil du 17 juillet 2000 établissant un système d'identification et d'enregistrement des bovins et concernant l'étiquetage de la viande bovine et des produits à base de viande bovine ; art. 20 du règlement (CE) 612/2009 de la Commission du 7 juillet 2009 portant modalités communes d'application du régime des restitutions à l'exportation pour les produits agricoles) ou d'une reconnaissance nécessaire à la participation à un régime d'aide communautaire. Pour autant, elles reposent toutes sur une logique analogue et aboutissent à un résultat semblable : la privation de l'avantage octroyé par la réglementation de l'Union. Et les trois suivantes apparaissent des déclinaisons spéciales de la première. En raison de leur similarité, elles sont conjointement étudiées.

¹⁴²³ Encore récemment : CJCE, 11 juill. 2002, *Käserer Champignon Hofmeister*, C-210/00, §43 ; 5 juin 2012, *Lukasz Marcin Bonda*, aff. C-489/10. Antérieurement : notamment : 18 nov. 1987, *Maizena*, précité ; 27 oct. 1992, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-240/90, §25 ; *National Farmer's Union*, précité.

A propos de la privation de l'avantage octroyé : CJUE, 13 déc. 2012, *FranceAgriMer c/Vinifrance SA*, aff. C670/11, §50 ; également, en ce sens : 4 mai 2006, *Reinhold Haug*, aff. C-268/05, §22.

La qualification de sanction, en revanche, est incertaine : d'abord expressément reconnue (CJCE, 2 mai 1990, *Hopermann c/ BALM* aff. C-357/88, §7) avant que la Cour se montre moins ferme en considérant que rien dans l'article 34§3 TCE ne permet de soustraire les exclusions du pouvoir de sanction que détient la Communauté (CJCE, 27 oct. 1992, *Commission c/ All*, aff. C-240/90, §25), puis d'à nouveau les qualifiées de sanctions (17 juill. 1997, *National Farmers' Union e.a.*, C-354/95, §40). Pour autant, on peut encore récemment, et régulièrement, lire que « lorsque le législateur de l'Union fixe des conditions d'éligibilité pour l'octroi d'une aide, l'exclusion qu'entraîne l'inobservation de l'une de ces conditions ne constitue pas une sanction, mais la simple conséquence du non-respect desdites conditions prévues par la loi (par ex. : 11 nov. 2004, *Toeters et Verberk*, C-171/03, §47 ; 24 mai 2007, *Maatschap Schonewille-Prins*, C-45/05, §47 ; 24 mai 2012, *Hehenberger c/ Autriche*, aff. C-188/11, §37).

¹⁴²⁴ Et qui relève alors de l'article 4 du règlement : en ce sens CJUE, *FranceAgriMer*, précité, §§64 et 66.

¹⁴²⁵ : pour la Cour de Justice, cette sanction ne saurait être pénale puisqu'elle ne consiste, qu'en la privation de la perspective d'une aide et peut, en outre, devenir inopérante si l'agent économique concerné s'abstient de déposer une demande d'aide ou qu'il ne remplit pas les conditions d'octroi de celle-ci - CJUE, *Bonda*, aff. C-489/10, §39-44 ; conclusions de l'avocat général KOKOTT présentées le 15 déc. 2011 dans la même affaire, §65 ; CJUE, *FranceAgriMer*, précité, §50 ; 27 oct. 1992, *Allemagne c/ Commission*, aff. C-240/90, §20-26.

¹⁴²⁶ Art. 5, §1, d) du règlement PIF. V. également : art. 7, §1, a) de la directive « emploi illégal de ressortissant tiers ».

l'harmonisation des infractions pénales¹⁴²⁷ et présente, pour certains auteurs, un caractère rétributif, donc punitif parce que la perte du droit à l'aide peut valoir pour l'exercice en cours et l'exercice suivant¹⁴²⁸. Une sanction de cet ordre - insuffisamment grave, par nature et sévérité, pour relever de la sphère pénale lorsqu'elle est associée à une infraction n'étant pas pénale par nature¹⁴²⁹ - revêt, à notre sens, une coloration punitive suffisante pour qu'associée à une infraction pénale par nature, elle relève du champ pénal de l'Union européenne. Enfin, l'amende, « administrative »¹⁴³⁰ est-il précisé, ne peut être que punitive. D'une part, il est considéré que la fraude aux intérêts financiers est une infraction pénale par nature en droit de l'Union. D'une part, « l'amende [a] le caractère punitif par lequel se distinguent d'habitude les sanctions pénales »¹⁴³¹. Enfin, « l'imposition d'une amende, aussi faible qu'en soit le montant, poursuit nécessairement un objectif de dissuasion et de répression »¹⁴³². Aussi, la qualification apposée par le texte sera écartée.

359. *Extension de l'analyse aux abus de marchés* - A l'exception des sanctions non pénales, la fraude aux intérêts est une infraction indirecte relevant du champ pénal de l'Union européenne. De manière assez proche, à maints égards, le droit des abus de marchés repose désormais sur

¹⁴²⁷ Privation ou exclusion simple : Art. 8 de la décision-cadre « terrorisme », art. 20 de la proposition de directive « terrorisme », art. 6 de la directive « traite des êtres humains », art. 13 de la directive « exploitation sexuelle des enfants », art. 6 de la décision-cadre « criminalité organisée », art. 5 de la décision-cadre « racisme et xénophobie », art. 11 de la directive « cybercriminalité », art. 7 de la décision-cadre « trafic de drogues », art. 8 de la directive « protection de l'euro contre la contrefaçon », art. 7 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal », art. 12 de la directive « emploi illégal de ressortissant tiers », art. 3 de la décision-cadre « aide à l'immigration illégale », art. 9 de la directive « abus de marché », art. 7 de la directive « emploi illégal de ressortissants tiers ».

¹⁴²⁷ Art. 1, § 2 de la décision-cadre « aide à l'immigration clandestine ».

¹⁴²⁸ PRADEL J., CORSTENS, G., VERMEULEN, G., *Droit pénal européen*, Dalloz, coll. Précis, 3ème éd., 2009, n°689. Dans le même sens, DAVID, E., ne distingue pas les différentes sanctions du règlement figurant et les analyses, manifestement comme des sanctions pénales (Elément de droit pénal international et européen, Bruylant, 2009, p. 1196 et s.).

¹⁴²⁹ Tel que l'inéligibilité en droit électoral : « Un manquement à une norme juridique régissant une telle matière ne saurait davantage être qualifié de « pénal » par nature. Par ailleurs, l'inéligibilité durant une année (et pour l'élection en cause) ne constitue, ni par sa nature ni par son degré de sévérité, une sanction plaçant la question dans la sphère « pénale » - CEDH, 14 sept. 1999, *Masson c/ France*, 41944/98 (déc.) ; 21 oct. 1997, *Pierre-Bloch*, re, q n°24194/94§§54-57. Dans le même sens, pour une inéligibilité d'un an : 30 mai 2006, *Matyjek c/ Pologne* (déc.), req. n°38184/03 (fausse déclaration de lustration) ; Comm. EDH, 30 juin 1995, *Estrosi c/ France*, req. n°24359/94. Pour une inéligibilité de 5 ans : Comm. EDH, 13 janv. 1997, *Tapie c/ France*, req. n°32258/96 (infraction de droit des sociétés, considérée comme n'étant pas pénale par nature).

¹⁴³⁰ Art. 5, § 1, a), du règlement. V. également, par exemple : art. 64, § 4 b) et 77, § 4, b) du règlement (UE) 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune ; Sous l'appellation de « sanction financière » : art. 145, § 2 du règlement délégué (UE) 1268/2012 de la Commission du 29 octobre 2012 relatif aux règles d'application du règlement (UE, Euratom) 966/2012 du Parlement européen et du Conseil relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (manquements aux règles de passation de marchés publics financés par l'Union).

¹⁴³¹ CEDH, 21 fév. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, req. n°8544/79, §53.

¹⁴³² CEDH, 31 mai 2011, *Kurdov et Ivanov c/ Bulgarie*, req. n°16137/04, §40.

deux outils de droit dérivés : le règlement 2014/59¹⁴³³ et la directive 2014/57¹⁴³⁴ conjointement adoptés. La directive 2014/57 est en quelque sorte la version pénale de celle de 2003¹⁴³⁵ qui interdisait les opérations d'initiés, les manipulations de marchés et la divulgation illicite d'informations, mais n'exigeait des Etats membres que des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives¹⁴³⁶ ; le règlement 2014/59, quant à lui, a institué de nouvelles infractions¹⁴³⁷ et mieux déterminé les sanctions applicables qualifiées d'administratives¹⁴³⁸. Toutefois, les infractions prévues par le règlement, répondent aux critères de la norme générale¹⁴³⁹ protégeant un bien juridique. En effet, la protection de l'intégrité des marchés financiers doit désormais être considérée comme un bien juridico-pénal du fait de l'adoption de la directive de rapprochement des infractions pénales d'abus de marchés. Ainsi, l'amende prévue par le règlement¹⁴⁴⁰, qui présente une finalité punitive, non seulement par nature mais également par mesure puisque le montant maximal s'échelonnant de 500 000 à 5 000 000 d'euros ou valeur correspondante en monnaie nationale pour les personnes physiques; et, de 1 000 000 à 15 000 000 d'euros (ou 15% du chiffre d'affaires annuel) pour les personnes morales¹⁴⁴¹, doit être considérée comme relevant du champ pénal de l'Union européenne. Il en va de même de la dernière infraction indirecte qui

¹⁴³³ Règlement (UE) n°596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission - JOUE L 173 du 12 juin 2014.

¹⁴³⁴ Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (directive « abus de marché ») – JOUE L 173 du 12 juin 2014.

¹⁴³⁵ Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) - JOUE L 96 du 12 avril 2003. Modifiée par la directive 2008/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 - JOUE L 81 du 20 mars 2008.

¹⁴³⁶ Art. 14, §1 de la directive suscitée.

¹⁴³⁷ Le défaut de déclaration de soupçons d'abus de marché (art. 16, §1 et 2), le défaut de publication d'informations privilégiées (art. 17, §1) et de liste d'initiés (art. 18, §1), ainsi que le défaut de notification préalable d'une transaction effectuée par un dirigeant (art. 19, §1). Sanctions prévues par l'article 30 du règlement.

¹⁴³⁸ L'article prévoit notamment le retrait ou la suspension de l'agrément d'une entreprise d'investissement (art. 30, §1, d), des interdictions provisoires : l'interdiction provisoire, pour les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes dans une entreprise d'investissement ou toute autre personne physique dont la responsabilité est engagée pour la violation, d'exercer des fonctions de gestion au sein d'entreprises d'investissement ou de négociier pour leur propre compte (art. 30, §1, e) et g)) et une interdiction permanente d'exercer des fonctions de gestion au sein d'entreprises d'investissement (art. 30, §1, f)). S'agissant du retrait ou de la suspension d'un agrément, nous renvoyons l'examen de cette mesure fait dans le contexte de la fraude aux intérêts financiers (infra, n°357). Pour les interdictions, nous renvoyons à l'examen distinct et transversal des interdictions en droit de l'Union (voir infra n°384).

¹⁴³⁹ Bien que les abus de marché puissent être perçus comme une réglementation particulière adressée à un groupe de personnes déterminé à statut particulier, la Cour EDH a considéré qu'ils relèvent de la matière pénale ; la généralité discutable de la norme ne se discute donc pas pour elle quoique, très opportunément, dans les arrêts Grande Stevens et Dubus SA c/ France (11 juin 2009, req. n°5242/04, §37) la Cour n'aborde pas ce sous-critère...

¹⁴⁴⁰ D'autres mesures ou sanctions prévues méritent bel et bien la qualification administrative, faute de présenter les finalités recherchées. En effet, on sera peu prompt à considérer comme sanctionnatrices l'injonction ordonnant de mettre un terme au comportement en cause et de s'abstenir de le réitérer (art. 30, §1, a) du règlement) ou l'avertissement public indiquant la personne responsable de la violation et la nature de la violation (art. 30, §1, c)). Quant à la restitution de l'avantage retiré de la violation du règlement ou des pertes qu'elle a permis d'éviter, si ceux-ci peuvent être déterminés (art. 30, §1, d), celle-ci est sans doute plus dissuasive et corrective que punitive.

¹⁴⁴¹ Art. 30, §1, i) et j) du règlement.

sera examiné : l'emploi illégal de ressortissants tiers dont la pénalisation n'est que partiellement exigée par le droit de l'Union.

B- L'EMPLOI DE RESSORTISSANTS TIERS EN SITUATION IRREGULIERE

360. *Présentation générale* - La directive 2009/52, adoptée sur la base juridique de l'article 63 TFUE relatif à la politique « visa, asile et immigration », impose la sanction des infractions d'emploi de ressortissants tiers en situation irrégulière, mais n'exige une répression pénale que pour celles dites « graves ». Toutefois, bien que la directive ne se prononce pas sur la nature de la répression des infractions non graves, celles-ci prétendent tout autant à la qualification d'infractions pénales par nature en droit de l'Union.

361. *L'infraction d'emploi de ressortissants tiers en situation irrégulière* – L'infraction est très simplement définie : « l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » doit être interdit et sanctionné. L'« emploi » s'entend de « toute forme de travail ou d'occupation réglementée par le droit national ou selon une pratique établie, pour le compte ou sous la direction et/ou sous la surveillance d'un employeur »¹⁴⁴². L'infraction est bien générale en ce qu'elle vise « toute personne physique ou morale, y compris les agences de travail temporaire¹⁴⁴³, pour le compte ou sous la direction et/ou sous la surveillance de laquelle l'emploi est exercé »¹⁴⁴⁴. Quoique la directive impose le standard de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives », elle ajoute que celles-ci « comportent », notamment, « une sanction financière » dont le montant augmente en fonction du nombre de ressortissants tiers en séjour irrégulier employés. Compte tenu de l'emploi de l'impératif, la prévision d'une sanction financière n'est manifestement pas une option. Postulant, de par sa nature pécuniaire, d'une nature pénale¹⁴⁴⁵, le rattachement au champ

¹⁴⁴² Art. 1^{er}, §1, c).

¹⁴⁴³ Définie comme « toute personne physique ou morale qui, conformément au droit national, conclut des contrats d'emploi ou des relations d'emploi avec des travailleurs d'agences temporaires afin de les affecter à des entreprises clientes pour qu'ils y travaillent à titre temporaire sous leur supervision et direction » - art. 1^{er}, h).

¹⁴⁴⁴ Art. 1^{er}, §1, e).

¹⁴⁴⁵ CEDH, 21 fév. 1984, Öztürk c/ Allemagne, précité, §53 : « si l'amende paraît à certains égards moins afflictive..., elle n'en a pas moins conservé le caractère punitif par lequel se distinguent d'habitude les sanctions pénales ; (...) celles-ci cherchent à dissuader en même temps qu'à réprimer » ; CEDH, 31 mai 2011, Kurdov et Ivanov c/ Bulgarie, req. n°16137/04, §40 : « l'imposition d'une amende, aussi faible qu'en soit le montant, poursuit nécessairement un objectif de dissuasion et de répression ».

pénal de l'Union Européenne ne dépend donc plus que de l'existence d'un bien juridique protégé par le droit primaire.

362. *Le bien juridique protégé* – A cet égard, la question de l'identification du bien juridique ne se pose pas dès lors que la directive érige les formes les plus graves de l'emploi irrégulier de ressortissant tiers en infraction pénale. En effet, si dans ces cas, le facteur aggravant protègent des biens juridiques supplémentaires, ceux liés à l'infraction générique qu'est l'emploi illégal de ressortissants tiers, et pour laquelle la sanction pénale n'est, a priori, pas exclue¹⁴⁴⁶, sont toujours couverts. On estimera donc que l'emploi de ressortissants tiers en séjour irrégulier, sous toutes ses formes, est une infraction par nature pénale en droit de l'Union.

363. *Conclusion du paragraphe* – Non sans surprise, les infractions et sanctions indirectes recèlent également des infractions et sanctions de nature pénale dissimulées sous une appellation neutre ou administrative. Toutefois, les méthodes indirectes, par nature, préserve une marge d'appréciation aux Etats membres ne permettent pas toujours de trancher entre une nature pénale ou non.

§3 - LES « ZONES GRISES » DU CHAMP PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

364. *Une nécessaire perspective gradualiste* - La dualisation de la matière pénale faite par la Cour EDH indique que les limites de la matière pénale ne peuvent être tranchées selon « une logique binaire d'appartenance ou de non appartenance » mais seulement en adoptant une perspective « gradualiste » relevant de la « logique du flou »¹⁴⁴⁷. De la même manière, le champ pénal de l'Union européenne doit également être abordé selon une perspective gradualiste, admettant l'existence de « zones grises ». Il ne s'agit cependant plus d'évoquer que les situations où les frontières « verticales » du champ pénal de l'Union ne sont pas franches ou hermétiques,

¹⁴⁴⁶ Le fait que la répression pénale ne soit imposée que pour les formes aggravées ne signifie pas qu'elle soit exclue pour les infractions de base.

¹⁴⁴⁷ DELMAS-MARTY, M., La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la « logique du flou », Rev. dr. pén. crim., 1992, p. 1031 et s. ; même auteur, Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain, Dalloz-Sirey, 1986, p. 317 et s. ; Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridique, (dir. DELMAS-MARTY, M.), La matière pénale au sens de la Cour européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, RSC, 1987, p. 818 et s. ; VAN DROOGHENBROECK, S., La dissolution de la matière pénale, note sous Cour eur.D.H., 22 février 1996, Rev.dr.pén.crim., 1997, p. 946.

tel qu'il résulte de l'ouverture cognitive de l'ordre juridique de l'Union à l'ordre juridique international¹⁴⁴⁸. Il s'agit d'identifier les situations juridiques qui ne peuvent être abordées « selon une logique binaire d'appartenance ou de non appartenance » au droit pénal. Car le champ pénal de l'Union comprend des éléments « à pénalité variable », créant une mouvance dans les frontières du système pénal de l'Union observable au niveau du droit national. Ainsi, certaines infractions, en raison de la méthode normative elle-même, deviendront des infractions pénales dans certains Etats membres seulement (A). Dans d'autres hypothèses, c'est le choix d'une sanction hybride ou mixte par nature qui fera relever l'analyse d'une logique du flou (B).

A- LES INFRACTIONS A PENALITE VARIABLE

365. *Les méthodes normatives productrices d'infractions à pénalité variable* - Deux méthodes normatives sont productrices de normes répressives, pénales dans certains Etats membres uniquement, et envers lesquelles il faut donc bien se résoudre à ne pouvoir fermement trancher en faveur ou en défaveur d'un rattachement au champ pénal : la méthode normative de la sanction par assimilation (I) et l'obligation de sanction « effective, proportionnée et dissuasive » (II).

I- La méthode de sanction par assimilation

366. *Présentation générale* - La méthode dite d'assimilation, ou méthode nationale, signifie que le droit de l'Union assimile la violation d'une norme communautaire à la violation d'une norme interne et impose que le non-respect de ses prescriptions soit réprimé d'une manière comparable à celui de dispositions nationales similaires¹⁴⁴⁹. Cette méthode a été la première utilisée pour assurer la sanction des violations du droit communautaire ; on la trouvait expressément prescrite à l'article 194, §1 alinéa 2 du traité Euratom¹⁴⁵⁰. Elle s'est progressivement

¹⁴⁴⁸ Voir supra n°53 et s.

¹⁴⁴⁹ En ce sens : STUYCK, J. et DENYS, C., Les sanctions communautaires, in TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., La justice pénale et l'Europe, Bruylant, 1996, p. 424 et s.. Sous la distinction « méthode communautaire », « méthode mixte » ou « méthode nationale », v. PRADEL, J., CORSTENS, G, et VERMEULEN, G, Droit pénal européen, Dalloz, 3ème éd., 2008, p. 690.

¹⁴⁵⁰ « Chaque État membre regarde toute violation de cette obligation comme une atteinte à ses secrets protégés qui relève, en ce qui concerne tant le fond que la compétence, des dispositions de sa législation applicable en matière d'atteinte à la sûreté de

imposée comme la méthode de sanction par défaut : « lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction pour sa violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, l'article 5 du traité impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire. A cet effet, tout en conservant le choix des sanctions, ils doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et (...) avec la même diligence que celles dont [ils] usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes »¹⁴⁵¹. Bien que cette méthode ne soit pas très répandue, la sanction du droit de l'Union par son assimilation à une violation du droit national n'a pas encore parfaitement disparu, même des traités. Ainsi, l'article 325, §2 TFUE dispose encore que « les Etats membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts »¹⁴⁵².

367. Une répression des transgressions du droit de l'Union à pénalité variable - Toutefois, les dispositions du droit de l'Union ainsi sanctionnées ne seront pas incluses dans le champ pénal de l'Union. La nature de la répression des violations du droit de l'Union étant empruntée, calquée sur celle du droit interne, cette méthode, qui peut aboutir à la sanction pénale du droit de l'Union, ne produit à l'échelon de l'Union qu'un droit à pénalité variable. La nature pénale ou non peut donc varier d'un Etat à l'autre. Aussi, en aucun cas cette méthode ne manifeste l'exercice d'un droit de punir par l'Union.

368. La méthode de sanction par assimilation apparaît désuète dès lors que le pouvoir répressif des Communautés puis de l'Union s'est affirmé. Les instruments normatifs imposent désormais plus aisément l'obligation expresse pour les Etats d'adopter des sanctions effectives,

l'État ou de divulgation du secret professionnel. Il poursuit tout auteur d'une telle violation relevant de sa juridiction sur la requête de tout État membre intéressé ou de la Commission ».

¹⁴⁵¹ CJCE Commission c/ République Hélienne, aff. 68/88, §§23 – 25. Voir également, notamment : 10 juill. 1990, Anklagemyndigheden contre Hansen & Soen I/S (« Hansen ») aff. C-326/88, §17 ; CJCE 2 oct 1991, Procédure pénale c/ Vandevenne et autres, aff. C-7/90, §11 ; 8 juin 1994, Commission/Royaume-Uni, aff. C-382/92, §55, et C-383/92, §40 ; 26 oct 1995 Siesse c/ Director da Alfândega de Alcântara, aff. C-36/94, §20 ; 7 déc. 2000, de Andrade c/ Director da Alfândega de Leixões aff. C213/99, §20.

¹⁴⁵² Voir également, l'article 27 du Statut de la Cour de Justice qui recourt à cette méthode pour encadrer les violations des serments des témoins et experts.

proportionnées et dissuasives en cas de transgression du droit de l'Union. Cette méthode est tout autant source d'un droit de l'Union à « pénalité variable ».

II- La sanction effective proportionnée et dissuasive

369. La sanction effective proportionnée et dissuasive en droit de l'Union : ambiguïté de nature - Le triptyque « effectivité - proportion - dissuasion » est le standard juridique¹⁴⁵³ caractéristique de la sanction en droit de l'Union. Extraite de l'article 5 par la Cour de Justice¹⁴⁵⁴, l'obligation de sanction « effective, proportionnée et dissuasive » a par la suite été consacrée par le législateur de l'Union ; elle est à ce jour expressément prévue par plus de quatre-vingts outils juridiques¹⁴⁵⁵ et innerve le droit de l'Union du marché intérieur à l'ELSJ¹⁴⁵⁶, en passant par les douanes, l'emploi, la politique commune de pêche, celle des transports, l'égalité de traitement, la protection du consommateur, celle de l'environnement ou en encore en matière sanitaire et sociale¹⁴⁵⁷. Or, un certain nombre sont de ces normes générales protégeant un bien juridico-pénal du droit de l'Union. Dès lors, comment appréhender la norme dont la sanction de la transgression est ainsi commandée, sans que sa nature ou sa sévérité soit autrement mieux précisée ? Pour autant que cette absence d'harmonisation des règles relatives aux sanctions « ne constitue pas un blanc-seing pour les Etats membres »¹⁴⁵⁸, l'obligation de sanction effective

¹⁴⁵³ Défini comme un concept relativement indéterminé, reposant sur une appréciation des situations et des comportements en terme de « normalité », et qui favorise le recours à des références externes lors de son application aux faits de l'espèce (BERNARD, E., « La spécificité du standard juridique en droit communautaire », Bruylant, 2010, p. 29 et s. ; dans le même sens : Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, v° Standard juridique). La notion de standard juridique apparaît tout à fait applicable à la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » du droit de l'Union dès lors que, n'étant pas déterminée *a priori*, la validité de la sanction qui sera prévue par un Etat membre suppose une appréciation au cas par cas de sa « normalité », confrontation faite de sa nature et de son quantum aux faits qu'elle doit sanctionner et à la lumière des références externes que constitueront les sanctions choisies par d'autres Etats membres ou celles prévues pour des situations comparables par le même Etat membre. Elle répond en outre aux fonctions spécifiques du standard juridique en droit communautaire identifiées par le même auteur. Tel le standard juridique communautaire, la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » caractérise une dépossession du pouvoir normatif du législateur au juge communautaire et la logique d'intégration européenne conciliant l'élaboration de normes communes (fonction « fédératrice ») avec le respect des différentes traditions juridiques des Etats membres en préservant une marge nationale d'appréciation.

¹⁴⁵⁴ CJCE Commission c/ République Hélienne, aff. 68/88, §§23 – 25 ; 10 juill. 1990, Anklagemyndigheden contre Hansen & Soen I/S (« Hansen ») aff. C-326/88, §17 ; 2 oct 1991, Procédure pénale c/ Vandevenne et autres, aff. C-7/90, §11 ; 8 juin 1994, Commission/Royaume-Uni, aff. C-382/92, §55, et C-383/92, §40 ; 26 oct 1995 Siesse c/ Director da Alfândega de Alcântara, aff. C-36/94, §20 ; 7 déc. 2000 de Andrade c/ Director da Alfândega de Leixões aff. C213/99, §20.

¹⁴⁵⁵ Selon une recherche reprenant ces trois occurrences sur Eur-Lex.

¹⁴⁵⁶ A noter, cependant qu'elle est en absente du volet civil, limité à la coopération judiciaire civile, pour laquelle elle n'est d'aucune utilité.

¹⁴⁵⁷ D'après une recherche sur Eur-Lex.

¹⁴⁵⁸ Conclusions de l'avocat général VAN GERVEN présentées le 5 déc. 1989 dans l'aff. C-326/88, Hansen – *contra* : TESAURO, G., La sanction des infractions du droit communautaire, Rivista de diritto europeo, 1992.477, p. 479 et 509.

proportionnée et dissuasive équivaut-elle à une obligation de pénalisation, à l'exercice d'un droit de punir par l'Union ? La réponse est intuitivement négative. L'absence de toute autre précision sur sa nature et sa mesure ne permet pas de caractériser une sanction « qui ressort en général de la matière pénale », ou les finalités dissuasive et punitive d'une infraction pénale. La sanction effective proportionnée et dissuasive, uniquement définie par ses caractères, est parfaitement neutre et ne peut, *a priori*, être incluse dans le champ pénal de l'Union (a). Cependant, le texte et/ou le contexte normatif indiqueront parfois qu'il ne peut s'agir que d'une sanction pénale et permettront de trancher en faveur d'un rattachement pénal (b) ou de conduire à conclure à une inévitable pénalité variable (c).

a) La neutralité de la sanction effective, proportionnée et dissuasive

370. *Les caractères d'effectivité, proportion et dissuasion* - Pour autant qu'elle soit en elle-même une « notion indéfinie », « envisagée in abstracto, présent[ant] des contours flous, (...) elle se précise lorsqu'elle est appliquée à des réalités concrètes »¹⁴⁵⁹. Ainsi, au fil de la jurisprudence des juridictions de l'Union, ce qu'il convient d'entendre et d'attendre d'une sanction effective, proportionnée et dissuasive se dessine. Parfois remplacé par « efficacité », il y aura effectivité de la sanction si son infliction n'est pas rendue pratiquement impossible ou excessivement difficile¹⁴⁶⁰. Autrement dit, l'efficacité signifie que la sanction « doit produire un effet et (...) ne peut rester lettre morte »¹⁴⁶¹. La proportion ou l'adéquation¹⁴⁶² implique, d'une part, un rapport entre la gravité de l'infraction et celle de la sanction¹⁴⁶³. Malgré sa ressemblance avec un principe général du droit pénal, « le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit

¹⁴⁵⁹ Conclusions de l'av. gén. COLOMER présentées le 26 mai 2005 dans l'aff. C-176/03, Commission c/ Conseil, §45.

¹⁴⁶⁰ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 14 oct. 2004 dans l'aff. C-387/02, Procédure pénale c/ S. Berlusconi.

¹⁴⁶¹ POELEMANS, M., La sanction dans l'ordre juridique communautaire : contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne, LGDJ, 2004, p. 273.

¹⁴⁶² Le terme d'adéquation est manifestement synonyme de proportion, dans ses deux aspects. Il a ainsi été utilisé à propos du rapport entre la sanction et le but poursuivi par la réglementation communautaire (« Une sanction est proportionnée lorsqu'elle est adéquate pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis » - concl. av. gé. Kokott dans l'affaire Procédure pénale c/ Silvio Berlusconi e. a., aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, §90). Toutefois, il a été également utilisé à propos du rapport entre la gravité de l'infraction et la sanction (« la rigueur des sanctions doit être en adéquation avec la gravité des violations qu'elles répriment, notamment en assurant un effet réellement dissuasif, tout en respectant le principe général de proportionnalité » - CJUE, 25 avril 2013, Asociația Accept, C-81/12, §63 ; 26 sept. 2013, Texdata Software GmbH, aff. C-418/11, §51.

¹⁴⁶³ CJCE, 29 février 1996, Skanavi et Chryssanthakopoulos, aff. C-193/94, §31-39.

communautaire »¹⁴⁶⁴, n'impose pas que la sanction soit pénale. Au contraire, il peut s'y opposer. En effet, la proportionnalité, d'autre part, implique que la sanction n'aille pas au-delà de ce qui est adéquat et nécessaire pour assurer le respect des règles communautaires¹⁴⁶⁵ - et qu'elle soit donc efficace et dissuasive¹⁴⁶⁶ - sans mettre en péril les objectifs de l'Union. « Et lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante (...), les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »¹⁴⁶⁷. Les affaires *El Dridi* et *Achughbabian* sont une excellente illustration du caractère disproportionné que peut avoir la pénalisation des violations du droit de l'Union. « A l'évidence, l'infliction et l'exécution d'une peine d'emprisonnement au cours de la procédure de retour prévue par la directive 2008/115¹⁴⁶⁸ ne contribuent pas à la réalisation de l'éloignement que cette procédure poursuit, à savoir le transfert physique de l'intéressé hors de l'État membre concerné »¹⁴⁶⁹, une telle sanction n'ayant d'autre effet que de maintenir l'étranger plus longtemps sur le territoire¹⁴⁷⁰. Dernier caractère du triptyque, la fonction dissuasive « retient le particulier de violer les objectifs et les règles posés par le droit communautaire »¹⁴⁷¹, ce qui s'apprécie au regard de la nature et du niveau de la sanction¹⁴⁷², et de la probabilité qu'elle soit infligée¹⁴⁷³. « En ce sens, le critère de la dissuasion recoupe celui de l'efficacité »¹⁴⁷⁴, un caractère attendu de toute sanction, pénale ou non pénale.

¹⁴⁶⁴ Notamment : CJUE, *Texdata Software GmbH*, précité, §52 ; 9 mars 2010, *ERG e.a.*, C-379/08 et C-380/08, §86 ; 3 juill. 2003, *Lennox*, C-220/01, §76 ; 12 mars 2002, *Omega Air e.a.*, C-27/00 et C-122/00, §62 ; 4 juin 1992, *Debus*, C-13/91 et C-113/91, §16 ; 13 nov. 1990, *Fedesa e.a.*, C-331/88, §13 ; 11 juill. 1989, *Schräder/Hauptzollamt Gronau*, 265/87, §21.

¹⁴⁶⁵ Conclusions de l'av. gé. VAN GERVEN, dans l'affaire *Hansen*, précité ; CJCE 26 oct. 1995, *Siesse*, aff. C-36/94 ; 8 mai 2008, *Ecotrade*, C-95/07 et C-96/07, §65 à 67 ; 12 juill. 2012, *EMS-Bulgaria Transport*, C-284/11, §67 ; 19 juill. 2012, *Redlits c/ aff. C-263/11*, §46 – 53.

¹⁴⁶⁶ Conclusions av. gé. KOKOTT dans l'affaire *Procédure pénale c/ Silvio Berlusconi e. a.*, aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, §89-90.

¹⁴⁶⁷ Notamment : CJUE, 26 sept. 2013, *Texdata Software GmbH*, aff. C-418/11, §52 ; 9 fév. 2012, *Urbán*, C-210/10, §24 ; 3 juill. 2003, *Lennox*, C-220/01, §76 ; 12 mars 2002, *Omega Air e.a.*, aff. C-27/00, §62 ; 4 juin 1992, *Debus*, aff. C-13/91, §16 ; 13 nov. 1990, *Fedesa e.a.*, aff. C-331/88, §13 ; 11 juill. 1989, *Schräder/Hauptzollamt Gronau*, 265/87, §21.

¹⁴⁶⁸ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier - JOUE L 348 du 24 déc. 2008.

¹⁴⁶⁹ CJUE, 6 déc. 2011, *Achughbabian c/ Préfet du Val de Marne*, aff. C-329/11, §37.

¹⁴⁷⁰ CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. C-61/11 PPU, §§58-59 ; 6 déc. 2011, *Achughbabian*, précité.

¹⁴⁷¹ Conclusions av. gé. Kokott dans l'affaire *Berlusconi*, précité, §89 ; également conclusions av. gé. VAN GERVEN dans l'affaire *Hansen*, précité.

¹⁴⁷² CJCE, 18 octobre 2001, *Commission/Irlande (C-354/99, §47)*, et point 27 des conclusions de l'avocat général Geelhoed du 5 avril 2001. Voir aussi arrêts du 8 juin 1994, *Commission/Royaume-Uni (C-382/92, §§56 à 58 (C 383/92, §§41 et 42)*. Sont également prises en considération les modalités de détermination du montant de la sanction pécuniaire (*Equoland*, C-272/13, §35 ; 13 nov. 2014, *Ute Reindl*, aff. C-443/13, §40).

¹⁴⁷³ Conclusions av. gé. Kokott dans l'affaire *Berlusconi*, §89.

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

371. *La neutralité de la méthode* - Définie par des caractères manifestement liés au point d'en être indissociables¹⁴⁷⁵, que l'on peut attendre de toute sanction de n'importe quelle nature, c'est en réalité la méthode de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive », certes porteuse d'une obligation de sanction, mais qui, faute de toute autre indication laissée à discrétion des Etats membres, ne peut être considérée comme une obligation de pénalisation¹⁴⁷⁶, pas même dissimulée.

372. *L'indifférence d'un contexte législatif pénal* - Le contexte pénal de l'ELSJ n'affecte pas nécessairement la neutralité de la méthode. L'article 9 du règlement 2580/2001 édictant des mesures de gels de fond, par exemple, exige des Etats membres la prévision de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives en cas de non-respect des mesures. Quoiqu'on imagine difficilement comment, dans ce contexte de lutte contre le terrorisme, la sanction efficace, proportionnée et dissuasive de la violation des mesures restrictives pourrait être d'une nature autre que pénale¹⁴⁷⁷, l'Union ne l'a cependant pas expressément imposé.

373. *L'insuffisance de la protection d'un bien juridico-pénal* - Le fait que le comportement sanctionné protège un bien juridico-pénal n'y change rien¹⁴⁷⁸. Par exemple, si l'échange et le transfert de données personnelles est nécessaire à une lutte efficace contre la criminalité, ces

¹⁴⁷⁵ En effet, pour l'avocat général VAN GERVEN, dissuasion et proportionnalité sont intimement liées (Conclusions dans l'affaire Hansen, précité) quand, de son côté, l'avocat général KOKOTT regroupe l'effectivité et la dissuasion sous un « principe d'adéquation » pour apprécier le critère de proportionnalité à la lumière d'une exigence de nécessité (Conclusions av. gé. KOKOTT dans l'affaire Procédure pénale c/ Silvio Berlusconi e. a. (aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, §89 -90).

Voir : DIRRIG, E., Limites tenant à la nature des directives et cohérence de l'ordre juridique communautaire : un nœud gordien ? note sous CJCE, 3 mai 2005 (grande chambre), Procédure pénale c/ Silvio Berlusconi e. a. (aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02), RTD Eur. 2005 p. 921.

¹⁴⁷⁶ L'obligation d'incriminer « désigne la situation dans laquelle le juge européen, Cour européenne des droits de l'homme ou Cour de justice de l'Union européenne, impose à un État membre de recourir à la voie pénale pour sanctionner un comportement » - ZEROUKI-COTTIN, D., L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir, RSC 2011, p. 575.

¹⁴⁷⁷ A cet égard, les EM ont opté pour la voie pénale : l'Allemagne (peine privative de liberté, v. CJUE, E et F, aff. 550/09, §43, l'Irlande, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, le Luxembourg, la République Tchèque, Malte, (source : Profils nationaux relatifs à la capacité de lutte contre le terrorisme, établis par le Comité d'experts sur le terrorisme du Conseil de l'Europe (CEDEXTER) : http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/country_profiles.asp).

En France, l'art. 459, §2 du code des douanes prévoit l'imposition d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende au minimum au montant et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction.

¹⁴⁷⁸ L'observation faite ici dans le contexte législatif pénal de l'ELSJ vaut a fortiori dans un contexte législatif non pénal. Ainsi, la directive 91/477/CEE du Conseil relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes (JOUE L 256 du 13 sept. 1991, telle que modifiée par la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 (JOUE L 179 du 8 juill. 2008)), par exemple, liée à l'encadrement de la libre circulation des marchandises participe également à la sécurité intérieure de l'Union, notamment des personnes. En outre, les infractions à la législation sur les armes à feu sont très majoritairement des infractions pénales dans les Etats membres. Cependant, en n'imposant qu'une obligation de sanction « effective, proportionnée et dissuasive » aux obligations qu'elle impose¹⁴⁷⁸, on ne saurait considérer les violations à la réglementation de l'Union sur l'acquisition et la détention d'armes comme des euro-infractions.

mesures mettent en tension plusieurs droits protégés¹⁴⁷⁹ ; la décision-cadre 2008/77 encadre la collecte, le transfert et l'échange des données à caractère personnel¹⁴⁸⁰ et impose aux États membres de prévoir la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » des violations de ses dispositions¹⁴⁸¹. Pour autant qu'on puisse attendre d'une obligation de sanction des atteintes portées à un bien juridique protégé par le droit primaire de l'Union¹⁴⁸² qu'elle soit de nature pénale, « il appartient néanmoins à chaque État membre de déterminer la nature des règles en matière de responsabilité délictuelle et des sanctions applicables en cas de violation des dispositions nationales sur la protection des données »¹⁴⁸³. Cette décision-cadre, comme d'autres outils prescrivant l'obligation de sanction « effective, proportionnée et dissuasive » d'un bien juridico-pénal de l'Union¹⁴⁸⁴, ne peut être incluse dans le champ d'étude, faute d'exprimer une volonté de punir de l'Union.

374. *L'insuffisance des autorisations ou incitations à pénaliser* - Que le législateur de l'Union précise le type de sanctions susceptibles de satisfaire ses exigences est tout aussi indifférent. Quand bien même il autorise, voire incite, parfois, les États membres à adopter des sanctions qualifiées de pénales¹⁴⁸⁵ ou d'une nature telle qu'elles ressortent en général de la matière pénale¹⁴⁸⁶, il ne s'agit jamais que d'une autorisation, et non une obligation, de pénalisation.

¹⁴⁷⁹ Le droit au respect de la vie privée est proclamé à art. 7 de la Charte des droits fondamentaux et la protection des données à caractère personnel est garantie par l'article 9 et 16 du TFUE.

¹⁴⁸⁰ Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale - JOUE L 350 du 30 déc. 2008.

¹⁴⁸¹ Art. 24 de la décision-cadre.

V. également, par exemple, art. 49 du règlement (CE) 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur le fonctionnement et l'utilisation du SIS II. et art. 65 de la décision 2007/533/JAI du Conseil sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération (SIS II) (JOUE L 205 du 7 août 2007) prévoyant que « toute utilisation frauduleuse de données introduites dans le SIS II ou tout échange d'informations supplémentaires contraire à la présente décision fasse l'objet de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ».

¹⁴⁸² Voir supra, n°278-291.

¹⁴⁸³ Point 30 du préambule de la décision-cadre 2008/977.

¹⁴⁸⁴ Tel que l'article 16, §1 de la directive 2003/87 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre – JOUE L 275 du 25 oct. 2003.

¹⁴⁸⁵ Par exemple : art. 42 de la directive 2014/31/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché des instruments de pesage à fonctionnement non automatique.

Voir également, plus implicitement en indiquant qu'une « charge pécuniaire » peut être prévue « en lieu et place d'une sanction pénale » (art. 42, §2 du code des douanes communautaires), ou en précisant que « parmi les sanctions prévues, peuvent notamment figurer des amendes (art. 30, §3 du règlement (UE) 1143/2014 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 relatif à la prévention et à la gestion de l'introduction et de la propagation des espèces exotiques envahissantes) ou des « sanctions financières » qui évoquent naturellement la peine d'amende (art. 5 de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ; art. 19, §2, a) du règlement 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché ; art. 11, §2 de la directive 1999/32/CE en ce qui concerne la teneur en soufre des combustibles marins.

¹⁴⁸⁶ Telle que l'interdiction d'exercer l'activité qui a permis la réalisation de l'infraction (art. 19, §2, c du règlement 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des

375. A tout principe, ses exceptions. Et lorsque le texte ou le contexte législatif révèlent une nature nécessairement pénale de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive », les normes ainsi sanctionnées sont alors accessibles à la qualification d'infraction pénale par nature.

b) La nature pénale de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » révélée par les textes ou le contexte : l'harmonisation des infractions pénales à destination des personnes physiques

376. La nature expressément pénale - Au premier âge du rapprochement des incriminations, le législateur intergouvernemental a naturellement emprunté au droit communautaire l'exigence d'une pénalisation effective, proportionnée et dissuasive qui présentait, outre l'avantage de préexister dans l'ordre juridique de l'Union, celui de ménager par son imprécision la sensibilité, voire la susceptibilité, des Etats membres méfiants et réticents à une intervention trop intégrationniste dans ce domaine à haut degré de sensibilité souverainiste. Malgré l'indétermination du quorum et du quantum des peines, la majorité des outils de rapprochement des infractions étaient cependant bel et bien porteurs d'une obligation de pénalisation dès lors qu'ils exigeaient de chaque Etat membre qu'il prenne les mesures nécessaires pour que les personnes « soient passibles de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives »¹⁴⁸⁷. La voie non pénale est donc expressément exclue.

377. La nature implicitement pénale - Mais quid en l'absence d'exigence expresse quant à la nature pénale des sanctions à prévoir¹⁴⁸⁸ ? S'il est vrai qu'alors en aucun cas les Etats membres ne

produits dérivés sur le marché), la saisie du produit de l'infraction (art. 30, §3, b du Règlement 1143/2014 précité ; art. 19, §2, b) du règlement 995/2010 précité), la suspension ou le retrait d'un permis ou d'une autorisation ayant permis la réalisation d'une infraction (art. 30 ; §3 ; c du règlement 1143/2014, précité ; une amende d'un montant équivalent à dix fois la valeur marchande de l'expédition qui ne satisfait pas audit article (point 27 du préambule règlement (CE) 2003/2003 du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 relatif aux engrais).

¹⁴⁸⁷ Voir : art 3, §1 de la convention PIF ; art. 5, §2 du premier protocole à la convention PIF ; art. 5, §1 de la convention « corruption des fonctionnaires européens » ; art. 7, §1 de la directive « PIF » ; art. 4, §1 de l'action commune sur la corruption dans le secteur privé ; art. 6, §1 de la décision-cadre « contrefaçon de l'euro » ; art. 6 de la décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces » ; art. 5, §1 de la décision-cadre « terrorisme » ; art. 3, §1 de la décision-cadre « traite des êtres humains » ; art. 1, §1 de la décision-cadre « immigration illégale » ; art. 5, §1 de la décision-cadre « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 4, §1 de la décision-cadre « trafic de drogue » ; art. 6, §1 de la décision-cadre « cybercriminalité » ; art. 8 bis de la directive pollution des navires ; art. 5 directive « protection de l'environnement par le droit pénal ».

¹⁴⁸⁸ Voir : art. 3 de la directive 2002/90/CE définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers ; art. 5, §1 de la directive 2009/52/CE prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ; Art. 4, §4 de la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

sont contraints de choisir la voie pénale du moment que la sanction réponde au triptyque « effectivité - proportion – dissuasion », celle-ci tient plus de la clause de style que d'une réelle liberté d'option. Dès lors que l'on se situe dans le contexte de l'harmonisation des infractions pénales qui circonscrivait l'action commune des Etats membres - et circonscrit toujours celle de l'Union - à la lutte contre des formes identifiées de criminalité grave et, désormais, transfrontière¹⁴⁸⁹, la sanction non pénale semble difficilement pouvoir satisfaire aux exigences d'effectivité, proportionnalité et dissuasion¹⁴⁹⁰. Et la voie non pénale apparaît parfaitement exclue si le texte indique que la sanction doit pouvoir permettre l'extradition ou la remise en vertu d'un mandat d'arrêt européen¹⁴⁹¹, ce qui ne concerne que des procédures pénales.

378. Dans le cadre de l'harmonisation des infractions, la méthode de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » postulera d'une nature pénale. Toutefois, le postulat recèle des limites qui font entrer les dispositions concernées dans la catégorie des « infractions à pénalité variable » de l'Union.

c) La pénalité variable de la sanction effective, proportionnée et dissuasive révélée par le texte ou le contexte législatif

379. Les limites du contexte législatif du rapprochement des infractions pénales : La sanction « efficace proportionnée et dissuasive » des personnes morales – Malgré le postulat de la nature pénale de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » dans le contexte du rapprochement des infractions pénales, des exceptions existent. Tel est le cas de la sanction des personnes morales, par exemple. En effet, si le droit de l'Union n'impose pas la nature pénale de celle-ci¹⁴⁹². L'explication tient au fait que certains Etats membres ne connaissent

¹⁴⁸⁹ Les caractères grave et transfrontière étaient des points communs aux formes de criminalité énumérées aux anciens articles 29 et 31 TUE (criminalité organisée, terrorisme, traite des êtres humains, crimes contre les enfants, trafic de drogue, trafic d'armes, corruption, fraude, racisme et xénophobie) ; ils figurent désormais expressément à l'article 83, §1 TFUE.

¹⁴⁹⁰ Cela ne pouvait être constitutif d'un manquement d'Etat sous l'empire des anciens traités ; le manquement d'Etat n'était pas applicable aux deuxième et troisième piliers. En tout état de cause, aucune décision-cadre ne laissait l'option non pénale pour la sanction des personnes physiques. En revanche, certaines incriminations contenues par des directives adoptées depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne l'ont laissée. Le manquement d'Etat ayant été étendu à l'ensemble de l'ELSJ, reste à savoir si un Etat profitera de cette marge de transposition et dans quelle mesure il sera contesté l'efficacité ou la proportionnalité d'une sanction non pénale, le cas échéant.

¹⁴⁹¹ Art. 4, §4 de la directive 2011/36/UE concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes.

¹⁴⁹² Voir infra, sur cette question : n°577.

pas la responsabilité pénale de la personne morale. Et dans la mesure où l'action de l'Union dans la sphère pénale doit se faire « dans le respect (...) des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres »¹⁴⁹³, l'Union ne saurait exiger l'introduction de cette responsabilité par une directive¹⁴⁹⁴. Pour les Etats membres connaissant la responsabilité pénale de la personne morale, en revanche, le choix d'une voie non pénale semble difficilement acceptable. Ainsi, la sanction « effective proportionnée et dissuasive » d'une personne morale ayant commis une euro-infraction peut légitimement être non pénale dans certains Etats membres mais nécessairement pénale dans d'autres, ce qui constitue une autre hypothèse d'infractions à « pénalité variable » du droit de l'Union¹⁴⁹⁵.

380. *Obligation de sanction, option d'incrimination et pénalité variable* - Une dernière hypothèse d'une sanction « effective, proportionnée et dissuasive » à pénalité variable, doit être mentionnée : l'alternative entre la voie pénale et une voie non pénale déterminée. Dans de rares cas, le législateur de l'Union exige une sanction respectant le triptyque effectivité-proportionnalité-dissuasion mais dont la nature est prédéterminée en laissant cependant une alternative aux Etats membres entre la répression pénale ou disciplinaire¹⁴⁹⁶. Les infractions dont la sanction est ainsi prescrite sont également à « pénalité variable », selon les Etats.

381. Envisagée dans son ensemble, la méthode de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » est intrinsèquement porteuse d'une « pénalité variable ». Cependant, sa mise en œuvre révèle plus de nuances. La méthode étant dénuée de toute autre précision, le postulat sera celui de l'exclusion des normes concernées du champ d'étude, faute de pouvoir apprécier l'existence d'une finalité punitive. *A contrario*, par exception, la précision de la nature pénale, ou un contexte ne laissant pas d'autre option, prescrira le rattachement au champ pénal. Finalement, seules les infractions à pénalité variable, tenant à la coexistence d'options pénales et non pénales selon les

¹⁴⁹³ Art. 67, §1 TFUE.

¹⁴⁹⁴ Contraire à un Etat membre à introduire la responsabilité pénale des personnes morales dans son système pénal était inenvisageable sous l'empire des anciens traités en raison de la règle de l'unanimité régissant le troisième pilier. C'est désormais envisageable en raison de la procédure législative ordinaire applicable mais pourrait justifier le recours à la clause dite « de frein d'urgence » de l'article 83, §3 TFUE, sous réserve que le Conseil européen considère qu'introduire la responsabilité pénale des personnes morales « porte atteinte aux aspects fondamentaux [du] système de justice pénale » d'un Etat membre.

¹⁴⁹⁵ Celle-ci, cependant, n'affecte en aucun cas le rattachement pénal dans la mesure où la nature pénale des infractions concernées est indiscutable.

¹⁴⁹⁶ Directive 2008/106/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 concernant le niveau minimal de formation des gens de mer ; v. également : art. 44, §3 du Règlement (CE) 1005/2008 du Conseil du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée.

Etats membres, relèvent véritablement d'une zone grise du champ pénal. Celle-ci ne s'arrête cependant pas là. Même précisée, la nature ou la mesure de la sanction peuvent laisser incertain le rattachement pénal ou non pénal.

B- LES SANCTIONS A PENALITE VARIABLE

382. Définition - On qualifiera de sanctions à pénalité variable, qui ne sont pas fondamentalement « pénales », que l'on rencontre dans différentes branches du droit, et qui ne font d'ailleurs pas toujours office de sanctions. Le droit pénal en connaît un certain nombre. Que cela tiennent de leur nature (I) ou de leur mesure (II), ces sanctions sont pénales lorsqu'associées à des infractions pénales par nature, mais non pénales dans le cas contraire.

I- Les sanctions à pénalité variable par nature

383. La confiscation – Fondamentalement, la confiscation n'est pas une peine en raison de son caractère protéiforme¹⁴⁹⁷. En effet, selon son caractère général¹⁴⁹⁸ ou spécial¹⁴⁹⁹, ou encore son régime légal¹⁵⁰⁰, elle peut être une peine, une mesure de sûreté ou encore une mesure de réparation civile¹⁵⁰¹. En droit comparé, le constat est identique¹⁵⁰². Et pour la Cour EDH, cette

¹⁴⁹⁷ ROBERT, J.-H. « Une QPC sur la confiscation en matière pénale », note sous Cons. constit., décision n°2010-66 QPC du 26 novembre 2010, JCP G 2011, 15 ; GREGOIRE, L., Les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion, th. dactyl. Aix-Marseille Université, 2014, p. 333 et s. ; BEZIZ-AYACHE, A., Rep. Pén. Dalloz, V° Confiscation, n°31 et s. ; PRADEL, J., Droit pénal général, p.570 ; RASSAT, M.-L., Droit pénal général, Ellipse, 2006, pp. 555-556 ; ; MATSOPOULOU, H., La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal, RSC 1995 p. 301 et s.

¹⁴⁹⁸ Générale, elle porte ou peut porter sur tout ou partie du patrimoine de l'intéressé, bien meuble ou immeuble, divis ou indivis et n'ayant aucun lien avec l'infraction (GARCON, E. et PELLETIER, V., Droit de la peine, Litec, coll. Manuel, 2011, p. 91 ; MATSOPOULOU, H., précité ; PONCELA, P., Droit de la peine, PUF, coll. Thémis, 1995, p. 38 et 95 ; CERE, J.-P., Rep. Pén. Dalloz, v° Peine (Nature et prononcé), n°25).

¹⁴⁹⁹ Spéciale, elle porte sur les produits ou l'instrument de l'infraction (en ce sens : Ibid ; Lexique des termes juridiques Dalloz, v° confiscation).

¹⁵⁰⁰ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du Juge PINTO DE ALBUQUERQUE, CEDH, 29 oct. 2013, Varvara c/ Italie, req. n°1747/09 : « C'est plutôt le régime légal de la confiscation tel qu'il est établi par la loi et interprété et appliqué par la jurisprudence qui doit conduire à une conclusion sur sa nature [pénale] ».

¹⁵⁰¹ La confiscation générale, privation permanente détachée du fait reproché, se veut assez nettement punitive. La confiscation est une mesure de sûreté « lorsqu'elle porte sur des objets dangereux, nuisibles ou dont la possession est illicite et qu'il faut retirer de la circulation. Il ne s'agit pas de punir, et d'ailleurs la confiscation peut être prononcée indépendamment de la culpabilité de la personne poursuivie, mais de rétablir l'ordre public et faire cesser le trouble causé par l'acte du délinquant » La confiscation fait office de mesure de réparation civile lorsqu'elle est prononcée au profit de la victime pour lui tenir lieu de dommages-intérêts (BEZIZ-AYACHE, précitée, n°26 et s.). Ainsi, la Chambre criminelle a pu considérer la confiscation comme une peine (not. : Cass. crim., 29 déc. 1882 : Ann. propr. ind. 1884, p. 359) ou comme une mesure de réparation civile, pouvant être décidée même par une juridiction civile et en cas d'acquiescement (Cass. Crim., 20 nov. 1978, n°77-93417).

mesure est une peine¹⁵⁰³ à trois conditions¹⁵⁰⁴ : être prononcée en conséquence d'une infraction pénale et non en tant que mesure préventive décidée lors d'une enquête criminelle¹⁵⁰⁵, être définitive¹⁵⁰⁶, et, enfin, la personne confisquée doit être celle à qui l'infraction en lien avec le bien confisqué est reprochée¹⁵⁰⁷. En droit de l'Union, la confiscation est une peine pour les euro-infractions¹⁵⁰⁸, puisque définie comme la privation permanente d'un bien ordonnée par une juridiction en lien avec une infraction pénale¹⁵⁰⁹. Elle peut également être générale, sous la dénomination de « confiscation élargie »¹⁵¹⁰. En dehors du droit du rapprochement des infractions, la confiscation, systématiquement spéciale¹⁵¹¹, peut selon son fondement, son but et la procédure dans laquelle elle s'insère, être une mesure de sûreté¹⁵¹², une mesure réparatrice¹⁵¹³ ou

¹⁵⁰² VERVAELE, J. A.E., Les sanctions de confiscation en droit pénal : un intrus issu du droit civil ? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais, RSC 1998 p. 39 et s. / « l'atteinte aux droits patrimoniaux à la suite de violations punissables du droit connaît dans un certain nombre de pays également des formes civiles et administratives, insérées ou non dans le procès pénal ». Le droit pénal italien, par exemple, a « dépenalisé » la confiscation, c'est-à-dire l'a transformé en sanction administrative afin de permettre d'étendre la mesure à la confiscation de biens détenus par des tiers et indépendamment de toute condamnation pénale sans enfreindre le principe de personnalité. La Cour EDH ne se laissa pas convaincre et considéra la sanction comme pénale (CEDH, 20 janv. 2009, *Sud Fondi SRL c/ Italie*, req. n°75909/01 §§- dans le même sens 29 oct. 2013, *Varvara c/ Italie*, req. n°1747/09, §51). Le droit pénal international n'est guère plus éclairant : la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, par exemple, nonobstant un contexte clairement pénal, comprend dans son champ d'application les confiscations prononcées par un juge administratif ou civil (Art. 5, §4 de la convention).

¹⁵⁰³ CEDH, 21 fév. 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, req. n°8544/79, précité : La confiscation du véhicule pour infraction routière, comme peine accessoire à l'amende, « peut avoir des répercussions graves sur la vie de l'intéressé » ; 9 fév. 1995, *Welch c/ R.-U.*, req. n°17440/90 ; 5 juill. 2001, *Phillips c/ R.-U.*, req. n°41087/98, §39 ; 23 sept. 2008, *Grayson et Barnham c/ R.-U.*, req. n°19955/05 et 15085/06, §37.

¹⁵⁰⁴ Cependant, les affaires ayant statué sur la nature de cette mesure sont peu nombreuses et citent très volontiers le précédent « Welch » qui, pris dans sa globalité corrobore l'ambiguïté de la nature de cette mesure. En effet, devant la Commission EDH, la confiscation prononcée en lien avec des infractions de trafic de stupéfiants a d'abord été considérée comme réparatrice et préventive. Le résultat du vote avait cependant été ex-aequo et la conclusion à la non violation de l'article 7 due à la seule prépondérance de la voix du Président. Étonnamment, la même question portée devant la Cour donna un vote unanime concluant à la nature de « peine ».

¹⁵⁰⁵ Comm. EDH, 15 avril 1991, *M. c/ Italie*, req. n°12386/86.

¹⁵⁰⁶ Il semble qu'il ne saurait y avoir « confiscation » sans dépossession définitive de l'intéressé au profit de l'Etat – en ce sens : CEDH, 22 fév. 1994, *Raimondo c/ Italie*, req. n°12954/87, §29.

¹⁵⁰⁷ Ainsi, le tiers dont le bien est confisqué pour avoir servi à commettre l'infraction (en l'espèce celle d'un avion utilisé pour commettre des infractions de contrebande) n'est pas accusé en matière pénale du fait de la mesure. L'atteinte à son droit de propriété est une autre question – voir : CEDH, 24 oct. 1986, *AGOSI c/ R.-U.*, req. n°9118/80. Dans le même sens : 5 mai 1995, *Air Canada c/ R.-U.*, req. n°18465/91, §50-55 ; 26 juin 2001, *C.M. c/ France*, req. n°28078/95 ; 23 juill. 2009, *Bowler International Unit c/ France*, req. n°1946/06, §§65-67.

¹⁵⁰⁸ Le champ d'application fixé à la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne couvre l'ensemble des euro-infractions (art. 3 de la directive) ; elle est également spécialement prévue pour certaines euro-infractions telles que la traite des êtres humains (art. 7 de la directive 2011/36), l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie (art. 11 de la directive 2011/93).

¹⁵⁰⁹ Art. 2, §4 de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne.

¹⁵¹⁰ Art. 5 de la directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne.

¹⁵¹¹ Et pour cause, la confiscation générale est particulièrement sévère et répondrait difficilement à la proportionnalité et la stricte nécessité de la peine, principes fondamentaux du droit de la sanction en droit de l'Union. V° supra, n°803-805.

¹⁵¹² L'article 20 de la directive 2007/23 relative au commerce de produits pyrotechniques impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires leur permettant de confisquer des lots non conformes à la directive. En réponse au non-respect d'une réglementation, cette confiscation fait fonction de sanction mais également de mesure de sûreté, eu égard à la dangerosité des produits concernés.

une peine. Tel est le cas de la confiscation des espèces végétales et animales commercialisées en violation du règlement 338/97¹⁵¹⁴, qui a vocation à ce que « le crime ne paie pas »¹⁵¹⁵ et est « exactement proportionnée aux effets de la faute »¹⁵¹⁶. La mesure est dans ce cas sanctionnatrice, et dans la mesure où les comportements imposés par le règlement ont été érigés en euro-infractions par la directive 2008/99 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal¹⁵¹⁷, la confiscation prévue par le règlement, comme par la directive, d'ailleurs, constitue une confiscation pénale.

384. *Les déchéances¹⁵¹⁸ et interdictions¹⁵¹⁹* - Les sanctions de déchéance ou d'interdiction sont également protéiformes à maints égards. Elles le sont par leurs objets : interdiction d'exercer une activité professionnelle, de conduire, de paraître dans certains lieux, de détenir certains biens, d'entrer ou de quitter le territoire, de participer à des marchés publics... Elles le sont au regard de leur classification juridique : pénale¹⁵²⁰, administrative¹⁵²¹, constitutionnelle¹⁵²², ou encore politique¹⁵²³. Elles le sont encore par la fonction attribuée, la finalité poursuivie : mesure de sûreté¹⁵²⁴, de police administrative¹⁵²⁵ ou sanction, sous réserves, pour la Cour EDH, du

¹⁵¹³ En droit douanier qui ne relève pas du noyau dur pénal en droit de la convention EDH (par. ex. : CEDH, 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, req. n°73053/01., §43 ; 4 mars 2008, *Hüseyin Turan c/ Turquie*, req. n°11529/02, §32), ni en droit de l'Union, faute de faire écho à aucun élément de l'article 2 TUE, ni à aucune disposition de la Charte, et de ne pas être incriminée par le droit primaire, la confiscation, qui a pour effet d'annuler la dette douanière, n'a donc guère de finalité punitive (Art. 124, §1 f) du règlement 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union. Celle-ci peut toutefois être réputée non éteinte pour les besoins éventuels des législations pénales nationales : art. 124, §2 du même règlement). Du reste, comme des sanctions pécuniaires dont l'éventuelle nature pénale est évoquée, elle n'est qu'une option, et non une obligation, pour les Etats membres.

¹⁵¹⁴ Règlement (CE) n°338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce.

¹⁵¹⁵ CEDH, 9 février 1995, *Welch c/ R.-U.*, req. n°17440/90, §30.

¹⁵¹⁶ ROBERT, J.-H. « Une QPC sur la confiscation en matière pénale », note sous Cons. constit., décision n°2010-66 QPC du 26 novembre 2010, *JORF* du 27 novembre 2010, p. 21117, JCP G 2011, 15.

¹⁵¹⁷ La directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal (JOUE L 328 du 6 déc. 2008) rejoint le règlement en érigeant expressément en infraction pénale la possession ou la capture de spécimens d'espèces de faune et de flore sauvages protégées et le commerce de spécimens d'espèces de faune ou de flore sauvages protégées ou de parties ou produits de ceux-ci (art. 3, f) et g) de la directive).

¹⁵¹⁸ La déchéance étant la perte d'un droit (Lexique des termes juridique 2014-15, Dalloz, v° déchéance), elle équivaut à l'interdiction de l'exercer. On assimilera donc les deux sanctions.

¹⁵¹⁹ Ne sont évidemment visées que les interdictions prononcées à titre de sanction, et non les interdictions formulées sous peine de sanction.

¹⁵²⁰ Par ex. : 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, req. n°18640/10, §98 (interdiction d'administrer, diriger ou contrôler des sociétés cotées en bourse pour des durées comprises entre deux et quatre mois); 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ R.-U.*, req. n°7819/77, §72 (perte du droit à une remise de peine).

¹⁵²¹ Par ex. : CEDH, 5 oct. 2000, *Maaouia c/France*, req. n°39652/98, §39.

¹⁵²² Par. ex. : CEDH, 6 janvier 2011, *Paksas c/ Lituanie*, req. n°34932/04.

¹⁵²³ A propos de l'inéligibilité par exemple : CEDH, 14 sept. 1999, *Masson c/ France*, req. n°41944/98 ; 30 juin 1995, *Estrosi c/ France*, req. n°24359/94 - Comm. EDH, 13 janv. 1997, *Tapie c/ France*, req. n°32258/96.

¹⁵²⁴ L'interdiction d'exercer une activité professionnelle, par exemple, reçoit la qualification de mesure de sûreté dans la majorité des autres pays (Pin, X., « Interdiction d'exercer une fonction ou une activité professionnelle ou sociale. – Interdiction d'exercer une fonction publique. – Interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale. – Interdiction d'exercer une

contexte¹⁵²⁶, des conséquences qu'elle emporte¹⁵²⁷ et que son aspect punitif ne soit pas subsidiaire¹⁵²⁸. Aussi, en droit de l'Union, en droit des marques, par exemple, la déchéance du droit d'usage exclusif d'une marque du fait du non usage pendant une période de cinq ans ou lorsque la marque est devenue une désignation usuelle du produit¹⁵²⁹, n'est pas une sanction mais la traduction juridique de l'obsolescence du droit d'usage exclusif de la marque¹⁵³⁰. En droit du rapprochement des infractions, divers déchéances et interdictions sont listées au titre des sanctions complémentaires applicables aux personnes morales¹⁵³¹. Toutefois, ces sanctions ne peuvent être qu'à pénalité variable, faute pour le droit de l'Union d'imposer la nature pénale de la responsabilité des personnes morales¹⁵³². En revanche, l'interdiction pour des dirigeants de

profession commerciale ou industrielle. – Interdiction de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale », J.-Cl. Pénal Code, article 131-27 à 131-29, fasc. 20, 2014, n°13).

¹⁵²⁵ CEDH, Maaouia c/France, précité: L'interdiction du territoire « constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers (...) Le fait qu'elle est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère essentiellement préventif ».

¹⁵²⁶ CEDH, Paksas c/ Lituanie, précité, §66 : « dans le contexte d'une procédure d'*impeachment* du Président de la République pour violation grave de la Constitution ou manquement au serment constitutionnel, la destitution et l'inéligibilité (qui en est une conséquence) répondent à la responsabilité constitutionnelle du chef de l'Etat » - dans un sens analogue : CEDH, 21 oct. 1997, Pierre-Bloch c/ France, req. n°24194/94, §56.

Contra : CEDH, 30 mai 2006, Matyjek c/ Pologne (req. n°38184/03, §56 - 58 : sa « perte de siège de député et a été frappé d'une inéligibilité de dix ans en conséquence du fait qu'un arrêt définitif a constaté qu'il avait menti dans sa déclaration de lustration (...) la nature de l'infraction, combinée avec la nature et la gravité des peines encourues, est telle que les charges pesant sur le requérant ont constitué des accusations en matière pénale au sens de l'article 6 de la Convention ».

¹⁵²⁷ En ce sens : CEDH, Malige c/ France, précité, §39 : « le retrait de points peut entraîner à terme la perte de la validité du permis de conduire. Or, il est incontestable que le droit de conduire un véhicule à moteur se révèle de grande utilité pour la vie courante et l'exercice d'une activité professionnelle. La Cour, avec la Commission, en déduit que si la mesure de retrait présente un caractère préventif, elle revêt également un caractère punitif et dissuasif » ; 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, précité, §98 : « une interdiction d'administrer, diriger ou contrôler des sociétés cotées en bourse pour des durées comprises entre deux et quatre mois (...) [est] de nature à porter atteinte au crédit des personnes concernées (voir, mutatis mutandis, Dubus S.A., ...) (...) la Cour estime que les sanctions en cause relèvent, par leur sévérité, de la matière pénale » ; 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ R.-U., précité, §72 : « la sanction disciplinaire de perte de remise de peine, qui a eu pour effet l'allongement de la détention, s'analyse comme une peine ».

¹⁵²⁸ CEDH, Maaouia c/France, précité: L'interdiction du territoire « constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers (...) Le fait qu'elle est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère essentiellement préventif ».

Contra : opinion concordante de M. le juge COSTA, à laquelle MM. les juges HEDIGAN et PANȚÎRU déclarent se rallier, CEDH, Maaouia c/ France, précité : « Je vois mal la cohérence du raisonnement suivi ici avec la jurisprudence de la Cour dans son ensemble. J'ai du mal à concilier la nature administrative de l'interdiction du territoire avec la nature pénale de majorations d'impôts pour mauvaise foi (24 fév.1994, Bendenoun c/ France, req. n°12547/86), d'une ordonnance de confiscation prise en complément d'une peine d'emprisonnement (9 fév. 1995, Welch c/ Royaume-Uni, req. n°17440/90), d'une contrainte par corps venant assortir une peine d'amende (8 juin 1995, Jamil c/ France, req. n°15917/89), ou encore du retrait de points sur le permis de conduire d'un automobiliste (23 sept.1998, Malige c/ France, req. n°27812/92). J'en conclus que la procédure d'interdiction du territoire devrait, par principe, relever de la matière pénale, et entrer à ce titre dans le champ d'application de l'article 6 §1 ».

¹⁵²⁹ Art. 51, §1, b) et c) du règlement 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire - JOUE L 78 du 24 mars 2009.

¹⁵³⁰ En revanche, la déchéance du droit d'usage d'une marque a bien une fonction de sanction lorsqu'elle sanctionne une utilisation de la marque ayant induit le public en erreur. (art. 73 du règlement 207/2009 précité).

¹⁵³¹ A savoir : exclusion du bénéficiaire d'un avantage ou d'une aide publics, interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale, dissolution judiciaire ou encore fermeture temporaire ou définitive de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction – pour les références légales, voir n°625.

¹⁵³² Voir n°577.

société de négociier pour leur propre compte ou d'exercer des fonctions de gestion, prévues par le règlement 569/2014¹⁵³³ réformant le droit répressif « administratif » des marchés financiers, par exemple, sont certes qualifiées d'administratives, mais étant associées à des infractions dont il a été considéré qu'elles relèvent du noyau dur du droit de l'Union¹⁵³⁴, elle sont des sanctions relevant de la sphère pénale¹⁵³⁵.

385. Dans le cas évoqués jusque-là, qu'il s'agisse d'infractions ou de sanctions à pénalité variable, la variabilité est due à une indétermination *a priori* se répercutant d'un point de vue spatial : le droit de l'Union formule une obligation de sanction d'une nature telle qu'on ne peut y déceler une volonté de punir ou de ne pas punir de la part de l'Union, provoquant ainsi une mouvance des frontières du système pénal de l'Union, oscillant entre pénal et non pénal, observable au niveau des Etats. Le cas de la majoration des sommes indûment perçues, sanction à pénalité variable par mesure, est quelque peu différent. Si le cadre général du droit de l'Union conduit à l'exclure du champ pénal, ses applications particulières font douter d'une telle conclusion.

II- Une sanction à pénalité variable par mesure : la majoration du remboursement des sommes indûment perçues :

386. Majoration des sommes indûment perçues et privation d'un avantage pour une période excédant celle de l'irrégularité : analyse distincte – En matière de fraude aux intérêts financiers, dont les infractions relèvent du noyau dur pénal de l'Union¹⁵³⁶, il a été préalablement rapproché les sanctions que sont la privation d'un avantage et l'exclusion d'un régime d'aide pour reposer sur une logique analogue, y compris lorsqu'elles sont appliquées à une période dépassant celle de l'irrégularité¹⁵³⁷. A s'en tenir à l'appréciation de la Cour de Justice, on devrait également

¹⁵³³ Règlement (UE) n°596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission (JOUE L 173 du 12 juin 2014).

¹⁵³⁴ Voir supra, n°359.

¹⁵³⁵ Contra, pour des déchéances et interdictions sanctionnant des infractions exclues du champ d'étude : art. 45, 4), 5, et 6) du règlement (CE) 1005/2008 du Conseil du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée ; zrt. 4, §2 de la directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers), art. 7, §1, d) de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier).

¹⁵³⁶ Voir n°355 et s.

¹⁵³⁷ Voir n°357 et 358.

les rapprocher de la majoration des sommes indûment perçues¹⁵³⁸. En effet, pour elle, il n'existe pas « une différence fondamentale entre la sanction consistant à infliger à un opérateur le paiement d'une telle majoration et celle consistant à priver ce même opérateur du droit de bénéficier d'un avantage pendant une certaine période. Dans les deux hypothèses, la personne visée subit une perte financière qui va au-delà du simple remboursement »¹⁵³⁹. Toutefois, contrairement à l'exclusion d'un avantage ou à la privation d'un régime d'aide, la majoration des sommes indûment perçues, « ne peut dépasser le niveau strictement nécessaire pour lui donner un caractère dissuasif »¹⁵⁴⁰, ce qui semble interdire toute sévérité susceptible de conférer une finalité punitive. A ce dernier égard, le règlement 2988/95 semble avoir institué une sanction non pénale¹⁵⁴¹.

387. La pénalité variable de la majoration des sommes indûment perçues – Toutefois, il existe des mises en œuvre sectorielles faisant douter de l'inexistence d'une finalité punitive, lorsqu'il est prévu une majoration de l'ordre du double de l'indu, par exemple¹⁵⁴². Ainsi, dans l'arrêt Loncke, la Cour EDH jugea qu'une amende du double du remboursement de TVA indûment perçu s'analyse en une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 § 1 de la Convention »¹⁵⁴³. La sévérité qui permet de faire relever une infraction non pénale par nature de la matière pénale au sens de la convention¹⁵⁴⁴ caractérise, *a fortiori*, la finalité punitive de la même sanction, lorsqu'elle est associée à une infraction pénale par nature, ce qui est le cas de la fraude aux intérêts financiers. Aussi, nonobstant la lettre du règlement, la sanction de majoration des sommes indûment perçues peut, en pratique, selon le montant fixé par la réglementation sectorielle, exprimer une finalité punitive. En raison de ce décalage entre la sanction non punitive

¹⁵³⁸ Art. 5, b) du règlement PIF.

¹⁵³⁹ CJCE, 27 oct. 1992, Allemagne c/ Commission, aff. C-240/90, §25.

¹⁵⁴⁰ Art. 5, b) du règlement.

¹⁵⁴¹ *Contra* : PRADEL J., CORSTENS, G., VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, coll. Précis, 3ème éd., 2009, n°689.

¹⁵⁴² Art. 22, §1 du règlement (CE) 1071/2005 de la Commission du 1er juillet 2005 portant modalités d'application du règlement (CE) 2826/2000 du Conseil relatif à des actions d'information et de promotion en faveur des produits agricoles sur le marché intérieur ; art. 27, §1 du règlement (CE) 501/2008 de la Commission du 5 juin 2008 portant modalités d'application du règlement (CE) 3/2008 du Conseil relatif à des actions d'information et de promotion en faveur des produits agricoles sur le marché intérieur et dans les pays tiers.

¹⁵⁴³ CEDH, 25 sept. 2007, Loncke c/ Belgique, req. n°20656/03, §41.

¹⁵⁴⁴ En effet, passant sous silence l'examen de l'infraction pénale pour ne faire relever l'espèce de la matière pénale qu'en raison de la sévérité de la sanction, la Cour sous-entend que l'infraction, obtention indue d'une déduction de taxe, n'est pas pénale « par nature » au sens de la Convention mais le devient en raison de la sévérité de la sanction. L'arrêt Jussila c/ Finlande (23 nov. 2006, req. n°73053/01) confirmera a posteriori que les infractions fiscales ne relèvent pas du noyau dur pénal en droit de la convention EDH.

instituée par le règlement 2988/95 et les applications punitives des réglementations sectorielles, cette sanction sera analysée comme à « pénalité variable ».

388. Conclusion du paragraphe - La mise en évidence de zones grises dans le champ pénal de l'Union est, certes, déroutante mais ne signifie pas toujours qu'il est impossible de déterminer leur appartenance au champ pénal. Les sanctions à pénalité variable par nature sont en réalité l'illustration de l'opportunité d'avoir inclus le critère d'une atteinte à un bien juridique protégé parmi les éléments d'identification du champ pénal de l'Union Européenne. En effet, protéiformes ou hybrides par nature, elles ne sont ni parfaitement dépourvues, ni suffisamment porteuses d'une finalité punitive pour colorer « l'infraction » à laquelle elles sont associées. Sans le critère de l'atteinte au bien juridique protégé, le rattachement pénal ne procéderait plus que de la seule réponse du critère de généralité de la norme, qui n'a rien de spécifiquement « pénal ». Seul l'objet de l'infraction permet d'attribuer une coloration pénale suffisante, ou non. Ainsi, seules les infractions à pénalité variable posent une réelle difficulté. Elles expriment une géométrie et une géographie variable rejoignant un constat déjà fait à propos du volet pénal de l'ELSJ. Cette caractéristique est globalement perçue comme une « anomalie » du droit pénal européen ; il conviendra d'y revenir ultérieurement¹⁵⁴⁵.

CONCLUSION DE LA SECTION

389. Un champ pénal vaste - Les incriminations pénales indirectes, c'est-à-dire les comportements interdits par le législateur de l'Union sous peine de sanction(s) plus ou moins précisément déterminées par lui, ne se limitent pas à celles issues du volet pénal de l'ELSJ. Elles ne se limitent pas non plus à celles qui viennent d'être examinées. Toutefois, il n'est pas impératif d'en étudier plus ; l'essentiel est d'avoir constaté que l'apposition d'une qualification non pénale n'est pas toujours à prendre pour acquise, que le champ pénal est plus étendu qu'il n'y paraît et, subséquemment, que le système pénal de l'Union est plus complexe que les traités ne le laissent entendre. Une question toutefois, demeure : un certain nombre de ces infractions sont issues d'outils juridiques postérieurs à l'admission, jurisprudentielle et institutionnelles, de la

¹⁵⁴⁵ Voir infra, n°810-842.

compétence pénale accessoire à une politique de l'Union, afin d'en garantir – ou s'efforcer de – l'effectivité. Cela soulève la question du choix de ne pas recourir à la base juridique qu'est l'article 83, §2 TFUE dont il n'est pas certain que l'on puisse obtenir des réponses.

CONCLUSION DU CHAPITRE

390. *Un champ pénal dual* – Les infractions indirectes demeurent dans la lignée du droit de punir expressément accordé par les traités à l'Union, qui n'est en réalité qu'un droit de « criminaliser sans punir »¹⁵⁴⁶. La mise en évidence d'infractions communautaires pénales, en revanche, ravive la question du droit et du pouvoir de punir de l'Union. Avec une nuance notable, toutefois. Les infractions communautaires pénales identifiées sont toutes issues du droit primaire. Prévues par les traités eux-mêmes, cela suppose l'acceptation expresse des Etats membres. La dotation de l'Union d'un pouvoir de punir, matériellement très limité, a donc été approuvée par ces derniers, ce qui tue dans l'œuf toute critique tenant d'un manque de légitimité de ce droit de punir octroyé à l'Union. En revanche, on constate que le droit pénal de fond n'est pas un ensemble uniforme mais dual : il y a, d'une part, les euro-infractions sanctionnées par les institutions de l'Union et, d'autre part, celles prévues par le droit de l'Union mais dont la sanction effective revient aux Etats membres.

CONCLUSION DU TITRE

391. *Un champ pénal vaste et hétérogène* – L'apport essentiel de ce titre est donc le constat qu'il existe un champ pénal unioniste plus vaste que ce que les traités et le droit dérivé ne laissent supposer. L'adoption d'une méthodologie propre ayant vocation à identifier les interdits protégeant des intérêts ou valeurs essentiels à l'Union et donnant lieu à des sanctions punitives a conduit à redéfinir le champ pénal de l'Union. De la sorte, au droit issu du volet pénal de l'ELSJ, s'ajoute des infractions et sanctions artificiellement exclues par l'Union de son champ pénal. L'extension horizontale du champ pénal de l'Union, au regard de l'éventail de ses compétences, suppose une restructuration de l'ensemble. Les catégories juridiques définies, sans être vraiment

¹⁵⁴⁶ Expression empruntée à SOTIS, C., « Criminaliser sans punir », RSC 2010, p.773.

nommées, par les traités ne permettent pas d'absorber l'ensemble des euros-infractions. En effet, pour elles, les traités ne connaissent que le droit de la coopération judiciaire et policière. Or les infractions au droit de la concurrence, les discriminations en droit des transports, ou encore, le manquement d'Etat sont parfaitement étrangères à la coopération pénale au sens du titre V TFUE. En outre, certaines euros-infractions issues de l'harmonisation interrogent la légitimité de leur rattachement à la coopération judiciaire et policière pénale, tels les abus de marchés. En somme, à ne considérer que les euro-infractions, celles identifiées ne répondent pas exactement à ce que l'on connaît comme étant le droit pénal de l'Union européenne. La complexité du système pénal de l'Union européenne ne s'arrête pas là ; il y a également plus que du « droit pénal » dans le système pénal de l'Union européenne.

CONCLUSION DE LA PARTIE

392. *De la délimitation du champ pénal de l'Union à sa nécessaire restructuration* - Lors de la délimitation verticale du champ pénal de l'Union, c'est-à-dire lors de l'étude des frontières du champ pénal de l'Union avec son environnement, il a été précisé trois éléments très importants dans le cadre de la démonstration de l'existence d'un système pénal de l'Union européenne. Tout d'abord, le champ pénal de l'Union compte, en plus du droit du volet pénal de l'ELSJ, des accords internationaux, la coutume internationale et les principes généraux du droit international, notamment ceux en lien avec le domaine pénal. Ensuite, l'Union s'inspire du droit international pénal « de nature à renforcer la consistance et la performance du système »¹⁵⁴⁷. Cette ouverture cognitive s'accompagne d'une clôture normative signifiant que l'Union maîtrise l'incorporation des normes internationales, étayant sa complète autonomie normative, élément important dans la reconnaissance d'un système¹⁵⁴⁸. Enfin, il a été exposé comment le système juridique de l'Union comprend une part des systèmes nationaux en reposant sur eux pour mettre en œuvre une grande partie du droit de l'Union produit. Cela implique que même lorsqu'elles sont prononcées par les juridictions nationales, les sanctions unionistes indirectes appartiennent aussi bien au système pénal de l'Union que celui de l'Etat membre concerné. La dualité des euros-

¹⁵⁴⁷ OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., *Le système juridique, entre ordre et désordre*, PUF, 1998, p. 154 – citation illustrant et résumant l'autopoïèse d'un système.

¹⁵⁴⁸ Bien que l'autopoïèse ne puisse jamais être que relative, selon certains auteurs, car un programme ne se programme pas lui-même (pour une discussion sur le caractère autopoïétique, absolu ou relatif, des systèmes juridiques : OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., précités, pp. 150-159).

infractions est un défi au regard de la qualification de « système » car un système est un « tout » logique et cohérent. Pour que cette dualité n'affecte pas la cohérence du tout, il faut que cette dualité ne concerne guère plus que l'attribution du pouvoir de punir, c'est-à-dire que les sanctions communautaires et indirectes doivent soumise au même régime juridique. Toute nature pénale supposant, en droit européen, le respect du principe de légalité et de ses corollaires et des droits de l'accusé, toutes les euro-infractions y sont-elles soumises ? Selon les mêmes critères ? Selon les mêmes bases juridiques ? Quel(s) élément(s) assurent la cohérence et l'unité de l'ensemble ?

393. De la décomposition du champ pénal de l'Union à la modélisation du système pénal de l'Union - La précision des frontières du système pénal de l'Union européenne a permis d'étayer l'existence des composantes d'un système juridique : un ensemble d'éléments, interagissant entre eux, au sein d'un environnement duquel on peut les isoler. Si une proportion non négligeable des précédents développements s'est intéressée au dénombrement sommaire des euro-infractions, car les infractions sont le fondement même d'un système pénal, l'Union européenne a également créé des organes ayant des compétences relevant du domaine pénal et des structures de coaction et de rapprochement des systèmes judiciaires et policiers des Etats membres, ainsi qu'un certain nombre de mesures procédurales ponctuellement évoquées. Affirmer que tout cela constitue un système pénal, suppose donc de pouvoir y déceler les propriétés d'un système : ces éléments doivent pouvoir être structurés de manière logique, afin de former un « tout » cohérent, non-contradictoire, exprimant une identité permettant aussi bien de confronter la cohérence du système que d'en guider les évolutions futures. Autrement dit, il convient d'examiner la systématité du champ pénal de l'Union et de rechercher son modèle.

PARTIE 2 : LA SYSTEMATISATION DU CHAMP PENAL DE L'UNION EUROPEENNE : L'IDENTIFICATION DU MODELE PENAL

394. *De la systématisation à la classification* - La systématisation est l'action qui vise à « réunir des faits ou des opinions en un seul corps de doctrine »¹⁵⁴⁹, à « ramener un grand nombre de faits à un système »¹⁵⁵⁰. C'est également le « fait d'être systématisé, d'être rendu systématique »¹⁵⁵¹, dans le sens d'invariable, sans se démentir¹⁵⁵², sans défaillance¹⁵⁵³. Les deux sens, finalement, se rejoignent dans l'effort de structuration d'un système. D'une part, un système est un ensemble organisé, relativement stable dans l'espace et le temps, ce qui suppose un minimum d'invariabilité. D'autre part, l'opération de structuration d'un système repose sur celle de catégorisation, c'est-à-dire regrouper les éléments semblables, ce qui, là encore, rejoint l'exigence de systématité.

395. *Méthodologie de classification* - Bien que les catégories ne soient qu'un instrument d'analyse, et non une analyse en soi¹⁵⁵⁴, la démarche scientifique se passe rarement de toute opération de description, de classification, ou de typologie pour donner une cohérence et permettre une compréhension rapide de l'objet d'étude : « le système des catégories juridiques permet de discipliner le désordre et l'incertitude des faits sociaux en les saisissant plus aisément sous une qualification claire et des règles déterminées »¹⁵⁵⁵. La démarche n'est pas sans présenter quelques risques scientifiques, en particulier si la catégorie est ramené à un « idéal type », « une image mentale obtenue non par généralisation des traits communs (...) mais par rationalisation

¹⁵⁴⁹ V° systématiser, Dictionnaire de l'académie française, 8ème édition : Dictionnaire Littré ; Dictionnaire Trésors de la langue française.

¹⁵⁵⁰ V° Systématiser, Dictionnaire de l'académie française ; Dictionnaire Trésors de la langue française.

¹⁵⁵¹ V° Systématisation, Dictionnaire Trésors de la langue français ; dans le même sens : Dictionnaire Larousse.

¹⁵⁵² V° Systématique, Dictionnaire Larousse.

¹⁵⁵³ V° Systématique, Dictionnaire Trésors de la langue français.

¹⁵⁵⁴ TROCKER, N., et VARANI, V. (dir.), Concluding remarks, in the reform of civil procedure in comparative perspective, Torino, G. Giappichelli Editore, 2005 , p. 245.

¹⁵⁵⁵ BERGEL, J.-L., Théorie générale du droit, n°191.

utopique »¹⁵⁵⁶. Pour éviter cela, il faut garder à l'esprit, d'une part, qu'« aucun modèle n'existe à l'état pur »¹⁵⁵⁷ de sorte que les catégories se mélangent, se combinent, se superposent¹⁵⁵⁸ ; d'autre part qu'il faut parfois faire évoluer, compléter, renouveler les catégories connues, en cas de distorsion trop importante avec l'observation du réel¹⁵⁵⁹.

396. De la classification à l'autonomie matérielle du droit de l'Union - Ces conseils sont d'autant plus pertinents dès lors que c'est le droit de l'Union européenne que l'on cherchera à catégoriser. En effet, celui-ci, dans son ensemble, défie les classifications traditionnelles du droit. Aucun des modèles traditionnels constitutionnels ne réellement sied à l'Union européenne¹⁵⁶⁰, qualifiée, en conséquence, d'organisation *sui generis*¹⁵⁶¹. La *summa divisio* classique du droit - droit privé / droit public - n'a guère plus de sens¹⁵⁶². L'Union n'est pas plus classifiable selon une distinction entre organisation d'intégration et organisation de coopération, celle-ci ayant opté pour une étonnante, mais apparemment viable, méthode d'intégration par la coopération¹⁵⁶³. Faisant partiellement écho à presque toutes mais ne répondant parfaitement à aucune, le droit de l'Union est ainsi tout à la fois complètement dissoluble et parfaitement insoluble dans les classifications traditionnelles. Le droit pénal produit par l'Union européenne ne déroge pas à ce constat. A l'autonomie formelle d'un système pénal fruit de la production normative autonome de l'Union, et non plus de la collectivité des Etats membres, même par le biais d'une institution de l'Union, répond une autonomie substantielle de ce système caractérisée par une architecture propre et originale.

397. De la structure au modèle pénal de l'Union - L'effort de structuration organique des règles et des principes apparaissait en 2000 insatisfaisant¹⁵⁶⁴, pour ne pas dire impossible. Dix-sept ans plus tard, après une réforme institutionnelle et moult actes législatifs, « un effort peut néanmoins être fait pour faire ressortir les grandes lignes de tendance qui se dégagent [des années

¹⁵⁵⁶ GROSCLAUDE, J., « Introduction », in M. Weber, *Sociologie du droit*, Puf, coll. Quadrige, 2007, p. 16. Dans le même sens : AMRANI-MEKKI, S., « Les catégories de common law et de civil law à l'épreuve de l'office du juge et des parties », in Mélanges Guinchard, « Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel », Dalloz, 2010.

¹⁵⁵⁷ CADIE'T, L., NORMAND, J. et AMRANI-MEKKI, S., *Théorie générale du procès*, PUF, 2010.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁵⁹ BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit*, n°197, p. 209.

¹⁵⁶⁰ Voir par exemple : PLIAKOS, A.-D., *La nature juridique de l'Union européenne*, RTD eur. 1993, p. 187 et s.

¹⁵⁶¹ RIDEAU, J., *Union européenne – nature, valeurs, caractères généraux*, Jcl Europe –traité, fasc. 110, n°11-27.

¹⁵⁶² AZOULAI, L., *Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union Européenne*, RTD eur. 2011, p. 842.

¹⁵⁶³ BERNARD, E., *La distinction entre organisation de coopération et organisation d'intégration : l'Union européenne au carrefour des méthodes*, in DUBIN, L. et RUNAVOT, M.-C., *Le phénomène institutionnel et international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ?*, Pédone, 2014, p. 103 et s.

¹⁵⁶⁴ MANACORDA, S., *Droit pénal et Union européenne : esquisse d'un système*, RSC 2000-1, p. 199 et s.

écoulées] »¹⁵⁶⁵. « Au prix escompté de négliger une partie de ces éléments et au risque de simplifier excessivement le cadre juridique »¹⁵⁶⁶, un tel effort permet d'obtenir un résultat globalement satisfaisant. Il est parfaitement possible de déceler à travers l'apparent « bric-à-brac »¹⁵⁶⁷ des normes pénales unionistes adoptées individuellement « une systématisation du matériel normatif, dans un cadre rationnel susceptibles d'absorber les développements normatifs futurs »¹⁵⁶⁸ (Titre 1), autrement dit d'élaborer la structure des différentes branches du droit pénal de l'Union. Marque d'une sophistication assez avancée du système pénal de l'Union, les branches du droit pénal sont dominées par « une table de principes à valeur supra-législative, commandant le mécanisme même d'adoption des normes pénales »¹⁵⁶⁹, comme ses modalités de réalisations (Titre 2), des principes fondamentaux qui permettront de déterminer l'identité pénale de l'Union.

¹⁵⁶⁵ MANACORDA, S., Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen, RSC 2013, p. 927 et s.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.*

¹⁵⁶⁷ Expression empruntée à COMBACAU, J., Le droit international : bric-à-brac ou système ? ; in Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, p. 85-105.

¹⁵⁶⁸ MANACORDA, S., précité, p. 98.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*

TITRE 1 : LES BRANCHES DU DROIT PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

398. *Le dépassement de la coopération* - A s'en tenir aux traités, le droit de l'Union ne connaîtrait qu'un droit de la coopération pénale entre Etats membres. Nonobstant les intitulés des chapitres 4 et 5 du titre VI TFUE, cette qualification est indiscutablement devenue obsolète. En effet, la coopération ne cherche qu'à créer des passerelles entre plusieurs systèmes pénaux cloisonnés¹⁵⁷⁰ dans un environnement où l'entité de référence reste l'État souverain¹⁵⁷¹ et où la dynamique de l'action normative est tournée vers ce qui est considéré comme extérieur au système. Cette dynamique a, à l'évidence, été dépassée, sans pour autant avoir été complètement abandonnée. La dynamique normative de la coopération unioniste dans le secteur pénal n'est plus tournée vers un environnement extérieur mais intérieur, au sein d'une même communauté juridique devenue l'entité de référence¹⁵⁷². La reconnaissance mutuelle s'inscrit dans une démarche d'amélioration de la coopération entre Etats membres, mais par l'institution d'une procédure commune, ce qui relève plutôt de l'intégration. L'extension des compétences d'Eurojust et d'Europol au déclenchement des poursuites, pour l'un, à la coordination et à la réalisation des enquêtes, pour l'autre, ne font que les éloigner un peu plus d'une fonction exclusivement coopérative. De surcrois, certains aspects du champ pénal de l'Union ne répondent aucunement à la définition classique de la « coopération judiciaire »¹⁵⁷³, telle l'harmonisation d'infractions accessoires à une politique de l'Union, les euros-infractions communautaires, prévues et directement sanctionnées par les institutions de l'Union ou encore. A tous ces égards, l'ensemble normatif pénal de l'Union se distingue singulièrement « des mécanismes de coopération relativement traditionnels, fortement marqués par la souveraineté

¹⁵⁷⁰ En ce sens : CASTELLA, C., La souveraineté de l'Etat et le droit de punir, thèse dactyl., Toulouse I, 2009, p. 62.

¹⁵⁷¹ Ainsi qu'il s'évince des définitions de l'entraide répressive : « l'ensemble des moyens par lesquels un Etat prête le concours de sa force publique ou de ses institutions judiciaires à l'instruction, au jugement ou à la répression d'une infraction par un autre Etat » (LOMBOIS, C., Droit pénal international, Dalloz 2^{ème} éd., 1979, n°415).

¹⁵⁷² En effet, c'est bien « l'Union [qui] œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité (...) par des mesures de coordination et de coopération entre autorités policières et judiciaires et autres autorités compétentes, ainsi que par la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale et, si nécessaire, par le rapprochement des législations pénales » (art. 67, §3 TFUE). De même, c'est encore « l'Union [qui] développe une coopération policière qui associe les autorités compétentes des Etats membres » (art. 87, §1 TFUE). Ou encore, c'est bien à « la coopération judiciaire en matière dans l'Union » qu'est dédié l'article 82 TFUE.

¹⁵⁷³ Qui peut être définie comme « un ensemble d'actes qu'une autorité judiciaire compétente (autorité requise) relevant d'un Etat (Etat requis) accomplit pour le compte d'une autorité judiciaire requérante relevant d'un autre Etat (Etat requérant) ». (DEMANET, G., Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale : RD pén. crim. 1997, p. 811).

nationale et son corollaire, le principe de la territorialité pénale »¹⁵⁷⁴, laquelle perdure par ailleurs, en droit de l'Union¹⁵⁷⁵ comme national¹⁵⁷⁶.

399. Summa divisio exclus - La structuration du système normatif pénal de l'Union, l'organisation logique et synthétisante de son champ pénal, ne peut donc être fondée sur l'idée de coopération. Tout au plus, pourra-t-elle être prise en compte subsidiairement. En s'inspirant du droit constitutionnel, on pourrait alors entreprendre de distinguer les normes d'application centralisée de celles d'application décentralisées, en l'occurrence déléguées aux Etats membres. Une telle distinction n'est pas inintéressante ; elle est particulièrement expressive d'un aspect du modèle unioniste : la coexistence de deux niveaux d'exécution. Toutefois, elle n'apporte que peu d'informations sur l'identité pénale de l'Union. On pourrait être tenté de catégoriser le champ pénal de l'Union selon l'opposition classique droit de fond/droit de procédure. Sa pertinence est toutefois assez limitée pour mettre en exergue l'originalité du modèle pénal de l'Union.

400. Summa divisio retenue - Lorsque l'on visualise le champ pénal de l'Union dans son ensemble, un premier ensemble d'éléments semblables apparaît rapidement : les euros-infractions, qu'elles soient d'application unioniste ou étatique. Cette première sous-branche appelle naturellement la dénomination de « droit pénal de l'Union européenne » (Chapitre 2). Une fois mises à part les euros-infractions, que reste-t-il du champ pénal de l'Union ? Les acteurs de la coopération pénale, la reconnaissance mutuelle, diverses normes de coopération plus classique telle que la collecte et l'échange d'informations, le droit des victimes et le droit des droits des personnes dans une procédure pénale. L'ensemble pourrait sembler trop hétérogène pour constituer une classe-repère à part entière. Pourtant, ces normes présentent deux points communs : d'une part, toutes concernent l'administration de la justice pénale, d'autre part, plus que de « simples accords sur les collaborations »¹⁵⁷⁷, elles ont pour objet de dépasser la territorialité pénale classique en créant un droit commun applicable par les Etats membres, dans les Etats membres et/ou entre eux. Cet ensemble sera dénommé « le droit de la justice pénale dans l'Union européenne » (Chapitre 1).

¹⁵⁷⁴ WEYEMBERGH, A., Coopération judiciaire pénale, JCI Europe – Traité, fasc. 2700, n°5.

¹⁵⁷⁵ Les Etats membres peuvent toujours conclure, entre eux, des accords intensifiant la coopération pénale.

¹⁵⁷⁶ Pour leurs relations avec les Etats tiers.

¹⁵⁷⁷ FOURNIER G., in FLAESH-MOUGIN, C., et SERENA ROSSI, L., (dir.), La dimension extérieur de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, Bruylant, coll. Rencontres européennes, 2013, p. 458.

CHAPITRE 1 – LE DROIT DE LA JUSTICE PENALE DANS L’UNION EUROPEENNE :

401. *Le droit de la justice pénale dans l’Union Européenne : définition et appréhension*

matérielle – Largement entendue, la « justice pénale » s’entend de l’ensemble des règles de droit pénal et des institutions qui les mettent en œuvre¹⁵⁷⁸. Se confondant avec celle de « système pénal », elle ne saurait être retenue dès lors qu’il s’agit de distinguer, au sein du « système pénal », un sous-ensemble relatif à la « justice pénale ». Plus strictement appréhendée, la « justice pénale » se limite à l’ensemble des juridictions de l’ordre judiciaire chargées d’appliquer la loi pénale¹⁵⁷⁹. Renvoyant à la notion d’organisation judiciaire pénale¹⁵⁸⁰, on y affiliera difficilement l’harmonisation des droits procéduraux ou les règles relatives à la collecte, au stockage et au partage d’informations, par exemple. En outre, cela créerait l’illusion que le système pénal de l’Union européenne comporte une « organisation judiciaire pénale » autonome¹⁵⁸¹. Arbitrant entre une conception trop extensive et une autre trop restrictive, le droit de la justice pénale sera appréhendé en s’inspirant de la notion de droit processuel vertical et défini comme l’ensemble des règles relatives au service public de la justice pénale, à la procédure pénale et à l’exécution des décisions de justice pénale¹⁵⁸². Il s’agira d’un « droit de la justice pénale *dans* l’Union Européenne » et non d’un « droit de la justice pénale *de* l’Union Européenne » puisque celui-ci régle les interactions entre les justices pénales des Etats membres aussi bien qu’il régit certains aspects de l’administration de la justice pénale dans chaque Etat membre, peu important que l’infraction soit un euro-crimes ou non, qu’elle comporte un élément d’extranéité ou non¹⁵⁸³. Ainsi défini, « le droit de la justice pénale dans le l’Union Européenne » ne se confondra cependant pas

¹⁵⁷⁸ JEANCLOS, Y., *Injuste justice ? La dynamique pénale au XXIème siècle*, LexisNexis, coll. Essais, 2013.

¹⁵⁷⁹ Dictionnaire de la justice, CADIET, L. (dir.), PUF, 2004.

¹⁵⁸⁰ JEANCLOS, Y., précité – dans le même sens, pour P. PONCELLA, « l’ensemble normatif institutionnel que constitue la justice pénale est communément considérée comme formant un système » (Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal, Archives de philosophie du droit, tome 31, « le système juridique », Sirey, 1986, p. 121-131).

¹⁵⁸¹ Les juridictions de l’Union ont certaines compétences en matière pénale mais les acteurs pénaux européens tels qu’Eurojust ou Europol ne peuvent être considérés comme des éléments d’une organisation judiciaire, tel qu’il en existe en droit interne (voir n°200-203).

¹⁵⁸² GUINCHARD, S., e.a., *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 2009, 10^{ème} éd., p. 6, n°4.

Dans le sens de cette acception : le cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation ayant eu pour thème « les transformations de la justice pénale » s’est aussi bien intéressé à la procédure pénale qu’à l’organisation judiciaire pénale (GUINCHARD, S., BUISSON, J., *Les transformations de la justice pénale, cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, 2014).

¹⁵⁸³ Pour une distinction entre « droit pénal de l’Union européenne » et « droit pénal dans l’Union européenne », voir : DELMAS-MARTY, M., *Union européenne et droit pénal*, Cahiers de droit européen, 1997, n°5/6, pp. 607-633.

parfaitement avec le contenu des chapitres 4 et 5 du titre VI TFUE. Ce sont principalement les articles 82 et 87 TFUE qui fondent juridiquement cette sous-branche du système pénal de l'Union¹⁵⁸⁴ et qui permet de catégoriser les normes qui en découlent en distinguant les droits des personnes concernées par une procédure pénale (section 1) du droit de la procédure pénale dans l'Union Européenne (section 2).

SECTION 1- LES DROITS DES PERSONNES CONCERNEES PAR UNE PROCEDURE PENALE

402. Source de l'intérêt de l'Union pour les droits des mis en cause dans les procédures pénales - Si la « coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires »¹⁵⁸⁵, celle-ci ne peut être effective et efficace que dans un climat de confiance mutuelle entre les États membres. Bien que la Convention EDH « constitue (...) un fondement important permettant aux États membres de nourrir et de renforcer la confiance mutuelle dans leurs systèmes judiciaires pénaux »¹⁵⁸⁶, l'adhésion de l'ensemble des États membres à celle-ci n'emporte pas la garantie d'un respect de ses dispositions. Le contentieux porté devant la Cour de Strasbourg s'en fait l'illustration,

¹⁵⁸⁴ Le rapprochement des infractions (article 83 TFUE) n'entre pas dans le champ notionnel d'un droit dédié au service public de la justice pénale, à la procédure pénale et à l'exécution des décisions de justice pénale. L'article 84 TFUE régit la compétence d'appui en matière de prévention de la criminalité pour laquelle l'Union ne peut à aucune harmonisation des droits nationaux ; son recours se limite principalement, pour le moment, à l'établissement de programme de soutien financier (par ex : règlement (UE) n° 513/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et à la répression de la criminalité ainsi qu'à la gestion des crises) ou à l'orientation de politique générale (par ex : règlement (UE) n°1382/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme «Justice» pour la période 2014-2020). Les articles 85 et 88 TFUE sont dédiés à Eurojust et Europol, exclus du présent champ d'étude pour avoir été précédemment étudiés (voir supra, n°200-203).

L'article 89 TFUE relatif à l'établissement des « conditions et les limites dans lesquelles les autorités compétentes des États membres visées aux articles 82 et 87 peuvent intervenir sur le territoire d'un autre État membre en liaison et en accord avec les autorités de celui-ci » relève, certes, du champ notionnel du présent chapitre mais ne connaît encore aucune mise en œuvre.

¹⁵⁸⁵ Art. 82, §1, TFUE.

¹⁵⁸⁶ Résolution du Conseil du 30 nov. 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects et personnes poursuivies dans les procédures pénales (2009/C 295/01, JOUE C 295 du 4 déc. 2009). Voir également : VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G. et SURANO, L., « Quel futur pour la reconnaissance mutuelle en matière pénale – analyse transversale » in « L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union Européenne », Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 2009, p. 560.

Il a également été avancé l'opportunité d'une telle action législative afin de contrebalancer un « droit pénal matériel européen sévère, foisonnant et imprécis » présentant des risques d'atteintes aux droits fondamentaux (LELIEUR, J., La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves dans l'Union Européenne : une chance pour le système probatoire français en crise ? RSC 2011, p.1 ; SATZGER, H. (dir.), Manifeste pour une politique pénale européenne, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_384.pdf.

alimentant la méfiance mutuelle naturelle entre les justices pénales nationales. Considérant alors que « l'Union Européenne pourrait agir davantage » et « afin de renforcer la confiance mutuelle au sein de l'Union Européenne, il importe qu'en complément de la convention, il existe des normes de l'Union Européenne relatives à la protection des droits procéduraux qui soient dûment mises en œuvre et appliquées au sein des Etats membres »¹⁵⁸⁷. Aussi, l'article 82, § 2 TFUE¹⁵⁸⁸ a-t-il prévu le rapprochement des législations relatives aux droits des personnes mises en cause dans la procédure pénale.

403. Autonomie du droit des personnes dans les procédures pénales - Mais quoique l'harmonisation des droits des personnes dans une procédure pénale soient présentés comme participants à l'amélioration de la coopération pénale¹⁵⁸⁹, le lien est cependant bien distendu¹⁵⁹⁰. Ce n'est qu'indirectement, en limitant les recours possible aux clauses de sauvegarde des droits fondamentaux, que ces dispositions ont un rapport avec la coopération pénale. Mais surtout, en couvrant les procédures transnationales comme les situations purement internes¹⁵⁹¹, et plus

¹⁵⁸⁷ Id.

¹⁵⁸⁸ L'intérêt pour le rapprochement des droits des personnes visées par une procédure pénale n'est pas une innovation du traité de Lisbonne. En 2004, en effet, la Commission avait présenté une proposition de décision-cadre visant au rapprochement de certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne (COM (2004) 0328 final - {SEC(2004) 491} – Procédure 2004/0113/CNS). Le texte fut accueilli de « manière glaciale » (WEYEMBERGH, A., Coopération judiciaire pénale, JCl. Traité – Europe, n°99.) par certains Etats membres, invoquant notamment l'absence de base légale dans le traité. Après trois années d'infructueuses négociations, le Conseil JAI des 12 et 13 juin 2007 « acta » de l'échec des négociations (point 12 du procès-verbal – CS/2007/10699 - PRES/2007/125). La proposition fut retirée par la Commission après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'adoption de la feuille de route du 30 novembre 2009 visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (Résolution du Conseil du 30 nov. 2009 précitée), intégrée le 11 décembre 2009 au programme de Stockholm afin d'être concrétisée (Programme de Stockholm – une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens, 2010/C 115/01, JOUE C 115 du 4 mai 2010, point 2.4).

¹⁵⁸⁹ L'article 82, §2 TFUE limite en effet le recours à son emploi « dans la mesure où cela est nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle », laquelle est le fondement de la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union Européenne (art. 82, §1, TFUE).

¹⁵⁹⁰ Septiques quant au lien réel entre rapprochement des procédures pénales et amélioration de la coopération judiciaire et policière, limitant donc l'intervention de l'Union, : REBUT, D., Le droit pénal et la procédure pénale saisis par le droit de l'Union Européenne, in GUINCHARD, S. et BUISSON, J., les transformations de la justice pénale, cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation, Dalloz, p. 103.

¹⁵⁹¹ Dans le cadre du marché intérieur, lorsque « tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre », le droit de l'Union n'a pas vocation à s'appliquer (notamment CJCE 16 fév. 1995, Aubertin e.a., C-29 à 35/94) - A propos des situations purement internes, v. par ex. : VOLLOT, A., Vers une interprétation excessive des frontières du droit communautaire ou une disparition des situations purement internes ?, LPA, 9 nov. 2005, n°223, p. 10 ; SOULARD, C., Le droit communautaire et les situations purement internes, RSC, 1995, p. 647. Pour une application de la théorie des situations purement internes à PESIJ : CJUE, 7 juin 2012, Anton Vinkov c/ Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost, aff. C-27/11.

Quoique les préambules des directives adoptées opèrent tous les liens entre l'amélioration de la coopération entre les Etats membres, la reconnaissance mutuelle et le renforcement des droits fondamentaux, rien dans les champs d'application définis aux articles premiers, ni dans aucune autre disposition, ne va dans le sens d'une exclusion des « situations purement internes » du champ d'application des directives de rapprochement des garanties procédurales. Du reste, un bénéfice à géométrie variable de droits procéduraux applicables dès les premiers stades de l'enquête, lorsqu'on ne sait pas nécessairement si la « situation » restera « purement interne » ou non, apparait difficilement soutenable.

encore dans la perspective des poursuites conduites par un ministère public européen¹⁵⁹², ces instruments dépassent le cadre classique de la coopération pénale pour s'inscrire dans un droit, plus large, de la justice pénale dans les Etats membres. Cela étant précisé, avant de s'intéresser précisément aux droits des mis en cause dans une procédure pénale consacrés par le droit de l'Union (B), il convient de s'intéresser et d'appréhender les bénéficiaires de ces droits (A).

§1 - LES PERSONNES CONCERNEES PAR UNE PROCEDURE PENALE EN DROIT DE L'UNION

404. *Les personnes concernées par une procédure pénale* – L'article 82, §2 TFUE visant distinctement le rapprochement des législations relatives aux « droits des personnes dans la procédure pénale » et aux « droits des victimes d'infractions »¹⁵⁹³, la construction de l'article exclut toute méprise consistant à considérer la victime comme une partie à la procédure pénale. Elle est néanmoins concernée par celle-ci, et c'est ainsi que les droits des personnes visées par une procédure pénale (A) et les droits des victimes (B) sont conjointement affiliés dans une sous-branche du droit de l'Union dédiée aux droits des personnes concernées par une procédure pénale.

A- LES PERSONNES VISEES PAR UNE PROCEDURE PENALE EN DROIT DE L'UNION

405. *De la catégorie des « personnes dans la procédure pénale » à leur identification* - L'article 82 TFUE couvrant largement « les personnes visées par une procédure pénale », les directives de rapprochement des garanties procédurales adoptées permettent de distinguer trois statuts : les suspects ou personnes poursuivies (I), les personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen (II) et le mineur délinquant (III).

¹⁵⁹² La proposition de règlement relative à l'institution d'un ministère public européen compétent pour les fraudes aux intérêts financiers confère à toute personne soupçonnée et poursuivie par le Parquet européen les droits procéduraux « tels qu'ils sont prévus dans la législation de l'Union et le droit interne de l'Etat membre » en se référant expressément aux directives de rapprochement des garanties procédurales (art. 41 de la proposition de règlement portant création du Parquet européen - COM/2013/0534 final).

¹⁵⁹³ Respectivement art. 82, §2, b) et c) TFUE.

I- Le suspect ou la personne poursuivie

406. *Le suspect ou la personne poursuivie : le mis en cause en droit de l'Union* – Le droit de l'Union visant conjointement « le suspect ou la personne poursuivie », il ne distingue donc pas réellement ces statuts qui peuvent ainsi être appréhendés sous la dénomination commune de « mis en cause ». Et si l'on peut opérer une distinction parmi ces bénéficiaires, ce n'est pas tant au regard de la chronologie procédurale qu'en raison de l'existence d'une contrainte. En effet, pour le mis en cause subissant une privation de liberté, certains droits sont renforcés, d'autres ne lui sont qu'exclusivement profitables. Par exemple, le droit à l'information devient un droit à l'information écrite¹⁵⁹⁴, et le droit de communiquer avec des tiers ne s'applique qu'en cette circonstance¹⁵⁹⁵.

407. *Délimitation du statut de mis en cause dans une procédure pénale : suspect ou personne poursuivie vs « accusé en matière pénale »* – Les directives bénéficient à toute personne informée par les autorités compétentes qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale¹⁵⁹⁶. Ainsi, le statut de suspect en droit de l'Union dépend de la notification officielle de cet état à l'intéressé, une notion qui, à défaut de toute autre précision et sur le fondement de la clause de non-régression¹⁵⁹⁷, s'interprète à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH. Cependant, si la référence à la « notification officielle » n'est pas sans rappeler la définition strasbourgeoise de « l'accusation » en matière pénale, cette dernière n'offre qu'un

¹⁵⁹⁴ Art. 4, §1 de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 142 du 1^{er} juin 2012) ci-après dénommée « directive « droit à l'information » ».

¹⁵⁹⁵ Art. 5 et 6 de la directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires (JOUE L 94 du 6 nov. 2013) ci-après dénommée « directive « droit à l'assistance d'un avocat » ».

¹⁵⁹⁶ Art. 1, §2 de la directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 280 du 26 oct. 2010) ci-après dénommée « directive « droit à l'interprétation et à la traduction » » ; art. 2, 1 de la directive « droit à l'information » et 2, §1 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat » ; art. 2 de la directive 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 65 du 11 mars 2016) ci-après dénommée « directive « présomption d'innocence » » ; art. 2, §1 de la directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 132 du 21 mai 2016) ci-après dénommée « directive « droits des mineurs délinquants » ». Dans le même sens : art. 2, 1) de la directive 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen (JOUE L 297 du 4 nov. 2016) ci-après dénommée « directive « droit à l'aide juridictionnelle » ».

¹⁵⁹⁷ Prévu par chacune de ces directives, les clauses de non régression prévoient, à l'instar de l'article 52, §3 de la Charte des droits fondamentaux, une interprétation conforme des directives avec la Convention et la jurisprudence de la Cour EDH.

éclairage limité. En effet, le « reproche d’avoir commis une infraction pénale », qui s’entend « de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre l’accusé »¹⁵⁹⁸ et s’identifie au regard des « répercussions importante sur la situation de l’intéressé »¹⁵⁹⁹ que le reproche entraîne concerne, avec évidence, la personne poursuivie, mais avec beaucoup plus d’incertitude à la personne seulement soupçonnée. Cela étant, à considérer que l’existence, en fait, de soupçons à l’encontre d’une personne n’en fasse pas un « suspect » au sens du droit de l’Union, le droit à l’information, tel que défini par l’article 6 de la directive confine(ra)it alors à la tautologie : tout suspect a le droit d’être informé de l’infraction pénale qu’il est soupçonné d’avoir commise mais ne devient « suspect » qu’à compter de la notification officielle, ou par tout autre moyen, de l’existence de soupçons. La difficulté, probablement insoluble juridiquement, repose sur la dimension factuelle qu’elle comporte : apprécier et déterminer le moment où une personne doit être informée de son état de suspect, et se voir octroyer le statut de suspect.

408. Point final des garanties procédurales – Si le point de bascule de suspect de fait à celui en droit n’est pas du plus limpide, le terme du statut de mis en cause l’est plus. Celui-ci bénéficie des droits conférés par les directives jusqu’à ce qu’une décision définitive sur la culpabilité soit prise par une juridiction de jugement¹⁶⁰⁰, étant précisé que les directives ne s’appliquent pas aux infractions dont la sanction incombe à une autorité non juridictionnelle¹⁶⁰¹, sauf en cas d’appel¹⁶⁰² ou s’il y a privation de liberté¹⁶⁰³. Ainsi, les alternatives aux poursuites, telle la composition pénale¹⁶⁰⁴, les procédures très simplifiées, telle l’amende forfaitaire¹⁶⁰⁵, ou les infractions pénales administrativisées allemandes restent aux frontières extérieures du champ d’application de ces directives¹⁶⁰⁶. La notion de personne suspecte ou poursuivie comporte donc une dimension

¹⁵⁹⁸ CEDH, 19 déc. 1989, Kamasinski, c/ Autriche, req n°9783/82, §79.

¹⁵⁹⁹ CEDH, 27 février 1980, Deweer c/ Belgique, n°6903/75, §46 – Egalement, 15 juill. 1982, Eckle c/ Allemagne, req. n°8130/78, §73 ; 21 fév. 1984, Öztürk, §55 ; 20 oct. 1997, Serves, c/ France, req. n°20225/92, §42.

¹⁶⁰⁰ Art. 1^{er} §2 des directives « droit à l’interprétation et à la traduction », « droit à l’information » et art. 2, §2 de la directive « droit à l’assistance d’un avocat ». Dans le même sens : art. 2 et 3, 2, §1 et des propositions de directives « présomption d’innocence » et « droits du mineur délinquant ». La proposition de directive « droit à l’aide juridictionnelle » fixe son champ d’application par rapport à l’existence d’une privation de liberté et le droit à l’assistance d’un avocat au sens de la directive 2013/48 (art. 2, §1).

¹⁶⁰¹ Art. 1^{er}, §2 de la directive « droit à l’interprétation et à la traduction », art. 2, §2 de la directive « droit à l’information » et art. 2, §4 de la directive « droit à l’assistance d’un avocat », éclairés par les points 16 et 17 de leur préambule respectif.

¹⁶⁰² Art. 1^{er}, §3 de la directive « droit à l’interprétation et à la traduction », 2, §2 de la directive « droit à l’information » et art. 2, §4, a) de la directive « droit à l’assistance d’un avocat ».

¹⁶⁰³ Art. 2, §4, der. al. de la directive « droit à l’assistance d’un avocat ».

¹⁶⁰⁴ Art. 41-1 c. proc. pén.

¹⁶⁰⁵ Art. 529 s. c. proc. pén.

¹⁶⁰⁶ VERGES, E., Emergence européenne d’un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique, RSC 2012, p. 635 et s.

substantielle, dépendante de la gravité de l'infraction commise, s'exprimant par le biais des modalités de sa répression.

409. Le droit des personnes dans une procédure pénale au sens du droit de l'Union distingue la personne suspecte ou poursuivie des personnes faisant l'objet d'une procédure pénale spéciale, créée par le droit de l'Union lui-même : le mandat d'arrêt européen.

II- Les personnes faisant l'objet d'une procédure de mandat d'arrêt européen

410. *Extension du bénéfice des directives aux procédures de remise en exécution d'un mandat d'arrêt européen* - L'application, parfois l'adaptation, des garanties procédurales du droit de l'Union aux procédures d'exécution d'un mandat d'arrêt européen¹⁶⁰⁷ participe à la cohérence globale du droit du système pénal de l'Union européenne. En effet, les directives de rapprochement des garanties procédurales ne s'appliquent que jusqu'à ce qu'une décision définitive sur la culpabilité ait été prise¹⁶⁰⁸. Sans cette extension particulière, les personnes remises aux fins de l'exécution d'une peine se seraient trouvées en dehors du champ d'application de ces directives¹⁶⁰⁹. Car bien qu'elles se soient vues reconnaître des droits d'opposition, de contestation par le droit de l'Union, la décision-cadre « mandat d'arrêt européen »¹⁶¹⁰ ne garantit nullement qu'elles puissent correctement s'en prévaloir¹⁶¹¹. Cependant, l'extension des droits ne couvre que la procédure de remise. Le droit à la traduction permet d'illustrer le cloisonnement des statuts. En

¹⁶⁰⁷ Art. 1^{er} des directives et plus spécifiquement : art. 2, §7 et 3, §6 et §7 de la directive « droit à l'interprétation et à la traduction », art. 5 et 7 de la directive « droit à l'information » et art. 10 et 12 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat » ; art. 1^{er}, 2, §2 de la directive « droits du mineur délinquant » et art. 1, b) de la directive « droit à l'aide juridictionnelle ».

¹⁶⁰⁸ Art. 1, §2 de la directive « droit à l'interprétation et à la traduction » et 2, §1 des directives « droit à l'information » et « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁶⁰⁹ La directive « droit à la présomption d'innocence » n'évoque pas les personnes faisant l'objet d'une procédure de remise en vertu d'un mandat d'arrêt européen dans la mesure où les droits conférés par celle-ci n'interviennent pas directement dans le cadre de la procédure de remise en elle-même, fût-elle aux fins de poursuites et non d'exécution de la peine.

¹⁶¹⁰ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JOUE L 190 du 18 juill. 2002).

¹⁶¹¹ La décision-cadre « mandat d'arrêt européen » garanti à la personne concernée par la procédure des droits tels qu'ils s'exercent conformément au droit national de l'État d'exécution (art. 11, §2 de la décision-cadre). Or, par exemple, tous les États membres n'accordent pas l'aide juridictionnelle aux personnes faisant l'objet d'une procédure de remise en vertu d'un mandat d'arrêt européen (point 11 de l'exposé des motifs de la proposition de directive « droit à l'aide juridictionnelle »). Dans un autre ordre d'idée, l'effectivité des droits d'opposition ou de contestation seraient sérieusement atteints si l'intéressé ne maîtrisait pas la langue de la procédure et ne pouvait bénéficier du droit à l'interprétation ou à la traduction.

effet, si l'intéressé qui ne comprendrait pas la langue dans laquelle le mandat a été émis doit bénéficier d'une traduction¹⁶¹², il apparaît que le droit à la traduction écrite n'est limité qu'au mandat, et non à l'ensemble de la procédure. Pour celle-ci, le droit à la traduction dépendra du motif de délivrance du mandat. Arrêtée aux fins d'être poursuivie, la personne bénéficiera du droit à la traduction tel que prévu par la directive pour les personnes suspectes ou poursuivies. Si c'est aux fins de l'exécution d'une peine, il conviendra de se référer au droit national, faute d'harmonisation du droit à ce stade de la procédure.

411. *L'aveu de faiblesse de la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen* – Cette extension aux personnes faisant objet d'un mandat d'arrêt européen est cependant l'aveu implicite de certaines faiblesses de la décision-cadre 2002/584. Ainsi, par exemple, ce n'est que grâce à l'article 2, §7 de la directive « droit à l'interprétation et à la traduction » qu'elles profitent du droit à l'interprétation prévu pour n'importe quelle procédure pénale. En effet, si ce droit figurait déjà dans la décision-cadre « mandat d'arrêt européen », ce n'était que par renvoi au droit national de l'Etat d'exécution¹⁶¹³. En réalité, la décision-cadre ne garantissait en aucun cas un quelconque droit à l'assistance linguistique. C'est surtout la directive « droit à l'information » qui se fait la plus expressive des insuffisances manifestes de l'outil qu'était la décision-cadre « MAE ». La personne arrêtée en exécution d'un mandat d'arrêt européen, devant manifestement et étonnamment devoir être distinguée de la personne arrêtée ou détenue¹⁶¹⁴, doit être informée des droits dont elle dispose en vertu du droit national de l'Etat membre d'exécution mettant en œuvre la décision-cadre 2002/584 /JAI¹⁶¹⁵. La rédaction de cette disposition conduit à une situation peu satisfaisante et des plus paradoxales : alors que l'objectif de la directive est le rapprochement du droit à l'information, cette disposition ne fait, finalement, qu'entériner les différences entre les droits nationaux, puisqu'il s'agit bien du devoir de garantir le droit à l'information dont l'intéressé dispose en vertu de la mise en œuvre de la décision-cadre 2002/584/JAI, et non en vertu de la

¹⁶¹² Art. 3, §6 de la directive « droit à l'interprétation et à la traduction ».

¹⁶¹³ Art. 11, §2 de la décision-cadre 2002/548/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres.

¹⁶¹⁴ Puisque leur droit à l'information respectif fait l'objet de deux dispositions distinctes.

¹⁶¹⁵ Art. 11 de la décision-cadre 2002/584/JA relative au mandat d'arrêt européen précité.

directive, ni même de la décision-cadre¹⁶¹⁶. En d'autres termes, cette disposition est porteuse d'une garantie uniforme d'un droit à l'information non harmonisé¹⁶¹⁷.

412. *Le statut dérogatoire de la personne arrêtée en vertu d'un mandat d'arrêt européen*

– Ponctuellement, on constate des différences de garanties au détriment de la personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen. Ainsi, il n'est pas prévu, semble-t-il, de droit pour celle-ci de contester la qualité d'une traduction ou la décision de refus de traduction de certains documents, ni de renoncer au bénéfice de ce droit¹⁶¹⁸. Si l'on pouvait espérer que cela ne soit que l'imperfection d'un premier instrument, les outils ultérieurs sont également porteurs de cette insatisfaisante différence de traitement. La proposition de directive relative à l'aide juridictionnelle permet de subordonner l'octroi de l'aide juridictionnelle à une appréciation de l'intérêt de la justice de fournir une telle aide, là où le droit identique des personnes suspectes ou poursuivies n'est conditionné que par les critères d'admissibilité prévus par le droit national¹⁶¹⁹.

413. Le droit des personnes visées par une procédure pénale connaît depuis peu une troisième personne : le mineur visé par une procédure pénale.

III-Le mineur délinquant

414. *Le mineur délinquant : notion* - La directive « droits du mineur délinquant »¹⁶²⁰ marque une étape non négligeable dans le développement du droit du système pénal de l'Union européenne. Non seulement le mineur délinquant est expressément envisagé pour la première fois, mais en outre, de manière inédite, le centre d'intérêt de l'action législative n'est pas un droit

¹⁶¹⁶ A noter que la transposition française, par exemple, a dépassé les prescriptions de la décision-cadre en assurant l'information du droit au silence, ne figurant pas dans la décision-cadre et susceptible, donc, de ne pas être garanti dans certains Etats membres (art. 695-27, par renvoi à l'article 63-1 du c. proc. pén.).

¹⁶¹⁷ On pourrait certes objecter que l'article 4, qui s'applique à « toute personne arrêtée ou détenue » sans considération ni distinction du contexte procédural, inclut les personnes sous mandat d'arrêt européen. Une telle interprétation va dans le sens de l'effet utile global de la directive, mais pas du seul article 5.

¹⁶¹⁸ Art. 3, §8 de la directive « droit à l'interprétation et à la traduction », qui ne mentionne que les personnes suspectes ou poursuivies.

¹⁶¹⁹ Respectivement art. 4, §5 et art. 5, §3 de la proposition de directive « droit à l'aide juridictionnelle ».

¹⁶²⁰ Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 1321 du 21 mai 2016).

mais un sujet spécifique. En droit du système pénal de l'Union, le mineur délinquant est toute personne âgée de moins de 18 ans¹⁶²¹ au moment où elle devient suspecte, poursuivie ou fait l'objet d'un MAE¹⁶²² et ce, jusqu'au terme de la procédure, même si elle aura acquis la majorité au cours de celle-ci¹⁶²³. Le préambule incite les Etats à étendre le bénéfice du régime des mineurs délinquants aux jeunes majeurs, jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 21 ans¹⁶²⁴, d'une part, et lorsque des infractions reprochées à un jeune majeur sont inextricablement liées à des infractions pour lesquelles il a fait l'objet de poursuites en tant que mineur¹⁶²⁵, d'autre part.

415. Triple fonction du texte – Si le texte s'intéresse aux droits d'un mis en cause particulier – et non à un droit spécifique bénéficiant à tous mis en cause – il n'établit pas pour autant un régime juridique complet du mineur délinquant. Il étend¹⁶²⁶, renforce¹⁶²⁷ et/ou adapte¹⁶²⁸ au mineur suspect ou poursuivi les droits garantis par les directives « droit à l'information dans les procédures pénales » et « droit à l'assistance d'un avocat et de communiquer avec un tiers ». La directive garantit, en outre, des droits propres au mineur délinquant - considéré comme « particulièrement vulnérable » lorsqu'il est privé de liberté¹⁶²⁹ - tels le caractère obligatoire d'un examen médical en cas de privation de liberté¹⁶³⁰, le droit à l'évaluation personnalisée¹⁶³¹, ou des

¹⁶²¹ Art. 3, 1) de la directive « droits des mineurs délinquants ».

¹⁶²² Les dispositions relatives aux interrogatoires, aux mesures alternatives à la détention, le droit à l'assistance d'un avocat, de faire informer le titulaire de la responsabilité parentale, à l'évaluation personnalisée, d'être examiné par un médecin, droit à la liberté, le droit à la protection de la vie privée, le droit d'assister aux audiences, droit à l'aide juridictionnelle.

¹⁶²³ Ainsi qu'il résulte de l'article 2, §3 de la directive « droits des mineurs délinquants ».

¹⁶²⁴ Point 12 du préambule de la directive « droits des mineurs délinquants ».

¹⁶²⁵ *Ibid.*

¹⁶²⁶ Par exemple, le droit à l'information comprend des informations supplémentaires (art. 4 de la directive « droits des mineurs délinquants »). Ou encore, en adéquation avec les deux directives proposées le même jour sont aussi reconnus au mineur son droit d'assister au procès (art. 16 de la directive « droits des mineurs délinquants ») et à l'aide juridictionnelle (art. 18 de la directive « droits des mineurs délinquants »).

¹⁶²⁷ Ainsi, par exemple, l'enfant ne peut renoncer à l'assistance d'un avocat (art. 5 de la directive « droits des mineurs délinquants »).

¹⁶²⁸ Ainsi, par exemple, le droit d'informer un tiers devient celui d'information de l'autorité parentale (art. 6 de la directive « droits des mineurs délinquants »).

¹⁶²⁹ Point 41 et 45 du préambule de la directive. On éprouvera une certaine insatisfaction à ce que l'énoncé selon lequel « les enfants se trouvent dans une situation de particulière vulnérabilité lorsqu'ils se trouvent en détention » ne donne lieu qu'à des recommandations, et non à l'imposition d'obligations, en vue de les faire bénéficier d'une protection particulière. On pourrait même aller plus loin et relever qu'à considérer la détention du mineur comme le mettre dans une situation de particulière vulnérabilité, la justification d'une telle peine devient délicate...

¹⁶³⁰ Art. 8 de la directive « droits des mineurs délinquants ».

¹⁶³¹ Art. 7 de la directive « droits des mineurs délinquants » - C'est-à-dire à l'obligation de faire procéder, avant la mise en accusation, à l'évaluation des besoins spécifiques de l'enfant, en fonction de sa personnalité et de sa maturité, de ses origines socio-économiques, des circonstances de l'espèce, de la gravité de l'infraction alléguée, de la peine encourue ainsi que de ses éventuels antécédents.

droits spécifiques liés à la détention¹⁶³². La prévision de ces droits propres au mineur délinquant confère à la directive une seconde fonction : la mise en exergue de principes directeurs propres à la justice des mineurs, et leur élévation à l'échelon supranational. Ainsi, les droits adaptés et/ou renforcés à l'égard du mineur expriment un principe d'adaptation du traitement pénal à l'âge et à la situation du mineur¹⁶³³ ; les articles intitulés « limitation à la privation de liberté » et « mesures alternatives »¹⁶³⁴ ne sont ni plus ni moins que la consécration du principe de primauté de l'éducatif sur le répressif¹⁶³⁵. Enfin, bien que le texte se fonde sur l'article 82, §2, b) TFUE dédié au rapprochement des droits des personnes dans les procédures pénales, en encadrant assez précisément certains droits, la directive participe à un véritable rapprochement des législations procédurales, encore que certaines formulations tiennent plus de la recommandation que de l'obligation¹⁶³⁶. Tel est le cas lorsqu'il est prescrit aux Etats membres de « veiller » à ce que tout interrogatoire fasse l'objet d'un enregistrement audiovisuel¹⁶³⁷ ou à ce que les conditions de privation de liberté soient adaptées, en particulier par la séparation des mineurs et des majeurs¹⁶³⁸.

416. Outre que ces directives renforcent la garanties des droits des personnes concernées par une procédure pénale en dédoublant les obligations supra-nationales et le contrôle de leur respect, l'apport majeur de ces directives est d'avoir enfin donné un véritable statut harmonisé, certes *a minima*, aux personnes faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen. Il était d'autant plus important d'y procéder que les victimes, de leur côté, disposent d'un solide statut depuis bien plus longtemps.

¹⁶³² Art. 12, §5 de la directive « droits des mineurs délinquants ». L'obligation ne porte en revanche que sur des axes d'action, et non des mesures concrètes, mais semblent consacrer implicitement le droit à l'éducation et à la formation et le droit à la vie familiale, par ailleurs contenu dans la Charte des droits fondamentaux.

¹⁶³³ En particulier les droits à une évaluation personnalisée (art. 7), à l'examen médical obligatoire (art. 8) et les droits spécifiques liés à la détention (art. 12).

¹⁶³⁴ Art. 10 et 11 de la directive « droits des mineurs délinquants ».

¹⁶³⁵ Le droit à un traitement particulier en cas de privation de liberté (art. 12, §2) va dans le même sens en commandant la préservation de l'éducation et de la formation de l'enfant, le maintien de ses liens familiaux et le développement de sa future insertion dans la société.

¹⁶³⁶ Les précisions du préambule sur ces points vont en ce sens par l'emploi du conditionnel plutôt que du présent de l'indicatif.

¹⁶³⁷ Art. 9, §1 de la directive « droits des mineurs délinquants ».

¹⁶³⁸ Art. 12 de la directive « droits des mineurs délinquants ».

417. *La victime de droit commun* - A s'être entendu sur la nécessité de reconnaître les droits des victimes d'infractions¹⁶³⁹, encore fallait-il surtout s'accorder sur la notion de « victime ». Elle fut d'abord définie strictement, comme toute « personne physique qui a subi un préjudice, y compris une atteinte à son intégrité physique ou mentale, une souffrance morale ou une perte matérielle, directement causé par une infraction pénale »¹⁶⁴⁰. La directive a étendu la notion aux victimes indirectes, c'est-à-dire aux membres de la famille¹⁶⁴¹ qui ont subi un préjudice du fait du décès de la personne¹⁶⁴².

418. *Les victimes « spéciales » : les victimes ayant des besoins spécifiques* - Le droit de l'Union a par ailleurs prévu de porter une attention particulière aux victimes qui ont subi un préjudice considérable compte tenu de ses caractéristiques personnelles ou de la nature et des circonstances de l'infraction¹⁶⁴³. Les « victimes ayant des besoins spécifiques » font moins l'objet d'une définition à proprement parler que d'une identification, puisqu'il s'agit des victimes du « terrorisme, de la criminalité organisée, de la traite des êtres humains, de violences fondées sur le genre, de violences domestiques, de violences ou d'exploitation sexuelles, ou d'infractions inspirées par la haine, ainsi que les victimes handicapées »¹⁶⁴⁴. Pour celles-ci, outre le droit commun des victimes, la directive 2012/29 prévoit des droits renforcés par des mesures adaptées.

¹⁶³⁹ Ce qui résulte de quatre facteurs : la volonté de rapprocher les mécanismes de coopération judiciaire en matière civile et pénale, le prolongement de la libre circulation des personnes et le principe de non-discrimination fondé sur la nationalité, le principe de non-discrimination entre les droits des victimes d'accidents et de la criminalité et l'évolution de la considération accordée aux victimes d'infractions, notamment celles du terrorisme, après les attentats du 11 septembre 2001 (proposition de directive du Conseil du 16 oct. 2002 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, pp. 2-3, 9 et 11). Voir également point 1 à 3 du préambule de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales (JOUE L 82 du 22 mars 2001), ci-après dénommée « décision-cadre « droits des victimes » », remplacée par la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité (JOUE L 315, 14 nov. 2012), ci-après dénommée « directive « droits des victimes » ».

¹⁶⁴⁰ Art. 2, §1, a) de la directive « droits des victimes ». La décision-cadre mentionnait « actes ou omissions enfreignant la législation pénale d'un Etat membre » (art. 1, a)). La substitution par l'expression « infraction pénale » semble sensiblement étendre la notion. Par ailleurs, la Cour de Justice a été amenée à confirmer que la notion de victime ne s'applique qu'aux personnes physiques et non morales : CJCE, 28 juin 2007, Dell'Orto, aff. C-467/05, §§53-55, 57-60.

¹⁶⁴¹ Entendu comme : le conjoint, la personne qui est engagée dans une relation intime, stable et continue avec la victime et vit en ménage avec elle, les parents en ligne directe, les frères et sœurs et les personnes qui sont à la charge de la victime (art. 2, §1, b) de la directive « droits des victimes »).

¹⁶⁴² Art. 2, §1, a), ii de la directive « droits des victimes ». - sous réserve, toutefois, de la possibilité pour les Etats membres de limiter le nombre de membres de la famille susceptibles de bénéficier des droits énoncés et de déterminer quels sont les membres de la famille qui ont priorité pour les exercer (art. 2, §2).

¹⁶⁴³ Art. 23, §1 de la directive « droits des victimes ».

¹⁶⁴⁴ Art. 23, §3 de la directive « droits des victimes ».

Ainsi, les victimes ayant des besoins spécifiques ont droit à une assistance psychologique, si besoin¹⁶⁴⁵. Ou encore, il résulte de leur droit à participer effectivement à la procédure, jumelé aux exigences de protection de sa sécurité et de sa dignité¹⁶⁴⁶, qu'au cours de l'enquête, la victime soit auditionnée dans des locaux conçus ou adaptés, par ou avec l'aide de professionnels formés à cet effet¹⁶⁴⁷ et du même sexe que la victime, si elle le souhaite¹⁶⁴⁸.

419. Les victimes « spéciales » : l'enfant victime – A l'évidence une victime ayant des besoins spécifiques, l'enfant victime fait l'objet d'une attention particulière. Il est expressément visé par les instruments du droit des victimes¹⁶⁴⁹ mais également par celui relatif à une forme de criminalité dont il est une victime particulière : l'exploitation sexuelle¹⁶⁵⁰. Quelle que soit la politique de rattachement, les mesures adoptées, et adaptées, se rejoignent, communément dictées par l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁶⁵¹. La première illustration de la considération primordiale accordée à ce principe est la prévision de la règle de présomption de minorité en cas de doute sur l'âge réel¹⁶⁵². Axe central du droit des victimes dans l'Union, l'aide et l'assistance aux victimes doivent être adaptées aux besoins de l'enfant et poursuivre l'objectif de son rétablissement physique et psychologique¹⁶⁵³. Par exemple, cela doit inclure de lui donner accès au système éducatif¹⁶⁵⁴, peut comprendre de le « séparer » de ses représentants légaux si ceux-ci sont impliqués dans les faits commis sur l'enfant¹⁶⁵⁵.

420. Les victimes spéciales : les victimes d'infractions spécifiques (traite des êtres humains et de l'immigration illégale)¹⁶⁵⁶ – Aux côtés de l'enfant, les victimes de certaines infractions spécifiques ont retenu l'attention des institutions de l'Union. Ainsi, la directive

¹⁶⁴⁵ Art. 11, §5 de la directive 2004/81 et art. 24, §3, a) de la directive « infractions terroristes ».

¹⁶⁴⁶ Point 52 du préambule de la directive « droits des victimes ».

¹⁶⁴⁷ Art 23, §2, c) de la directive 2012/29 dans le même sens : art. 12, §4 de la directive « traite des êtres humains », art. 15, §4 de la même directive et 20, §3 de la directive « exploitation sexuelle de l'enfant » s'agissant de l'enfant victime.

La directive « droits des victimes » impose, en outre, l'enregistrement audiovisuel des auditions des enfants victimes (art. 24, §1, a)).

¹⁶⁴⁸ Art. 23, §2 de la directive « droits des victimes ».

¹⁶⁴⁹ Art. 23, §4 de la directive « droits des victimes ».

¹⁶⁵⁰ Directive 2011/92 « exploitation sexuelle de l'enfant ».

¹⁶⁵¹ Point 2, 6 et 30 du préambule et art. 18, §1 de la directive 2011/92 ; points 8, 22 et 23 et art. 13, §1 de la directive « traite des êtres humains ».

¹⁶⁵² Art. 18 de la directive 2011/92, 13, §1 de la directive « traite des êtres humains » et 24, §2 de la directive « droits des victimes ».

¹⁶⁵³ Art. 13 de la directive « traite des êtres humains » et 19 de la directive « exploitation sexuelle de l'enfant ».

¹⁶⁵⁴ Art. 14, §1 de la directive « traite des êtres humains ».

¹⁶⁵⁵ Art. 14, §2 et 3 de la directive « traite des êtres humains » et, dans le même sens, art. 19, §1 et §5 et 20, §1 de la directive « exploitation sexuelle de l'enfant ».

¹⁶⁵⁶ La directive « infractions terroristes » aborde également les droits des victimes des infractions qu'elle rapproche mais ne les renforce pas significativement.

2011/36 relative à l'harmonisation des infractions de la traite des êtres humains renforce les droits et la protection des victimes¹⁶⁵⁷, indépendamment de toute exigence de coopération à la procédure¹⁶⁵⁸, en prévoyant, par exemple, le droit d'accès à un programme de protection des témoins ou autre procédure similaire, dans le respect du droit national toutefois¹⁶⁵⁹. De son côté, la directive 2004/81¹⁶⁶⁰, opérant un pont entre le droit pénal de l'Union et le droit relatif à l'entrée et au séjour sur le territoire de l'Union, règlemente l'octroi de titres de séjour temporaires donnant accès à la formation et aux activités professionnelle, à l'éducation, ou encore aux programmes d'insertion ou de retour dans le pays d'origine aux étrangers victimes de traite des êtres humains et de l'immigration illégale¹⁶⁶¹, à la condition que celles-ci coopèrent à la procédure pénale relative aux faits qui l'auront concernée. D'un humaniste de prime abord critiquable¹⁶⁶², cette instrumentalisation du droit au séjour, qui s'exprime à maints égards¹⁶⁶³, a vocation, en réalité, d'éviter que les trafiquants d'êtres humains n'instrumentalisent ce motif d'octroi de titre de séjour pour légaliser la présence sur le territoire de l'Union de victimes toujours sous leur emprise, selon un processus proche du blanchiment d'argent.

421. Les personnes concernées par une procédure pénale au sens du droit de l'Union étant identifiées, reste à s'intéresser à la garantie des droits procéduraux qui leur est promise.

¹⁶⁵⁷ Elles doivent également perdurer jusqu'à une période suffisante après la clôture d'une procédure pénale (art. 11, §1 et 2 de la directive 2011/92).

¹⁶⁵⁸ Applicable à toute victime de traite des êtres humains : art. 11, §3 de la directive 2011/36. Concernant spécifiquement l'enfant victime : art. 19, §2 de la directive « exploitation sexuelle de l'enfant ».

¹⁶⁵⁹ Art. 12, §3 de la directive « traite des êtres humains ».

¹⁶⁶⁰ Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes (JOUE L 261 du 06 août 2004).

¹⁶⁶¹ Art. 3, §3 et 10 de la directive 2004/81.

¹⁶⁶² Et ce d'autant plus que la directive « traite des êtres humains » l'a expressément maintenue lorsqu'elle dispose, précisément, qu'elle ne doit pas entrer en ligne de compte pour le reste des mesures d'aide et d'assistance de ces mêmes victimes.

¹⁶⁶³ En effet, les conditions d'octroi sont intrinsèquement liées à la participation utile et effective de la victime à la procédure. (Art. 8 de la directive). De plus, la durée du droit au séjour accordé est temporaire et fonction de la longueur de la procédure (art. 1^{er} de la directive.) enfin, le titre de séjour n'est pas renouvelé si les conditions d'octroi ne sont plus respectées ou si la procédure est terminée ; il peut être retiré pour des raisons d'ordre public et de sécurité intérieure, en cas d'abus, de fraude, ou lorsque la victime renoue ou continue d'avoir des liens avec les auteurs présumés des infractions, cesse de coopérer, ou lorsque les procédures sont interrompues.

422. Structuration des droits consacrés – Si les intérêts des mis en cause et des victimes d’infraction sont parfaitement antagonistes, le corpus normatif de leurs droits peut être structuré de manière analogue, en opposant le socle commun de droits préalables (I) à l’exercice de ceux, plus substantiels, propres à chacun des statuts (II).

A- UN SOCLE COMMUN DE DROITS PREALABLES A L’EXERCICE DE TOUT
AUTRE

423. Le droit à la détermination de son statut – Les droits des personnes concernées par une procédure pénale n’étant pas les mêmes selon leur statut, le premier de leurs droits doit être de le connaître, ce que garantissent aussi bien le droit des personnes visées par une procédure pénale que le droit des victimes. Pour les mis en cause, le droit à l’information des soupçons, accusations ou motifs de l’arrestation¹⁶⁶⁴ voit la rigueur de ses modalités augmenter selon les différents statuts des mis en cause et le stade de la procédure¹⁶⁶⁵. Simplement suspects, ceux-ci doivent être informés « rapidement et de manière suffisamment détaillée pour garantir le caractère équitable de la procédure et permettre l’exercice effectif des droits de la défense » des faits pour lesquels ils sont soupçonnés¹⁶⁶⁶. En cas d’arrestation ou de détention, les intéressés doivent en outre être informés des motifs de celle-ci¹⁶⁶⁷. En cas de poursuites, l’information sur l’accusation comprend la nature et la qualification juridique des faits¹⁶⁶⁸, la nature de la participation, et toute éventuelle requalification¹⁶⁶⁹. Pour les victimes, la décision-cadre consacra tout d’abord le droit d’être reconnu comme une victime d’infraction en lui accordant le droit d’avoir une place dans le procès pénal, sans pour autant exiger qu’elle y soit partie¹⁶⁷⁰. En effet,

¹⁶⁶⁴ En droit de la conv. EDH : Conv. EDH, art. 6, §3, a. – par exemple, CEDH, 12 oct. 1992, T. c/ Italie, req. n°14104/88.

¹⁶⁶⁵ Pour un tableau récapitulatif, voir : VERGES, E., *Emergence européenne d’un régime juridique du suspect*, précité.

¹⁶⁶⁶ Art. 6, §1 de la directive « droit à l’information ».

¹⁶⁶⁷ Art. 6, §2 de la directive « droit à l’information ».

¹⁶⁶⁸ Conformément aux exigences de la Cour EDH : notamment CEDH, 19 déc. 1989, Kamasinski c/ Autriche, req. n°9783/82.

¹⁶⁶⁹ Conformément aux exigences de la Cour EDH, notamment : CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France, req. n°25444/94 ; 16 déc. 2006, Mattei c/ France, req. n°34043/02 ; 12 avril 2011, Adrian Constantin c/ Roumanie, req. n°21175/03.

¹⁶⁷⁰ Ainsi que le soulignait le point 9 du préambule de la décision-cadre « droits des victimes ».

être une victime de fait ne fait pas être victime en droit. L'acquisition de ce statut implique, *a minima*¹⁶⁷¹, d'avoir été entendue et/ou d'avoir déposé plainte¹⁶⁷². Si toute victime a le droit d'être entendu, les modalités relèvent du droit national¹⁶⁷³, de sorte qu'elle ne dispose pas d'un droit absolu à témoigner et peut se voir opposer un refus insusceptible de recours¹⁶⁷⁴. Le droit de déposer plainte n'est pas expressément affirmé mais sa garantie s'évince des droits de la victime lors du dépôt de plainte¹⁶⁷⁵, notamment du droit d'y procéder dans un autre Etat membre que celui de sa résidence¹⁶⁷⁶.

424. *Le droit à la compréhension, interprétation et traduction* - Mais aucun droit ne saurait être effectif si son titulaire ne peut les comprendre. Le droit de l'Union ne s'adresse cependant pas qu'aux personnes étrangères, ainsi que l'on serait naturellement enclin à le penser. Le fait de ne pas parler ou comprendre une langue peut également résulter d'un trouble de l'audition ou de la parole¹⁶⁷⁷. N'étant donc pas uniquement centrée sur les difficultés linguistiques caractéristiques du phénomène criminel transfrontière, cette précision s'inscrit véritablement dans l'élaboration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, lequel ne devrait pas être grevé des frontières de langage, quel qu'il soit. Cela étant, le droit à la compréhension comprend surtout ses déclinaisons naturelles : le droit à l'interprétation et à la traduction. S'agissant du droit à l'interprétation, d'abord, toute personne concernée par une procédure pénale n'en comprenant pas la langue doit

Le point 20 du préambule de la directive insiste plus encore sur cette question : « Le rôle attribué aux victimes dans le système de justice pénale et la possibilité qu'elles ont de participer activement aux procédures pénales varient d'un État membre à l'autre en fonction du système national et sont déterminés par un ou plusieurs des critères suivants : la question de savoir si le système national prévoit un statut juridique de partie à la procédure pénale ; la question de savoir si la victime est juridiquement tenue de participer activement à la procédure pénale ou est appelée à y participer activement, par exemple en tant que témoin ; et/ou la question de savoir si la victime a le droit, en vertu du droit national, de participer activement à la procédure pénale et souhaite le faire, lorsque le système national ne prévoit pas de statut juridique de partie à la procédure pénale pour les victimes. Il revient aux États membres de déterminer lesquels de ces critères sont applicables pour définir l'étendue des droits énoncés dans la présente directive, lorsqu'il existe des références au rôle attribué aux victimes dans le système de justice pénale concerné. Plusieurs références au statut de la victime en droit national dans les dispositions de la directive vont dans le même sens (art. 6, §2 ; art. 11, §1 par exemple).

¹⁶⁷¹ Dans certains systèmes juridiques, le statut de victime dépend d'une condamnation.

¹⁶⁷² En ce sens : CJUE, 9 oct. 2008, Katz, aff. C-404/07, §46-50.

¹⁶⁷³ Art. 10 de la directive « droits des victimes ».

¹⁶⁷⁴ CJUE, 21 déc. 2011, X, aff. C-507/10.

¹⁶⁷⁵ Art. 5 de la directive « droits des victimes » – Les États membres doivent veiller à ce que la victime reçoive par écrit un récépissé de sa plainte, indiquant les éléments essentiels relatifs à l'infraction pénale concernée, qu'elle soit habilitée à déposer plainte dans une langue qu'elle comprend, ou reçoive l'assistance linguistique nécessaire lorsqu'elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue de l'autorité compétente, et reçoive, le cas échéant, et si elle le demande, une traduction dans une langue qu'elle comprend du récépissé de sa plainte.

¹⁶⁷⁶ Art. 17 de la directive « droits des victimes » et art. 11 de la décision-cadre « droits des victimes ».

¹⁶⁷⁷ Pour les mis en cause : art. 2, §3 de la directive « droit à la l'interprétation et à la traduction ». Pour les victimes : point 21 du préambule de la directive « droits des victimes ».

pouvoir bénéficier de l'assistance d'un interprète, dès la phase d'enquête¹⁶⁷⁸. Cependant, il s'agit d'abord d'une obligation de moyens avant d'être une obligation de résultat¹⁶⁷⁹. S'agissant du droit à la traduction, ensuite, seule est promise la traduction des « passages pertinents » des documents essentiels à l'exercice des droits de l'intéressé¹⁶⁸⁰, mais la traduction de toute autre document doit néanmoins pouvoir être demandée¹⁶⁸¹. S'il s'agit, par principe, d'un droit à la traduction écrite, une traduction orale peut être substituée, à condition que l'oralité ne porte pas atteinte à l'équité de la procédure¹⁶⁸². Si les exigences du droit à la traduction sont quantitativement comparables, les exigences qualitatives, en revanche, ne sont abordées que pour les mis en cause¹⁶⁸³.

425. Le droit à l'information - Dernier droit préalable à l'effectivité de nombreux autres, et au procès équitable¹⁶⁸⁴, le droit à l'information sur ses droits est conjointement consacré, pour les mis en cause et les victimes, par le droit dérivé¹⁶⁸⁵. Les informations devant être délivrées, en

¹⁶⁷⁸ Pour les mis en cause : art. 2, §1 et 2 de la directive « droit à l'interprétation et à la traduction » - la garantie couvre les communications avec un avocat, sous réserve d'un lien direct avec la procédure conduite.

Pour les victimes : art. 7, §1 de la directive « droits des victimes » : la garantie minimale est l'obligation d'interprétation pour les auditions et, à la mesure de la participation active de la victime, aux audiences.

¹⁶⁷⁹ Pour les mis en cause, en particulier, la garantie du droit ne porte que sur la démarche de fournir un interprète, et non réellement sur la présence effective de celui-ci. Point 18 de la directive « droit à l'interprétation » : « S'il s'écoule un certain temps avant que l'interprétation soit fournie, cela ne devrait pas constituer une atteinte à l'exigence de mise à disposition sans délai d'un service d'interprétation, pour autant que ce délai soit raisonnable compte tenu des circonstances ».

Pour les victimes : l'article 3 dispose « prennent des mesures appropriées pour... », « les Etats membres vieillissent... », ce qui est bien moins contraignant qu'une formulation telle que « les Etats membres doivent permettre à toute victime de comprendre et d'être comprise... » ou « toute victime a le droit de comprendre et d'être comprise ».

¹⁶⁸⁰ Pour les mis en cause : le droit à la traduction couvre, *a minima*, les décisions relatives aux charges ou accusations portées contre l'intéressé, les privations de liberté et les jugements (art. 3, §1, §2 et §4 de la directive « droit à l'interprétation et la traduction » – s'agissant de règles minimales, les Etats membres restent libres d'étendre la liste des documents dont la traduction doit être assurée).

Pour les victimes : La traduction n'est prévue que pour les informations relatives à la décision ou au jugement qui sera pris, sous réserve que le droit national permette à la victime d'en avoir connaissance (art. 4, §3 et 4 de la directive « droits des victimes »). « En ce qui concerne d'autres volets de la procédure pénale, la nécessité d'un service d'interprétation et de traduction peut varier en fonction de questions spécifiques, du rôle attribué à la victime par le système de justice pénale concerné, de sa participation à la procédure et d'éventuels droits particuliers dont elle bénéficie (...) dans la mesure nécessaire à l'exercice des droits de la victime » (point 34 du préambule de la directive « droits des victimes »).

¹⁶⁸¹ Pour les mis en cause : art 3, §3 de la directive « droit à l'interprétation et la traduction » ; pour les victimes : art. 7, §5 de la directive « droits des victimes ».

¹⁶⁸² Art. 3, §7 de la directive « droit à l'interprétation et la traduction » ; art. 7, §6 de la directive « droits des victimes » - cependant, ni les textes, ni leur préambule ne précisent ou n'illustrent les circonstances et motifs pouvant justifier cette adaptation. Ce manque de précision peut faire craindre que les Etats membres n'y voient qu'une alternative et non une dérogation, au droit à la traduction écrite.

¹⁶⁸³ La traduction doit être « d'une qualité suffisante pour garantir le caractère équitable de la procédure », standard général du droit à la traduction s'appliquant aussi bien au droit à la traduction dans une procédure pénale que dans une procédure de mandat d'arrêt européen (ce qui se déduit de la mention « la traduction prévue par le présent article », débutant le dernier alinéa de l'art. 3, §9 de la directive « droit à l'interprétation et la traduction ») et impliquant *a minima* la connaissance des faits reprochés et des modalités d'exercice des droits de la défense.

¹⁶⁸⁴ En ce sens : LEBLOIS-HAPE, J., La proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et le droit français, AJ pé. 2011, p. 446.

¹⁶⁸⁵ Le droit à l'information ne figure pas formellement dans la Charte des droits fondamentaux. Bien qu'il soit implicitement garanti par la clause de protection équivalente imposant l'interprétation conforme de l'article 48 relatif au droit au procès équitable au droit et à la jurisprudence des articles 5, §2 et 6,§3 de la convention EDH, une consécration expresse était toutefois bienvenue.

revanche, sont évidemment différentes pour les uns et les autres ; les deux statuts n'emportent naturellement pas les mêmes besoins. Les informations devant être délivrées aux victimes concernent ses droits personnels¹⁶⁸⁶ comme procéduraux¹⁶⁸⁷ et n'appellent pas d'observations particulières. Pour les mis en cause, en revanche, il convient de souligner que la directive ne garantit, d'une part, qu'une information sur les droits énumérés¹⁶⁸⁸ et non l'effectivité de ceux-ci, et, d'autre part, que le droit à l'information ne porte que sur les droits « tels qu'ils s'appliquent en droit national ». Au regard de l'objectif de rapprochement des législations, ceci implique que la directive ne prévient aucunement des différences pouvant exister entre les droits nationaux s'agissant de l'effectivité des droits énumérés. Seul le droit à l'information est l'objet de l'harmonisation. Ainsi, le suspect auditionné libre du droit pénal français, qui ne bénéficiait d'aucun droit à l'exception de celui d'être informé des accusations portées contre lui, ne pouvait guère espérer trouver dans la directive 2012/13, à elle seule, une source réelle d'extension de ses droits¹⁶⁸⁹. Tout au plus celle-ci imposait de l'informer qu'il n'avait précisément pas droit à l'assistance d'un avocat ou de garder le silence. Le droit à l'information se décline, ensuite, en un droit particulier à l'information écrite, pour les personnes arrêtées ou détenues¹⁶⁹⁰, portant sur les modalités de leur droit d'accès au dossier, d'assistance médicale, le temps maximal de privation de

¹⁶⁸⁶ Art. 4 de la directive « droits des victimes » - à savoir : ses possibilités de plainte, d'indemnisation et de protection, ainsi que celles relatives à l'aide matérielle, médicale, juridique ou financière et aux conseils dont elle peut bénéficier.

¹⁶⁸⁷ La victime doit se voir exposer les étapes de la procédure et son rôle dans le cadre de celle-ci, notamment, si elle le souhaite, des suites données à sa plainte, de sa possibilité d'être informée de la remise en liberté ou de l'évasion de la personne condamnée, au moins dans les cas où il existe un danger pour la victime, ainsi que sa possibilité de demander l'émission d'une décision de protection européenne au cas où elle déciderait de se rendre dans un autre État membre, lorsqu'une telle décision a été prise (voir n°438) – art. 6 de la directive « droits des victimes ».

¹⁶⁸⁸ A savoir : ses droits à l'assistance d'un avocat et des modalités d'aide juridictionnelle, à l'information des accusations portées contre elle, à l'assistance d'un interprète et à la traduction et de celui de garder le silence (art. 3 de la directive « droit à l'information »), délivrés dans un langage simple, accessible et adapté à son éventuelle vulnérabilité (A mettre en perspective avec le droit à l'interprétation de la directive 2010/64). Ainsi, pour les mineurs, il convient de garantir qu'ils connaissent « dans les grandes lignes » la nature et l'enjeu du procès (CEDH, 16 déc. 1999, T. et V. c/ Royaume-Uni, req n°24724/94, §84 et s.).

¹⁶⁸⁹ Sauf à prendre en compte la clause de non régression. En effet, si l'article 3 de la directive garantit un droit à l'information sur des droits « tels qu'ils s'appliquent dans le cadre de leur droit national », la clause de non régression dicte une lecture « protectiviste » et cohérente avec le droit de la Convention EDH (art. 10). Or, il résulte de la jurisprudence de la Cour que « le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (...) [est] au cœur de la notion de procès équitable » (notamment : CEDH, Brusco c/ France, 14 oct. 2010, n°1466/07, §44) ou encore, s'agissant au droit à l'assistance d'un avocat, « [qu'il doit être] consenti dès le premier interrogatoire » (notamment : CEDH, Salduz c/ Turquie, 27 nov. 2008, n°36391/02, §§50-62 ; Dayanan c/ Turquie, 13 oct. 2009, n°7377/03, §§30-34.) . Sauf à priver la clause de non régression de tout effet utile, une interprétation de l'article 3 à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH s'impose et tendait déjà à commander, avant même l'adoption de la directive 2013/48, une refonte du code de procédure pénale français afin de faire effectivement bénéficier l'auditionné libre de l'ensemble des droits énumérés par la directive au titre du seul droit à l'information. En ce sens : MORIN, M.-E., Quelles place pour la directive droit à l'information dans les procédures pénales, RMUE 2014/12, p. 612 ; id., L'invocabilité du droit pénal de l'UE devant le juge national, Annales de droit de l'Union européenne, 2012, Panthéon-Assas, p. 518 et s.

¹⁶⁹⁰ Art. 4, §1 de la directive « droit à l'information ».

liberté avant une présentation à une autorité judiciaire, une « information de base » sur les possibilités de contestation de la privation de liberté¹⁶⁹¹.

426. Cette présentation permet de souligner la recherche de cohérence du droit de l'Union qui s'est efforcé de faire bénéficier toutes les personnes concernées par une procédure pénale des mêmes droits préalables, avec un succès variable, il est vrai. Au-delà de ces droits préalables, chaque statut connaît naturellement des droits propres à sa situation et ses besoins.

B- LES DROITS SUBSTANTIELS PROPRES A CHAQUE STATUT

427. *Nécessité de distinguer* - Les droits substantiels des personnes concernées par une procédure pénale n'étant pas les mêmes selon la qualité de mis en cause (1) ou de victimes (2), on s'intéressera successivement aux uns, puis aux autres.

I- Les droits procéduraux des mis en cause

428. *Le droit d'accès au dossier* – Impératif pour bien préparer sa défense¹⁶⁹², le droit d'accès au dossier n'impose cependant pas que le mis en cause ait lui-même accès au dossier ; un droit d'accès limité à l'avocat suffit à satisfaire les exigences de la directive¹⁶⁹³. Celles-ci, par ailleurs, dépendent moins du statut de l'intéressé que de la contrainte qui a pu être exercée à son endroit¹⁶⁹⁴. Ainsi, le mis en cause arrêté *et* détenu doit bénéficier d'un accès aux documents relatifs à sa privation de liberté et nécessaires à la contestation de sa légalité¹⁶⁹⁵, mais pas à l'intégralité de la procédure¹⁶⁹⁶. Non privé de liberté, il doit avoir accès, au minimum, à toutes les preuves à

¹⁶⁹¹ Art. 4, §2 de la directive « droit à l'information ».

¹⁶⁹² Point 30 du préambule de la directive « droit à l'assistance d'un avocat » et dans le même sens : CEDH, 17 déc. 1996, Vacher c/ France, req. n°20368/92, §32 ; 18 mars 1997, Foucher c/ France, req. n°22209/93.

¹⁶⁹³ Les articles 7, §1 et §2 mentionnent tous deux l'alternative en adéquation avec la jurisprudence de la Cour EDH (CEDH, Kamasinski, précité, §88. ; 21 sept. 1993, Kremzow c/ Autriche, n°12350/86, §52 ; Foucher c/ France, précité, §35).

¹⁶⁹⁴ Voir tableau récapitulatif de VERGÈS E., Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, précité.

¹⁶⁹⁵ Art. 7, §1 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ». Voir également en ce sens : CEDH, 15 mars 2001, Begu c/ Roumanie, req. n°20448/02, §111.

¹⁶⁹⁶ Plus nuancé, il a été relevé que l'accès au procès-verbal de notification de garde à vue ne suffit pas pour contester la légalité de la mesure d'arrestation : BEAUVAIS P., « Nouvelle harmonisation des droits de l'accusé dans la procédure pénale », RTD Eur, 2013, p. 881 ; C. RIBEYRE Chron. Procédure pénale, RPDP n°2, 2012, p. 388.

charge et décharge, en temps utile et au plus tard lorsqu'une juridiction est amenée à se prononcer sur le bien-fondé de l'accusation¹⁶⁹⁷. Exceptionnellement, l'accès au dossier peut être refusé, sous réserve que le droit à un procès équitable ne s'en trouve pas affecté et sous contrôle d'une autorité judiciaire, en cas de menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, afin de préserver un intérêt public important, comme la conduite d'une enquête en cours ou la sécurité nationale¹⁶⁹⁸. Reste à savoir où se trouvera le point d'équilibre entre les motifs de dérogation et l'exigence du droit à un procès équitable¹⁶⁹⁹.

429. *Le droit à l'assistance d'un avocat* – Second droit procédural consacré, le droit à l'assistance d'un avocat n'est, par principe, qu'un droit et non une obligation¹⁷⁰⁰, auquel toute personne peut choisir de renoncer¹⁷⁰¹. Concrètement, l'assistance de l'avocat comprend le droit de communiquer et de s'entretenir en privé avec lui¹⁷⁰², y compris avant le premier interrogatoire¹⁷⁰³. Sa présence doit être assurée lors des interrogatoires¹⁷⁰⁴, ainsi qu'à certaines mesures d'enquêtes¹⁷⁰⁵. Cependant, cette présence ne saurait être de la plus grande utilité si celui-ci ne peut être plus qu'un simple observateur. Aussi, doit-il pouvoir « effectivement participer » lors de l'interrogatoire¹⁷⁰⁶. Des dérogations existent et sont assez précisément encadrées : toute atteinte portée au droit de l'intéressé doit « être proportionnée et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire »¹⁷⁰⁷, être strictement limitée dans le temps¹⁷⁰⁸, ne pas être fondée sur la nature ou la

¹⁶⁹⁷ Art. 7, §2 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁶⁹⁸ Art. 7, §4 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁶⁹⁹ Sur une restriction n'enfreignant pas le droit d'accès au dossier pour la Cour EDH, dans une affaire de terrorisme, voir : CEDH, 10 fév. 2009, A et a c/ RU, n°3455/05.

¹⁷⁰⁰ Par exception, la directive envisage les cas où le droit national imposerait l'assistance d'un avocat (art. 3, §4 al. 2 et 9, §1) ce qui n'est pas incompatible avec la convention EDH : V° CEDH, 25 sept. 1992, Croissant c/ Allemagne, req. n°13611/88, §33. Par ailleurs, si l'art. 6, §1 de la proposition de directive « droits des mineurs délinquants » excluait expressément la possibilité pour un enfant de renoncer à ce droit, le texte définitif ne mentionne ni la possibilité, ni l'impossibilité d'y renoncer.

¹⁷⁰¹ Art. 9 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat », sous réserve que la renonciation soit faite « de plein gré et sans équivoque », à l'écrit ou oralement, après avoir été préalablement informé, oralement ou par écrit, dans un langage simple et compréhensible, de la teneur du droit concerné, des conséquences de son éventuelle renonciation et de son droit à revenir dessus (même article).

¹⁷⁰² Le principe de la confidentialité des échanges entre l'intéressé et son avocat, pour les rencontres, correspondances, conversations téléphoniques et toutes les autres formes de communication permises dans l'État membre, est énoncé à l'article 4 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ». En droit de la CEDH, voir : CEDH, 28 nov. 1991, S. c/ Suisse, n°12629/87, n°13965/88, §48 ; 16 oct. 2001, Brennan c/ Royaume-Uni, req. n°9846/98, §45.

¹⁷⁰³ Art. 3, §3, a) de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁷⁰⁴ Art. 3, §3, b) de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ». Voir : CEDH, Brusco c/ France, précité, Danayan c/ Turquie, précité ; 8 fév. 1996, John Murray c/ R.-U, req. n°8731/91.

¹⁷⁰⁵ Art. 3, §3, c) de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ». Ces mesures sont, au minimum, les séances d'identification des suspects, les confrontations et les reconstitutions de la scène d'un crime.

¹⁷⁰⁶ Art. 3, §3, b) de la directive « droit à l'assistance d'un avocat » et point 29 du préambule. Voir également : CEDH, 2 nov. 2010, Sakhnovski c/ Russie, req. n°21272/03, §§94-98.

¹⁷⁰⁷ Art. 8, §1 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

La Cour EDH évoque des « raisons impérieuses » : 27 nov. 2008, Salduz c/ Turquie, précité, §55.

gravité de l'infraction¹⁷⁰⁹, ne pas porter atteinte à l'équité générale de la procédure¹⁷¹⁰, être prise par ou sous contrôle d'une autorité judiciaire¹⁷¹¹. Enfin, il ne peut être passé outre la présence de l'avocat qu'au cours de la phase préalable au procès pénal et dans des circonstances limitativement énumérées, telles que l'éloignement géographique¹⁷¹² de l'intéressé, ou pour prévenir un danger substantiel pour la procédure pénale¹⁷¹³. Le suspect ou l'accusé, alors entendu sans la présence de l'avocat, devra être informé de son droit de garder le silence¹⁷¹⁴. De même, le principe de la confidentialité peut être malmené lorsque des soupçons de complicité, étayés par des faits objectifs, pèsent sur l'avocat lui-même¹⁷¹⁵.

430. Le droit d'informer et de communiquer avec les tiers et les autorités consulaires -

Second volet de la directive 2013/48, le droit d'informer et de communiquer des personnes privées de liberté se décline en deux branches selon que l'intéressé est ressortissant de l'Etat où il est détenu ou non. Ressortissant de l'Etat où il est détenu, tout mis en cause doit pouvoir, d'une part, faire aviser une personne de son choix, tel un membre de la famille ou un employeur, de la privation de liberté¹⁷¹⁶ et, d'autre part, de communiquer avec elle¹⁷¹⁷. La possibilité que l'intéressé soit un enfant est envisagée par la directive, ce qui est assez peu courant en droit de l'Union pour être souligné¹⁷¹⁸. Et lorsqu'il n'est pas ressortissant de l'Etat membre où il est privé de liberté, celui-ci doit pouvoir s'adresser à son autorité consulaire, ou celle de son choix en cas de nationalité multiple¹⁷¹⁹. Le caractère alternatif ou cumulatif du droit d'informer et de communiquer avec des tiers et des autorités consulaires, pour les personnes concernées, n'est pas précisé.

¹⁷⁰⁸ Art. 8, §1 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁷⁰⁹ *Ibid.*

¹⁷¹⁰ *Ibid.* Dernière condition qui ne peut être que relative. L'absence de l'avocat, hors renonciation de l'intéressé, porte par essence atteinte à l'équité de la procédure.

¹⁷¹¹ Art. 8, §2 et 3 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁷¹² En territoire d'outre-mer, par exemple, précise le préambule de la directive (point 30).

¹⁷¹³ Art. 3, §5 et 6 (pour les personnes suspectes ou poursuivies) ; art. 10, §3 par renvoi à l'article 8 (dans le cadre d'une procédure relative au mandat d'arrêt européen) de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁷¹⁴ Point 31 et 32 du préambule de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁷¹⁵ Point 33 du préambule de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁷¹⁶ Art. 5 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁷¹⁷ Art. 6 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

¹⁷¹⁸ Art 5, §2 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat » - Le cas échéant, le tiers est naturellement le titulaire de l'autorité parentale, sauf à ce que cela soit contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 5 de la directive « droits des mineurs délinquants »).

¹⁷¹⁹ Art. 7 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

431. *Le droit d'assister à son procès* - « Le droit à un procès équitable (...) repose sur le droit d'une personne poursuivie d'assister à son procès, qui devrait être garanti dans l'ensemble de l'Union »¹⁷²⁰, un droit que la directive « présomption d'innocence »¹⁷²¹ ne fait que conforter. En effet, en complétant le régime général de la reconnaissance mutuelle, la décision-cadre 2009/299/JAI relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès¹⁷²² a érigé l'absence d'un mis en cause en motif de refus de reconnaissance et d'exécution d'une décision répressive pour atteinte au droit au procès équitable¹⁷²³ et a, corrélativement et implicitement, reconnu le droit d'assister à son procès, anticipant sur la compétence expresse en la matière introduite par la traité de Lisbonne, alors adopté mais non encore en vigueur¹⁷²⁴. Conformément à la jurisprudence de la Cour EDH¹⁷²⁵, la directive garantit le droit de comparaître¹⁷²⁶, droit auquel l'accusé peut renoncer, de son plein gré et de manière non équivoque¹⁷²⁷. Ce droit emporte des obligations pour les Etats membres¹⁷²⁸, déjà indirectement contenues par la décision-cadre et positivement consacrées par la directive¹⁷²⁹. En premier lieu, les Etats membres doivent s'assurer que la personne poursuivie soit, en temps utile, informée des date et lieu du procès et des conséquences de ne pas comparaître¹⁷³⁰.

¹⁷²⁰ Point 33 du préambule de la directive « présomption d'innocence » - dans le même sens en droit de la convention EDH : CEDH, 23 févr. 1994, Stanford, 16757/90, §26.

¹⁷²¹ Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 65 du 11 mars 2016).

¹⁷²² Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès (JOUE L 81 du 27 mars 2009).

¹⁷²³ En ce sens, points 1 et 8, notamment, du préambule de la décision-cadre.

¹⁷²⁴ Il est vrai que, s'agissant d'un outil de mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, elle n'avait pas pour finalité d'harmoniser les procédures pénales, et ce d'autant plus que les motifs de refus sont facultatifs (points 14 et 15 du préambule de la décision-cadre). Elle ne pouvait pourtant pas avoir d'autre effet que de participer à un rapprochement des législations, dans la mesure où en encadrant les conditions de reconnaissance d'une décision rendue en l'absence de la personne concernée, elle encadre indirectement la validité de ces mêmes jugements.

¹⁷²⁵ Notamment : CEDH, 12 juill. 1985, Colozza c/ Italie, §27 ; 30 nov. 2000, Kwiatkowska c/ Italie, n°52868/99 ; 23 nov. 1993, Poitrimol c/ France, req. n°14032/88, §31 ; 18 oct. 2006, Hermi c/ Italie, req. n°18114/02, §74.

¹⁷²⁶ Art. 8, §1 de la directive.

¹⁷²⁷ Point 35 du préambule de la directive. En ce sens, CEDH, 21 sept. 1993, Kremzow c/ Autriche, n°12350/86, §§67-69 ; Hermi c/ Italie, précité, §76.

¹⁷²⁸ Sur l'« obligation positive » pour l'État d'assurer la comparution personnelle de l'accusé au procès : CEDH, Kremzow, précité.

¹⁷²⁹ En effet, la décision-cadre adoptait une démarche négative en excluant que la non comparution soit un motif de refus si l'intéressé a été informé de la tenue du procès et de ce qu'une décision pouvait être rendue en son absence, si, ayant eu cette information, il a mandaté un conseil pour le représenter et l'a effectivement été, et si ayant eu notification de la décision rendue en son absence et de son droit à une nouvelle audience, il en a décliné le bénéfice (paragraphe 1 des art. 2 à 6) La directive adopte une approche positive « Les Etats membres peuvent prévoir qu'un procès pouvant donner lieu à une décision statuant sur la culpabilité ou l'innocence du suspect ou de la personne poursuivie peut se tenir en son absence, pour autant que ... » (art. 8, §2 de la directive).

¹⁷³⁰ Art. 8, §2, a) de la directive, reprenant les paragraphes 1 des articles 2 à 6 de la décision-cadre.

En second lieu, toute personne ayant eu connaissance du procès doit pouvoir mandater, ou se voir mandater, un conseil pour être représentée¹⁷³¹. Enfin, toute condamnation prise en violation du droit d'assister à son procès ne peut être mise à exécution et donne droit, pour l'intéressé, d'en être informé, de pouvoir la contester et demander un nouveau procès¹⁷³².

432. Le droit à l'aide juridictionnelle - La directive « droit à l'aide juridictionnelle »¹⁷³³ procède au rapprochement de ce corollaire du droit à l'assistance d'un avocat¹⁷³⁴. Elle impose d'accorder l'aide juridictionnelle à toute personne tenue d'être assistée par un avocat mais n'ayant pas les ressources suffisantes pour¹⁷³⁵. Cependant, l'apport de la directive se limite au principe du bénéfice d'une aide dans la mesure où elle n'harmonise pas les conditions d'octroi. En effet, les Etats membres sont libres d'appliquer des critères de ressources et/ou de bien-fondé, sommairement illustrés uniquement¹⁷³⁶.

433. Obligations positives découlant du respect de la présomption d'innocence – Bien que garanti par le droit de l'Union¹⁷³⁷ et, bien avant lui, le droit de la convention EDH¹⁷³⁸, la Commission a conclu¹⁷³⁹ qu'il y avait lieu de prendre des mesures à l'égard de certains aspects du droit fondamental à la présomption d'innocence, afin d'en garantir, autant que faire se peut, l'effectivité. A cette fin, la directive « présomption d'innocence »¹⁷⁴⁰ exige des Etats membres

¹⁷³¹ Art. 8, §2, b) de la directive, reprenant les articles précités de la décision-cadre – dans le même sens, quoique plus nuancé : CJCE, 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98, §40.

¹⁷³² Art. 8, §4 et 9 de la directive reprenant les articles précités de la décision-cadre.

¹⁷³³ Directive 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen (JOUE L 297 du 4 nov. 2016) ci-après dénommée directive « aide juridictionnelle ». Spécifiquement pour les enfants, voir également art. 18 de la directive « droits des mineurs délinquants ».

¹⁷³⁴ CEDH, 25 avr. 1983, Pakelli c/ Allemagne, req. n°8398/78, §31 ; 28 nov. 2006, Flandin c/ France, req. n°77773/01, §36.

¹⁷³⁵ Pour les personnes suspectes ou poursuivies : art. 4 de la directive. Pour les personnes dont la remise est demandée : art. 5 de directive « aide juridictionnelle ».

¹⁷³⁶ Art. 4, §3 et 4 et, mutatis mutandis, art. 5, §3 de la directive « droit à l'aide juridictionnelle ».

¹⁷³⁷ Art. 48, §1, de la Charte des droits fondamentaux et, avant cela, notamment : CJCE, 8 juill. 1999, Montecaldi SpA c/ Commission, aff. C-235/92 - voir n°693-705.

¹⁷³⁸ Art. 6, §2, de la Convention EDH.

¹⁷³⁹ Voir l'analyse d'impact annexée à la proposition de directive : 2013/407/COD – SWD (2013) 478 final - SWD (2013)479 final - SWD (2013)500 final. A noter qu'en 2006, déjà, la Commission publiait un livre vert sur la présomption d'innocence (COM(2006) 174 final du 26 avril 2006) à l'issue de la consultation de 11 Etats membres, d'experts indépendants et de professionnels, dont il était ressorti « une érosion du principe de la présomption d'innocence », notamment à l'égard de ressortissants étrangers ou de non-résidents. « Un principe de « présomption de culpabilité » semblait être de plus en plus toléré dans les systèmes nationaux ».

¹⁷⁴⁰ Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales ci-après dénommée « directive « présomption d'innocence » ».

qu'ils veillent à ce qu'avant toute condamnation définitive, aucune déclaration publique, décision officielle ou présentation publique ne présente les suspects et personnes poursuivies comme coupables¹⁷⁴¹, et que des mesures appropriées soient prises le cas échéant¹⁷⁴². En outre, en adéquation avec le droit de la CEDH, la charge de la preuve de culpabilité doit porter sur l'accusation¹⁷⁴³, quoique le recours à des présomptions de responsabilité soit envisagé à la condition qu'elles soient dûment justifiées et réfragables¹⁷⁴⁴.

434. Le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer – Sous-entendu dans la directive « droit à l'information », implicitement reconnu dans la directive « droit à l'assistance d'un avocat »¹⁷⁴⁵, le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer font (enfin) l'objet d'une consécration expresse en droit écrit de l'Union¹⁷⁴⁶. Ces droits ne s'appliquent cependant qu'aux questions intéressant l'infraction prétendument commise par le mis en cause et non, par exemple, de questions relatives à l'identification d'un suspect ou d'une personne poursuivie¹⁷⁴⁷. De manière tout à fait regrettable, le texte définitif n'a pas repris le rappel, faisant écho à la directive « droit à l'information », de l'obligation d'informer les personnes concernées de leur droit de conserver le silence et de ne pas coopérer, de la teneur de ce droit ainsi que des conséquences qu'emporte le fait d'y renoncer ou de s'en prévaloir¹⁷⁴⁸. En effet, si l'exercice de ces droits ne peut valoir corroboration des faits¹⁷⁴⁹, le texte définitif permet néanmoins de tenir compte de l'attitude coopérative d'une personne. Le texte précise également que l'exercice de ces droits n'entrave pas la justice qui peut recourir aux moyens que la loi autorise afin de collecter des documents ou des données¹⁷⁵⁰, même contre la volonté de l'intéressé¹⁷⁵¹.

¹⁷⁴¹ Art. 4, §1 et 5, §1 de la directive « présomption d'innocence ».

¹⁷⁴² Art. 4, §2 de la directive « présomption d'innocence ».

¹⁷⁴³ Art. 6 de la directive « présomption d'innocence ».

¹⁷⁴⁴ Point 22 du préambule de la directive. Voir, sur cette question : n°617-619 ; 693-702.

¹⁷⁴⁵ Envisageant les causes de dérogations à l'obligation faite aux Etats membres de garantir le droit à l'assistance d'un avocat, ce n'est que dans la mesure où, le cas échéant, l'intéressé aura été informé de son droit à garder le silence, qu'il pourra être entendu malgré l'absence d'un avocat (points 31 et 32 du préambule).

¹⁷⁴⁶ Art. 7 de la directive « présomption d'innocence » précitée.

Il n'est pas non plus garanti expressément par l'article 6 de la convention EDH mais par sa Cour : CEDH, 25 févr. 1993, Funke c/ France, §44 ; 17 déc. 1996, Saunders c/ Royaume-Uni, req. n°19187/91, §68-69 ; 3 mai 2001, J.B. c/ Suisse, req. n°31827/96, §64 ; 14 oct. 2010, Brusco c/ France, §44.

¹⁷⁴⁷ Point 20 du préambule de la directive « présomption d'innocence ».

¹⁷⁴⁸ Anc. art. 7, §2 de la proposition de directive « présomption d'innocence ».

¹⁷⁴⁹ Art. 6, §3 et 7, §3 de la directive « présomption d'innocence ».

En ce sens dans la jurisprudence de la Cour EDH, notamment : CEDH, 17 déc. 1996, Saunders c/ Royaume-Uni, req. n°19187/91, §68 ; 29 juin 2007, O'Halloran et Francis c/ R.-U., req. n°15809/02 et 25624/02, §55.

¹⁷⁵⁰ Point 29 du préambule.

¹⁷⁵¹ Art. 7, §3 de la directive « présomption d'innocence ».

435. Observations conclusives sur le droit des personnes visées par une procédure pénale – Toute chose étant perfectible, il est tout d’abord regrettable que les formulations évasives se succèdent là où la précision devrait être de rigueur. Ainsi, par exemple, s’agissant du point de départ de l’exercice de certains droits¹⁷⁵², les notions « sans délai »¹⁷⁵³, « délai raisonnable »¹⁷⁵⁴, « sans retard indu »¹⁷⁵⁵, « rapidement »¹⁷⁵⁶, « en temps utile »¹⁷⁵⁷ sont laissées à la libre appréciation, non négligeable et discutable¹⁷⁵⁸, des législateurs nationaux, à l’occasion de la transposition, ou des juges du fond, lorsqu’ils seront saisis de contestations. Or, ainsi qu’il a été très finement observé, le « temps utile » à la préparation de la défense, par exemple, n’est évidemment pas le même selon la défense ou le ministère public¹⁷⁵⁹. Certes, conformément à l’objectif de fixation de règles minimales, les directives, soit, fixent l’évènement le plus tardif à l’occasion duquel le droit doit pouvoir être exercé¹⁷⁶⁰, soit, précisent que le facteur temps doit « permettre l’exercice pratique et effectif de ces droits », l’équité de la procédure et l’exercice des droits de la défense¹⁷⁶¹. Cependant, la prohibition d’un bénéfice trop tardif par préférence à l’obligation d’un bénéfice précoce des garantit-il réellement « le temps utile à la préparation de la défense », en particulier en cas de procédure accélérée, par exemple ?¹⁷⁶². Il en va sensiblement de même des modalités d’application des droits conférés, parfois insatisfaisantes ou insuffisantes.

¹⁷⁵² Certains droits n’ont pas besoin de voir des précisions apportées sur le point de départ de leur bénéfice. Le droit d’assister à son procès, le droit d’informer des tiers, par exemple, sont intrinsèquement porteurs du facteur temps.

¹⁷⁵³ Art. 2, §1 et §7 de la directive « droit à l’interprétation et à la traduction » (droit à l’interprétation).

¹⁷⁵⁴ Art.3, §1 de la directive « droit à l’interprétation et à la traduction » (droit à la traduction).

¹⁷⁵⁵ Art. 3, §2, c) de la directive « droit à l’assistance d’un avocat » (droit à l’assistance d’un avocat en cas de privation de liberté).

¹⁷⁵⁶ Art 3, §1, 4, §1 et 6, §1 de la directive « droit à l’information » ; art. 4, §1 de la directive « droits des mineurs délinquants ».

¹⁷⁵⁷ Art. 7, §3 de la directive « droit à l’assistance d’un avocat » ; art. 3, §2, d) directive « droit à l’assistance d’un avocat » (droit à l’assistance d’un avocat avant comparution devant une juridiction).

¹⁷⁵⁸ Le Comité économique et social européen s’est prononcé en faveur d’une plus grande précision : dès le premier acte de procédure ; Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative au droit à l’information dans le cadre des procédures pénales », JOUE C 54/48 du 19 fév. 2011.

¹⁷⁵⁹ En ce sens : VERGÈS, E., « Émergence européenne d’un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique : À propos de la directive n°2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l’information dans le cadre des procédures pénales », RSC, 2012, p. 635.

¹⁷⁶⁰ Ainsi, les personnes suspectes ou poursuivies doivent être informées de leurs droits et avoir accès à un avocat au plus tard avant le premier interrogatoire officiel, l’exécution d’une mesure d’enquête ou de collecte de preuve (point 19 du préambule de la directive « droit à l’information » ; art. 3 §2 de la directive « droit à l’assistance d’un avocat ») ; le droit à l’information sur les accusations portées contre soi doit intervenir au plus tard avant qu’une juridiction soit amenée à statuer sur le bien-fondé de l’accusation (art. 6, §3 de la directive « droit à l’information »).

¹⁷⁶¹ Art. 6, §1 et point 19 du préambule de la directive « droit à l’information ». Dans le même sens l’art. 7, §3 de la directive « droit à l’information » prévoit que le droit d’accès au dossier doit pouvoir être exercé « en temps utile pour permettre l’exercice effectif des droits de la défense » ; l’art. 3 de la directive « droit à l’assistance d’un avocat » : celui-ci doit intervenir afin de permettre aux suspects et personnes poursuivies de se défendre « de manière concrète et effective ».

¹⁷⁶² Art. 6, §3 de la directive « droit à l’information » - De même, s’agissant du droit d’accès aux preuves à charge et à décharge : art. 7, §2 et 3 de la directive 2013/48/UE.

Ainsi, si la directive « droit à l'assistance d'un avocat » s'applique à la phase d'enquête, celle-ci n'a pas défini de critères objectifs permettant de déterminer pour quelles mesures la présence de l'avocat sera nécessaire. Elle en énumère certains, en exclut d'autres¹⁷⁶³, mais quid des perquisitions, par exemple, ni prévues, ni exclues ? S'il est loisible aux législateurs nationaux de se montrer plus précis lors des transpositions, la question d'une certaine rupture d'égalité des citoyens européens devant la justice pénale se pose. On peut donc s'attendre à des contestations internes et/ou des renvois préjudiciels¹⁷⁶⁴. Plus dérangeante est la formule-type selon laquelle « les Etats membres veillent » ou « doivent veiller » à ce que tel ou tel droit, ou son exercice, soit garanti d'une certaine manière, formulation sensiblement moins exigeante, moins impérieuse, que peut l'être un schéma syntaxique comme « toute personne a droit à... »¹⁷⁶⁵. Aussi, ces directives résonnent comme des obligations de moyen et non de résultat, nonobstant le fait qu'il s'agisse de directives¹⁷⁶⁶. En revanche, aussi regrettable que soit la rare prévision des sanctions en cas des violations des droits¹⁷⁶⁷, cette question n'est qu'à la périphérie des règles minimales des droits procéduraux. En somme, les directives de rapprochement des droits procéduraux sont, dans leur ensemble, satisfaisantes en ce qu'elles répondent au cahier des charges qu'est l'article 82, §2 TFUE : établir des règles minimales dans le souci de « [tenir] compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des États membres »¹⁷⁶⁸ ; la démarche analogue, en matière de rapprochement des infractions, a conduit certains auteurs à parler d'harmonisation au plus petit dénominateur commun ou en trompe-l'œil, ce qui, appliqué aux droits fondamentaux, s'avèrerait

¹⁷⁶³ La présence d'un avocat est requise pour les constatations, confrontations et reconstitutions, sous réserve toutefois que le droit national prévoit ces mesures et qu'il prévoit ou autorise la présence de la personne concernée (Préambule de la directive, pt 26).

¹⁷⁶⁴ Puisque les directives sont d'effet direct ascendant à l'échéance de la transposition. Si les juges du fond ne sont pas tenus de solliciter l'interprétation de la Cour de Justice, les juridictions de dernier ressort le sont, en revanche, sauf théorie de l'acte clair ou précédent préjudiciel. Il apparaît assez évident que l'acte, ici, n'est pas clair.

¹⁷⁶⁵ Sur ce schéma, l'article 47, §2 de la charte des droits fondamentaux, par exemple, énonce le droit au procès équitable et en particulier le droit d'accès au juge.

¹⁷⁶⁶ L'article 288 TFUE dispose en effet que « La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

¹⁷⁶⁷ La proposition de directive « présomption d'innocence » prévoyait l'irrecevabilité des déclarations faites en violation des droits au silence et de ne pas s'auto-incriminer (anc art. 6, §4 de la proposition de directive s'agissant du droit de ne pas s'incriminer soi-même et de ne pas coopérer ; anc. art. 7, §4 s'agissant du droit de conserver le silence) et exigeait que « des mesures appropriées soient prises en cas de manquement » à l'obligation qu'aucune déclaration publique ou décision officielle ne présente les suspects et personnes poursuivies comme coupables (anc. art. 4 et 5 de la directive). Malheureusement, ces dispositions ont laissée place, dans le texte définitif, à une clause évasive n'imposant que l'existence d'une voie de recours en cas de violation des dispositions de la directive (art. 10). Quant aux précédentes directives, elles ne donnent, tout au plus, que quelques indications, sporadiquement, sur la possibilité de contestation ou sur le seuil de violation des droits. Ainsi, par exemple, la directive « droit à la l'interprétation et à la traduction » attend des Etats membre qu'ils veillent à ce que le droit national permette de contester la qualité de la traduction ou d'une décision concluant à l'inutilité de la traduction (art. 3, §5) , ou encore, précise qu'un délai entre la demande d'interprète et sa présence effective n'est pas, en soi, une atteinte au droit du mis en cause, selon les circonstances (point 18 du préambule de la directive).

¹⁷⁶⁸ Art. 82, §2, TFUE.

être un jugement des plus critiques¹⁷⁶⁹. Quelles que soient les imperfections des directives de rapprochement des droits des mis en cause, celles-ci ont probablement bénéficié de ce que l'Union s'était déjà sérieusement penchée sur les droits d'une autre catégorie de personnes intéressées à une procédure pénale : les victimes.

II- Les droits substantiels des victimes

436. Le droit d'accès au service d'aide aux victimes – La décision-cadre 2001/220 encourageait leur intervention sans pour autant consacrer l'accès aux services d'aide aux victimes comme « droit » autonome¹⁷⁷⁰. C'est chose faite par l'article 8 §1 de la directive 2012/29 qui exige que toute victime doit avoir, en fonction de ses besoins, gratuitement accès, avant, pendant la procédure pénale et pendant une période suffisante, aux structures agissant dans l'intérêt des victimes¹⁷⁷¹, sans qu'il soit subordonné à un dépôt de plainte¹⁷⁷². Si l'essentiel des deux dispositions relatives à ce droit s'intéresse aux structures en elles-mêmes, c'est en encadrant leur organisation et leurs missions que la directive garantit ainsi l'effectivité de ce droit. Ainsi, par exemple, pour que toute victime puisse se voir offrir l'aide adaptée à ses besoins, les Etats membres doivent mettre en place, en plus des services généraux, des services d'aides adaptés aux besoins spécifiques des victimes particulièrement vulnérables¹⁷⁷³, envers lesquels le droit de l'Union se montre, assez logiquement, plus exigeant¹⁷⁷⁴. Afin de garantir que toute victime puisse y avoir accès, qu'ils soient généraux ou spécialisés, publics ou non, professionnels ou bénévoles, leur accès doit être gratuit¹⁷⁷⁵. La garantie d'un accès à des services d'aides aux victimes est, au regard des missions d'information, de soutien et de conseil qui leur sont confiés, également celui de permettre à la victime d'user de son droit à l'indemnisation, lui aussi garanti par le droit de l'Union.

¹⁷⁶⁹ En ce sens, M. POELEMANS qualifie la directive 2012/13 « droit à l'information dans les procédures pénales » de « minimaliste » (in « Les droits procéduraux dans l'Union européenne sont-ils le meilleur terrain de compromis ? », Réseau universitaire européen droit de l'espace de liberté de sécurité et de justice, 15 mai 2012 : <http://www.gdr-elsj.eu/2012/05/15/cooperation-judiciaire-penale/les-droits-proceduraux-dans-lunion-europeenne-sont-ils-le-meilleur-terrain-de-compromis/>).

¹⁷⁷⁰ Art. 13 de la décision-cadre « droits des victimes ».

¹⁷⁷¹ Art. 8, §1 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁷² Art. 8, §5 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁷³ Point 38 du préambule de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁷⁴ Pour les dispositions les concernant spécifiquement : art. 9, §2 et 3 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁷⁵ Art. 8, §1 et §3 de la directive « droits des victimes ».

437. *Le droit à l'indemnisation* – Le droit, pour la victime d'une infraction pénale, « d'obtenir qu'il soit statué dans un délai raisonnable sur la réparation par l'auteur de l'infraction des préjudices subis »¹⁷⁷⁶, de préférence dans le cadre de la procédure pénale¹⁷⁷⁷, fut renforcé par la prévision d'un système de coopération visant à faciliter l'indemnisation « juste et appropriée » des victimes d'une infraction intentionnelle violente, uniquement, dans les situations transfrontalières¹⁷⁷⁸. En adéquation avec l'objectif d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, les victimes d'une telle infraction doivent pouvoir présenter une demande d'indemnisation auprès d'une autorité compétente de leur Etat habituel de résidence afin qu'elle soit transmise et traitée par les autorités compétentes de l'Etat membre où a été commise l'infraction¹⁷⁷⁹.

438. *Le droit à la protection* – Le principe général de protection de la sécurité et de la vie privée des victimes d'une infraction¹⁷⁸⁰ a été érigé en « droit » par la directive 2012/29 par l'imposition de différentes obligations procédurales aux Etats membres. Sous « le droit à la protection de la victime face à son agresseur »¹⁷⁸¹, il y a l'obligation d'éviter tout contact entre la victime et l'auteur de l'infraction, sauf si la procédure pénale ne l'impose¹⁷⁸². Sous le droit à la protection de la victime dans le processus pénal¹⁷⁸³, se trouvent différentes obligations d'adapter les procédures ou les pratiques : l'effort de célérité, de concision et de réduction du nombre des auditions et des examens médicaux, et la possibilité pour la victime d'être accompagnée à ces occasions, en particulier. Enfin, le « droit à la protection de la vie privée » des victimes¹⁷⁸⁴ impose

¹⁷⁷⁶ Art. 9 de la décision-cadre « droits des victimes ».

¹⁷⁷⁷ S'il importait peu au droit de l'Union que la demande d'indemnisation soit traitée lors de la procédure pénale ou en soit dissociée, la directive 2012/29 privilégie désormais la voie pénale (« les États membres veillent à ce que la victime ait le droit d'obtenir qu'il soit statué dans un délai raisonnable sur l'indemnisation par l'auteur de l'infraction dans le cadre de la procédure pénale, sauf dans le cas où le droit national prévoit que cette décision est prise dans le cadre d'une autre procédure judiciaire » - art. 16 de la directive « droits des victimes »).

¹⁷⁷⁸ Points 6 et 7 du préambule de la directive 2004/80 CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, JOUE L 261 du 6 août 2004. Le choix de l'outil juridique qu'est la directive repose ici sur le choix de prendre l'article 308 TCE pour base légale. Compte tenu de la pilierisation des compétences, cette question ne pouvait relever d'une décision-cadre pénale du troisième pilier mais d'une directive communautaire (FLORE, D., *Droit pénal de l'Union Européenne*, Larcier, p. 293).

¹⁷⁷⁹ Art 1^{er} de la directive 2004/80.

¹⁷⁸⁰ Art. 8 de la décision-cadre « droits des victimes ».

¹⁷⁸¹ VERGÈS, E., précité.

¹⁷⁸² Art. 19 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁸³ Art. 20 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁸⁴ Art. 21 de la directive « droits des victimes ».

aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires afin de protéger sa vie privée, ses données personnelles et son image, en particulier contre le risque d'un usage public. La directive 2011/99¹⁷⁸⁵ complète le droit à la protection des victimes en établissant des règles permettant d'étendre, en application du principe de reconnaissance mutuelle¹⁷⁸⁶, la portée de mesures de protection¹⁷⁸⁷ prises par un Etat membre à celui où la victime bénéficiant desdites mesures décide de résider ou de séjourner¹⁷⁸⁸.

439. Le droit de participer à la procédure pénale - Afin qu'une victime soit en mesure d'exercer ses droits et de participer activement à la procédure pénale, ainsi que la directive l'y incite¹⁷⁸⁹, celle-ci n'omet pas les aspects financiers. Ainsi, les Etats membres doivent permettre à la victime de se faire rembourser les frais inhérents à sa participation¹⁷⁹⁰, en adéquation avec son statut dans le système de justice pénale considéré¹⁷⁹¹. Et lorsqu'elle a la qualité de partie au procès pénal, elle doit avoir accès à l'aide juridictionnelle, selon les modalités du droit national¹⁷⁹², et pouvoir, au moins lorsqu'elle a été victime d'une infraction grave, demander le réexamen d'une décision de ne pas poursuivre, sauf à ce qu'il y ait eu règlement à l'amiable¹⁷⁹³. Enfin, « innovation majeure »¹⁷⁹⁴ de la directive 2012/29, la « justice réparatrice » doit permettre « à la victime et à l'auteur de l'infraction de participer activement, s'ils y consentent librement, à la solution des difficultés résultant de l'infraction pénale, avec l'aide d'un tiers indépendant »¹⁷⁹⁵, dans le système pénal de l'Union. Mais plus que de prévoir les garanties appropriées pour la victime le cas

¹⁷⁸⁵ Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne, JOUE L 338 du 21 déc. 2011.

¹⁷⁸⁶ Conformément au régime général de la reconnaissance mutuelle, (voir infra, n°468-494) - art. 1, 6 et 9 de la directive « décision de protection européenne » lorsqu'une mesure de protection a été adoptée au préalable dans un Etat membre, une décision de protection européenne peut être demandée, auprès de l'autorité compétente de l'Etat d'émission ou de celle de l'Etat d'exécution, par la personne en bénéficiant lorsqu'elle réside ou décide de résider, séjourne ou décide de séjourner dans un autre Etat membre (art. 6, §1 à §3 de la directive 2012/29).

¹⁷⁸⁷ C'est-à-dire imposant une ou plusieurs interdictions ou restrictions à une personne à l'origine du danger encouru, qui peuvent être une interdiction ou une réglementation des contacts ou de se rendre dans certains lieux, endroits ou zones définies où la personne bénéficiant de la mesure de protection réside ou qu'elle fréquente (Art 1^{er}, b), 2 et 5 de la directive 2011/99 et point 9 de son préambule).

¹⁷⁸⁸ Art. 6, §1 de la directive « décision de protection européenne ».

¹⁷⁸⁹ Mais surtout lorsqu'elle y est « tenue par les autorités compétentes » - point 47 du préambule de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁹⁰ Frais de déplacements et indemnités journalières en particulier – point 47 du préambule de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁹¹ Art. 14 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁹² Art. 13 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁹³ Art. 11 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁹⁴ VERGES, E., Un corpus juris des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations : à propos de la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité, RSC 2013, p. 12.

¹⁷⁹⁵ Art. 2, §1, d) de la directive « droits des victimes ».

échéant, la directive encadre, sous l'angle de celles-ci, la procédure relative à ce mode de règlement des conflits¹⁷⁹⁶.

440. Conclusion du paragraphe - Aussi satisfaisante que soit l'étendue des droits des victimes, il a été très justement mis en lumière le silence des textes sur la sanction du non-respect des droits consacrés¹⁷⁹⁷. Tout au plus est-il prévu que le refus d'interprétation ou de traduction doit pouvoir être contesté à la lumière des dispositions de la directive¹⁷⁹⁸. Au-delà des imperfections de fond, pour ce qui nous intéresse, on observera de manière parfaitement cohérente le parallélisme des droits des personnes visées par une procédure pénale et ceux des victimes.

CONCLUSION DE LA SECTION

441. Systématicité - Cet ensemble normatif dédié aux droits des personnes concernées par une procédure pénale présente donc une cohérence et une logique globale satisfaisante. Les droits des mis en cause et des victimes se répondent, et, pris séparément, sont articulés de manière cohérente : droits préalables à l'exercice de tout autre, d'une part, droits spécifiques à chaque statut, d'autre part. La question de sanctions prévues en cas d'atteinte à l'un ou l'autre de ces droits est malheureusement délaissée. Cela étant, cette question se trouve effectivement à la périphérie de la compétence pénale de l'Union en ce domaine, limité à l'établissement de règles minimales. Confirmant donc un peu plus les caractéristiques d'un véritable système pénal de l'Union européenne, le droit des personnes concernées par une procédure pénale offre également les premiers indices sur l'identité et le modèle pénal de l'Union européenne.

442. Modèle – Par sa seule existence, l'harmonisation des droits des personnes dans les procédures pénales révèle une essence libérale, un modèle qui entend assurer un équilibre entre la lutte contre le crime et la protection des droits et libertés de l'individu, un intérêt pour l'individu entraînant la prise en compte et le respect du statut de victime¹⁷⁹⁹. Toutefois, le fait que le

¹⁷⁹⁶ V. art. 12 de la directive « droits des victimes ».

¹⁷⁹⁷ VERGES, E., Un *corpus juris* des droits des victimes, précité. L'observation faite à propos de la directive 2012/29 peut être étendue à l'ensemble des textes évoqués dans ce paragraphe.

¹⁷⁹⁸ Art. 7, §7 « droit à l'interprétation et à la traduction ».

¹⁷⁹⁹ En ce sens : PRADEL, J., Droit pénal comparé, précité, n°693, 701 et 702, p. 746-747, 756-757.

rapprochement des droits des accusés ait pour objectif premier de renforcer la confiance mutuelle entre les autorités judiciaires des Etats membres par l'institution d'un socle commun supposé réduire le recours à l'argument de la protection des droits des accusés pour refuser l'entraide judiciaire et/ou la reconnaissance mutuelle¹⁸⁰⁰. Envisagée ainsi, l'harmonisation des droits des mis en cause se révèle être instrumentalisée au profit d'une idéologie autoritaire et sécuritaire, préoccupée par le souci d'une application la plus effective et systématique possible de toute sanction pénale prononcée dans l'Union, ainsi qu'y contribue également le droit de la procédure pénale.

SECTION 2- LE DROIT DE LA PROCEDURE PENALE DANS L'UNION

443. De la coopération judiciaire et policière à un droit de la procédure pénale dans l'Union - La création de normes communes en matière de procédure pénale est considérée comme nécessaire depuis longtemps par les actes d'orientation politique de l'Union¹⁸⁰¹ et une importante partie de la doctrine¹⁸⁰². Cependant, le traité sur l'Union européenne, dans sa dernière version en vigueur autorisait, tout au plus, le Conseil à prendre des mesures afin de faciliter la coopération, l'extradition et la résolution de conflits de compétences¹⁸⁰³. Ainsi, jusqu'au traité de Lisbonne, les réalisations ont été plus qu'« extrêmement timides »¹⁸⁰⁴, surtout en matière de poursuites. Les dispositions s'y rapportant sont sporadiques et disséminées en marge d'autres branches du droit de l'Union. Ainsi, par exemple, compte tenu de l'obligation générale de coopération loyale, les Etats membres sont tenus d'une « obligation de poursuivre »¹⁸⁰⁵ afin de

¹⁸⁰⁰ En ce sens : Préambule de la directive « droit à l'interprétation et à la traduction », points 1 à 6 ; Préambule de la directive « droit à l'information », points 1 à 7 ; Préambule de la directive « droit à l'assistance d'un avocat », points 4 à 6 ; Préambule de la directive « présomption d'innocence », points 3 à 5 ; Préambule de la directive « droits des mineurs délinquants », points 1 à 3.

¹⁸⁰¹ Conclusions du Conseil européen de Tampere, pt 37 ; Plan d'action de Vienne ;, pt 50 ; Programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, Commission, COM(2005)184 final, pt 9 ; Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un Etat membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, Commission, 11 nov. 2009, COM(2009) 624 final.

¹⁸⁰² LELIEUR, J., La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves dans l'Union Européenne : une chance pour le système probatoire français en crise ?, RSC 2011, p. 1.

¹⁸⁰³ Anc. art. 31 TUE.

¹⁸⁰⁴ WEYEMBERGH, A., Coopération judiciaire pénale, JCL Europe – Traité, n°94

¹⁸⁰⁵ GRASSO, R. et SOULARD, C., Droit de l'Union Européenne et matière pénale, JCL Europe-Traité, fasc. 496, juin 2010, n°51.

sanctionner les infractions au droit de l'Union par leurs ressortissants¹⁸⁰⁶ ou, à l'inverse, de ne pas poursuivre lorsque le droit pénal national est incompatible avec le droit de l'Union¹⁸⁰⁷. En marge de l'harmonisation de certaines infractions, le droit pénal de l'Union prévoit expressément ponctuellement, l'inutilité d'une plainte préalable de la victime pour déclencher les poursuites pénales¹⁸⁰⁸, l'immunité des victimes contraintes de commettre des infractions en lien avec celles dont elles sont les victimes¹⁸⁰⁹ ainsi que le report du départ de la prescription à la majorité des victimes mineures¹⁸¹⁰. Toujours en lien avec les victimes d'infractions, la directive 2012/29 relative à leurs droits énonce ce qui s'apparente à des règles minimales de fonctionnement de la justice réparatrice¹⁸¹¹. Encore, à nouveau abordée via le rapprochement des infractions et conforté en droit de la reconnaissance mutuelle, le droit de l'Union a implicitement opté pour la solidarité des compétences législative et juridictionnelle¹⁸¹². Malgré les verrous posés par les

¹⁸⁰⁶ Ainsi, par exemple, dans « l'affaire du maïs grec », la Grèce a été condamnée pour manquement au motif qu'aucune poursuite n'avait été engagée à l'encontre des auteurs de la fraude (CJCE, 21 sept. 1989, Commission c/ Grèce, aff. C-68/88). De même, la France fut condamnée pour son inertie face à des mouvements revendicatifs agricoles contre les importations de fruits et légumes étrangers (CJCE, 9 déc. 1997, Commission c/ France, aff. C-265/95, dite "Les fraises"). Voir également, la condamnation de l'Espagne à propos de violations de la réglementation communautaire de la pêche (CJCE, 22 déc. 2008, Commission c/ Espagne aff. C-189/07).

¹⁸⁰⁷ Ce que l'on nomme « effet négatif » du droit de l'Union sur le droit pénal des Etats membres. Voir : GRASSO, R. et SOULARD, C., précité ; MORIN, M.-E., L'évolution de la norme pénale : influences extérieures – l'influence du droit de l'Union Européenne, Problèmes actuels de sciences criminelles, vol. XXIV, 2013, p. 265 et s; BOULOC, B., « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », in Mélanges G. Levasseur, Litec 1992 ; BORE, J., « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », in Mélanges André Vitu, Cujas 1989 ; JAEGER, M., « Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal : l'institution d'une communauté de droit », RD pén. crim., 2004, n°12 p. 1099 ; MASSE M., « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français », RSC 1996, p. 935 ; PRADEL J., CORSTENS G., VERMEULEN G., Droit pénal européen, Dalloz, 2009, p. 483 ; SIMON, D., « Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire », Cahiers du Conseil constitutionnel n°26, août 2009 ; BIANCARELLI, J. et MAIDANI, D., L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres, RSC1984, p. 225 s. ; HUET, A., L'impact du droit communautaire sur le droit pénal, in SIMON, D. (dir.), Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Strasbourg PUF, 2003, p. 13 s. ; ARROYO-ZAPATERO, L. et MUNOZ de MORALES ROMERO, M., Le contrôle des choix de pénalisation : effets directs et indirects, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, D. (dir.), Cour de Justice et justice pénale en Europe, Société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris, vol. 19, 2010, pp. 24 à 44 ; DEBOVE, F., Le renouvellement des normes répressives françaises par le droit européen, th. Dactyl., Paris II, 1995, pp. 196-264.

¹⁸⁰⁸ Art. 24, §1 de la directive « infractions terroristes » ; art. 9, §1, de la directive « traite des êtres humains » ; art. 15, §1 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 8 de la décision-cadre « criminalité organisée » ; art. 8 de la décision-cadre « racisme et xénophobie ».

¹⁸⁰⁹ Art. 14 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 8 de la directive « traite des êtres humains ».

¹⁸¹⁰ Art. 15, §2 « exploitation sexuelle des enfants » ; 9, §2 de la directive « traite des êtres humains ».

¹⁸¹¹ Art. 12 de la directive « droits des victimes ».

¹⁸¹² Voir, s'agissant du droit de la reconnaissance mutuelle : n°492. S'agissant du droit du rapprochement des infractions la disposition-type relative à la compétence territoriale mentionne génériquement « la compétence des Etats membres », ce qui semble implicitement viser la compétence juridictionnelle, étant précisé qu'en dehors du droit harmonisé et intégré au droit national, c'est celui-ci qui s'applique (v. art 9 de la décision-cadre « terrorisme », 19 de la directive « terrorisme », 10 de la directive « traite des êtres humains », 17 de la directive « exploitation sexuelle des enfants », 7 de la décision-cadre « criminalité organisée », 6 de la décision-cadre « racisme et xénophobie », 12 de la directive « cybercriminalité », 8 de la décision-cadre « trafic de drogues », 8 de la directive « protection de l'euro contre la contrefaçon », 6 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal », 11 de la directive « emploi illégal de ressortissant tiers », 4 de la décision-cadre « aide à l'immigration illégale », 10 de la directive « abus de marché », art. 11 de la directive « PIF ».

anciens et nouveaux traités¹⁸¹³, il est toutefois possible de dégager un droit de l'enquête pénale transnationale dans l'Union (§1). Cela étant, la sous-branche procédurale la plus élaborée du système pénal de l'Union européenne est incontestablement le droit de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives, matière totalement innovante dans le domaine pénal et exclusivement connue du système pénal de l'Union (§2).

§1- LE DROIT DE L'ENQUETE PENALE DANS L'UNION

444. *Entre coopération et intégration* - A s'en tenir aux intitulés des chapitres 4 et 5 du titre V TFUE¹⁸¹⁴, l'action pénale de l'Union relèverait toujours de la dynamique de coopération. Les orientations prises ces dernières années dans ces domaines peuvent en faire sérieusement douter. En effet, on ne saurait que très difficilement parler encore d'entraide judiciaire « classique », fondée sur le respect de la souveraineté des Etats, et consistant, en résumé, à demander la collaboration d'un autre Etat membre. Le droit de la coopération judiciaire et policière de l'Union tend de plus en plus à régir le droit, pour tout Etat membre, d'obtenir l'aide matérielle ou humaine dont il a besoin pour la répression effective d'une infraction¹⁸¹⁵. Le droit de l'enquête pénale s'inscrit toujours dans une dynamique d'entraide, dans la mesure où il consiste à organiser le concours que se prêtent des Etats, lesquels continuent d'agir en leur nom propres. En revanche, elle s'en démarque en ce qu'ayant entrepris de réglementer de manière contraignante, notamment par l'encadrement des motifs de refus d'exécution, certains actes d'enquête transnationale, on peut légitimement se demander dans quelle mesure est-il toujours question

¹⁸¹³ L'article 82, §2 TFUE n'autorise désormais l'harmonisation procédurale que « pour faciliter la reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires, ainsi que la coopération policière et judiciaire ». A noter que le niveau « minimal » est abstraitement fixé à celui qui permettra de « faciliter la reconnaissance mutuelle » (LELIEUR, J., La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves dans l'Union Européenne : une chance pour le système probatoire français en crise ?, RSC 2011, p.1) ce qui éclaire la conception que l'Union a de la reconnaissance mutuelle, une conception très libérale comme devant tendre vers la plus grande automaticité possible. A ce propos, n°478.

¹⁸¹⁴ Respectivement « coopération judiciaire en matière pénale » et « coopération policière ».

¹⁸¹⁵ En effet, alors que traditionnellement les accords ou convention évoquait des demandes d'entraides, l'article 1 du protocole de la convention de 2000 mentionnait le droit d'obtenir. La décision d'enquête européenne, vouée à devenir l'instrument de base et de droit commun de la coopération judiciaire entre Etats membres conserve la même logique syntaxique : elle doit permettre à un Etat « d'obtenir » des éléments de preuve (art. 1^{er} de la directive « décision d'enquête européenne ») ; les différents actes d'enquête transnationaux régis par la directive sont envisagés sous l'angle de « l'obtention de » plutôt que de la « demande de ».

d'Etats (pénalement) souverains¹⁸¹⁶. Ainsi, le droit de l'enquête pénale dans l'Union européenne est entré dans une phase de transition caractérisée par un dépassement de la dynamique exclusivement coopérative, sans pour autant y avoir complètement substitué une dynamique totalement intégrative. Car s'il existe depuis un droit de l'enquête pénale transnationale (B), il persiste toujours un droit de la coopération interétatique (A).

A- LA PERSISTANCE D'UN DROIT DE LA COOPERATION

445. *La collecte, le stockage et l'échange d'informations* - « De tous les secteurs de la coopération pénale, [la collecte, le stockage et l'échange d'informations est] de l'un de ceux qui, depuis dix ans, a connu les développements les plus importants »¹⁸¹⁷. Il est désormais prévu à l'article 87, §2, a) TFUE et s'articule autour de la collecte, du stockage, du traitement, de l'analyse et de l'échange d'informations pertinentes. Ce domaine d'intervention n'est que très partiellement connu. Le nombre d'actes adoptés visant à le promouvoir, l'imposer et l'encadrer est considérable, mais peu ont suscité l'intérêt : la question est technique et juridiquement peu intéressante puisqu'elle repose exclusivement sur une dynamique de coopération entre les Etats membres. En effet, aucun des systèmes de collectes et de stockage des informations mis en place aux fins spécifiques de la prévention et de la répression des infractions pénales n'est centralisé et librement accessible par les autorités compétentes unionistes¹⁸¹⁸. Les systèmes de collecte et de stockage d'informations mis en place dans le cadre de la politique d'immigration, en revanche,

¹⁸¹⁶ En effet, la coopération judiciaire et policière s'inscrit à son origine dans le cadre d'une collaboration entre Etats souverains (NILSON, H.-G., *From classical judicial cooperation to mutual recognition*, RIDP, 2006, vol. 77, p 53) ; elle serait précisément, l'une des manifestations de la souveraineté des Etats, faute d'avoir compétence et droit pour un Etat d'agir directement sur le territoire d'un autre (voir : CASTELLA, C., *la souveraineté des Etats et le droit de punir*, thèse dactyl., Toulouse I, 2009, p. 61-68 – également : ROTH, R., *Droit pénal transnational : un droit pénal sans Etat et sans territoire*, in MORAND, C. (dir.), *le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 133). Toutefois, dès lors que, régie par une directive, à terme directement applicable, la suppression de la condition de la double incrimination, le stricte encadrement des motifs de refus, semblent bien diminuer la souveraineté des Etats membres... (En ce sens : CASTELLA, C., précit, p. 78 et spéc. p. 85 et s.).

¹⁸¹⁷ DONY, M., *Droit de l'Union Européenne*, Ed. de l'Univ. De Bruxelles, 5^{ème} éd., p. 497.

¹⁸¹⁸ Le système ECRIS est un système décentralisé d'interconnexions des fichiers nationaux de casiers judiciaire non accessibles pour les autorités des autres Etats membres et d'une infrastructure de communication interétatique qui repose sur l'obligation des Etats membres de communiquer les informations relatives aux condamnations qu'ils ont prononcées à l'encontre des ressortissants des autres Etats membres aux Etats de nationalité. (Décision du Conseil 2009/316/JAI du 6 avril 2009 relative à la création du système européen d'information sur les casiers judiciaires en application de l'article 11 de la décision-cadre 2009/315/JAI - JOUE L 93 du 7 avril 2009).

Le système d'information Europol (SIE) n'est accessible que par les unités nationales et le personnel autorisé d'Europol et aux officiers de liaison.

L'application SIENA (Secure Information Exchange Network Application) est un réseau sécurisé d'échange d'informations et de renseignements, entre Europol, les États membres et les Etats tiers ayant conclu des accords de coopération avec Europol.

sont des systèmes centralisés. Mais leur mise à disposition des autorités aux fins de lutte contre la criminalité n'est qu'une optimisation de leur existence, secondaire à leur usage premier¹⁸¹⁹. Dans le domaine de l'échange d'informations, plusieurs décisions et décision-cadres ont été adoptées afin de l'imposer et de l'encadrer. Cet échange peut être organisé par le truchement d'Europol et d'Eurojust¹⁸²⁰ mais le plus souvent, l'échange d'informations est organisé pour être fait directement entre les autorités compétentes des Etats membres¹⁸²¹. Ainsi, la décision-cadre 2009/948¹⁸²² n'établit, contrairement à ce que son intitulé donne à penser, aucune règle de résolution des conflits de compétences en matière pénale. Son objet est « seulement » d'imposer et d'encadrer l'échange réciproque d'informations afin de « confirmer l'existence de procédures pénales parallèles pour les mêmes faits impliquant la même personne »¹⁸²³ et « d'éviter une violation du principe « ne bis in idem »¹⁸²⁴ par l'obligation de rechercher un consensus¹⁸²⁵. Mais en aucune manière la décision-cadre ne fixe de règles déterminant la priorité de compétence en

¹⁸¹⁹ Le système d'information des visas (VIS), d'abord destiné à être utilisé par les services chargés des visas, de l'asile et de l'immigration, a vu la liste des consultants étendue aux services répressifs afin de prévenir et lutter contre le terrorisme et les autres formes de criminalité grave (Règlement (CE) 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (JOUE L 218 du 11 août 2008).

Le fichier EURODAC permet la comparaison des empreintes digitales et a été mis à disposition d'Europol et des autorités nationales aux fins de la lutte contre le terrorisme et les formes graves de criminalités transfrontières (Règlement 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'EURODAC pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'EURODAC présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives – JOUE L 180 du 29 juin 2013).

Enfin, le système d'information Schengen (SIS désormais SIS II), est une structure mettant en commun des informations relatives aux personnes recherchées celles interdites de séjour, mais également des informations sur les véhicules, les armes à feu, les billets de banque et les documents d'identité qui pouvaient avoir été volés, détournés ou perdus. Ainsi alimenté, le SIS II permet d'effectuer des recoupements entre différentes affaires ; il a donc été mis à la disposition des autorités policières, judiciaires, ainsi que d'Europol, dans la limite de leurs prérogatives légales nationales ou unionistes respectives (règlement (CE) 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération).

¹⁸²⁰ Ainsi, la décision 2005/671/JAI du Conseil du 20 septembre 2005 relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes (JOUE L 253 du 29 sept. 2005) fait de ces deux agences les instances centralisatrices des informations relatives aux enquêtes et poursuites pour infraction terroriste qui ne seront accessibles qu'à un quorum limité de personnes (spec. art. 3).

¹⁸²¹ La décision 2008/615/JAI du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, intégrant les dispositions du traité de Prüm du 27 mai 2005, vise à améliorer l'échange d'informations relatives aux profils ADN, aux données dactyloscopiques, à l'immatriculation des véhicules aux manifestations de grande envergure à dimension transfrontalière et la prévention du terrorisme.

La décision-cadre 2009/315/JAI du Conseil du 26 février 2009 concerne l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres (JOUE L 93 du 7 avril 2009).

¹⁸²² Décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 328 du 15 déc. 2009).

¹⁸²³ Art. 2, §1 de la décision-cadre.

¹⁸²⁴ Art. 1, §2 a) de la décision-cadre.

¹⁸²⁵ Art. 1, §2, b) de la décision-cadre - Si un dédoublement de procédures est avérée, les autorités compétentes doivent alors engager une « consultation directe », en vue de dégager un consensus afin d'éviter les conséquences négatives découlant de l'existence de telles procédures parallèles.

présence d'une procédure parallèlement menée dans deux ou plusieurs Etats membre¹⁸²⁶. Outre que ces instruments reposent sur l'échange et non sur la mise en commun, il n'est prévu aucun contrôle, aucune sanction en cas de non-respect des obligations d'informations. Ces deux éléments sont expressifs de la dynamique coopération où l'entité de référence reste l'Etat, tout comme en droit du soutien opérationnel.

446. *Le droit du soutien opérationnel* – Le droit du soutien opérationnel à la coopération pénale regroupe les règles qui régissent l'intervention des structures et acteurs de soutien opérationnel. Ayant déjà été partiellement évoqué¹⁸²⁷, on se limitera ici à illustrer brièvement le contenu de ce droit. Il comprend, par exemple, les règles relatives à la constitution et à l'intervention d'une équipe commune d'enquête, tel le fait, par exemple, qu'elle soit dirigé par un agent du territoire sur lequel elle intervient et soumise au droit de cet Etat. Il comporte également les règles permettant à Europol de solliciter l'ouverture d'une enquête¹⁸²⁸ ou celles qui autorisent un membre national d'Eurojust d'autoriser et coordonner des livraisons contrôlées ou de donner effet à une demande de reconnaissance mutuelle¹⁸²⁹.

447. Dans la mesure où il a été démontré que ces structures ou organes relèvent d'une dynamique de coopération, ayant pour centre de gravité l'Etat à travers l'agent/les agents nationaux, le droit qui régit leurs activités s'inscrit également dans un droit de la coopération. En gardant à l'esprit ces caractéristiques, un certain nombre d'autres normes apparaissent constituer un ensemble différent, emprunt d'intégration et non de coopération.

B- LA NAISSANCE DU DROIT DE L'ENQUETE PENALE TRANSNATIONALE

448. *De la coopération policière au droit de l'enquête transnationale européenne* - Outre la création de la décision d'enquête européenne, acte de coopération judiciaire fondé sur le principe de reconnaissance mutuelle¹⁸³⁰, la directive 2014/41¹⁸³¹ se substitue à plusieurs

¹⁸²⁶ Le préambule est on-ne-peut-plus explicite sur sa limite normative : « aucun état membre ne devrait être contraint de renoncer à sa compétence ou de l'exercer contre sa volonté » (point 11 du préambule de la décision-cadre).

¹⁸²⁷ Voir supra n°190-203.

¹⁸²⁸ Art. 6 du règlement « Europol ».

¹⁸²⁹ Art. 9 quinquies de la décision « Eurojust ».

¹⁸³⁰ Voir infra n°457.

dispositions conventionnelles fixant les procédures applicables à certains actes d'enquêtes transfrontières. La directive ne les modifie pas, ou peu, mais transforme des « options conventionnelles » en « obligations »¹⁸³². Adoptée conjointement, la directive 2014/42¹⁸³³ est venue approfondir les décisions-cadre régissant assez sommairement les mesures de gel et la confiscation des biens. Par le recours à la directive, et non plus par voie de convention ou de décision-cadre, il ne s'agit plus de normes consensuellement acceptées par les Etats membres pouvant être librement « interprétées » à leur réception en droit interne¹⁸³⁴ mais des règles fixes et fixées, contraignant les Etats membres par l'effet direct ascendant des directives et par l'exposition à un recours en manquement. Ainsi, la description des procédures dans lesquelles certains actes d'enquêtes transnationales doivent se dérouler constitue, ni plus, ni moins, les premières pierres d'une procédure pénale de l'Union Européenne, ou plus exactement d'un droit de l'enquête pénale transnationale dans l'Union européenne. Celui-ci est néanmoins rudimentaire et ne comprend que quelques actes. La collecte d'informations bancaires et financières et les interceptions de télécommunications¹⁸³⁵ n'appellent pas d'observations particulières¹⁸³⁶. Le transfèrement temporaire de personnes détenues¹⁸³⁷, entre en concurrence au mandat d'arrêt

¹⁸³¹ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JOE L 130 du 1^{er} mai 2014, ci-après dénommée « directive « DEE » ».

¹⁸³² Par exemple, la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres permet aux Etats membres « s'ils le souhaitent » de faire entendre les suspects ou personnes poursuivies par vidéoconférence. Selon la directive 2014/41 (art. 24, §1), ce n'est plus une option pour les Etats membres.

¹⁸³³ Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, JOUE L 127 29 avril 2014, ci-après dénommée « directive « gel et confiscation » ».

¹⁸³⁴ Voir, par exemple, l'arrêt de la chambre criminelle du 7 juin 2011 (n°11-81.702), supra, n°185.

¹⁸³⁵ Art. 30 et 31 de la directive « DEE » remplaçant les articles 17 et suivants de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres. L'interception transnationale de télécommunications avec assistance est celle opérée par un Etat qui n'est pas celui qui conduit l'enquête, et qui transmettra les télécommunications soit immédiatement à l'Etat d'émission, soit ultérieurement, après enregistrement. La demande d'interception doit être circonstanciée, c'est-à-dire fournir les données techniques propre à garantir le succès de l'opération (identification de la cible, durée de l'interception, etc ..), et motivée afin de permettre à l'autorité d'exécution d'évaluer si cette mesure d'enquête serait autorisée dans le cadre d'une procédure nationale similaire ». L'interception de télécommunications sans l'assistance technique d'un autre Etat membre signifie que l'Etat interceptant agit virtuellement sur le territoire d'un autre Etat ce qui justifie que celui-ci en soit informé. La notification doit mentionner les informations d'ordre « temporel », que l'interception soit programmée, en cours ou déjà exécutée, et justifier l'opération : la cible de l'interception se trouve, se trouvera ou se trouvait, selon l'élément temporel, sur son territoire. Cours alors un délai de quatre-vingt-seize heures pour refuser qu'il soit procédé à l'interception ou refuser que les données interceptées soient utilisées, ou seulement à certaines conditions.

¹⁸³⁶ Art. 26 et 27 de la directive « DEE », remplaçant le Protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, établi par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne - Acte du Conseil du 16 octobre 2001 établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, le protocole à la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne (JOUE C 326 du 21 nov. 2001).

¹⁸³⁷ Art. 22 et 23 de la directive « DEE », remplaçant l'article 9 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres, lequel parle toutefois de « mesure d'instruction », l'article 11 de la convention européenne d'entraide en matière pénale de 1959, les articles 13 et 14 du 2nd protocole (1978) de la convention européenne d'entraide en matière pénale de 1959 ». Un transfèrement temporaire d'une personne détenue vers un autre Etat membre peut avoir lieu afin de réaliser ou

européen. Aussi, le préambule recommande une appréciation d'opportunité de l'outil le plus « efficace » en mettant en avant un impératif d'« usage proportionné » du mandat d'arrêt européen et incite à privilégier l'usage de celui-ci lorsqu'il s'agit de faire comparaître la personne à un procès¹⁸³⁸. Le transfert d'une personne est cependant une procédure ayant un coût financier et nécessitant une organisation pratique peu séduisante pour les services concernés. Aussi, le préambule de la directive recommande-t-il, sans surprise, de préférer une audition à distance lorsque le transfert aurait cette fin¹⁸³⁹. Cet acte d'enquête transnational ne concerne cependant pas que le mis en cause. Les auditions à distances¹⁸⁴⁰, par vidéoconférence ou tout autre moyen de télécommunication¹⁸⁴¹, peuvent également permettre d'entendre qu'un témoin ou un expert. Les deux dernières catégories d'acte d'enquête transnationale méritent de plus amples développements.

449. *L'obtention de preuves en temps réel, de manière continue et au cours d'une période déterminée*¹⁸⁴² - « L'obtention de preuves en temps réel, de manière continue et au cours d'une période déterminée » est une nouvelle catégorie d'actes d'enquête créée par la directive¹⁸⁴³, ce qui justifie de la présenter. La notion n'est cependant pas autrement définie que par l'énumération de ces caractéristiques, éclairées par deux exemples: le suivi d'opérations bancaires ou financières sur un ou plusieurs comptes spécifiques et des livraisons contrôlées¹⁸⁴⁴. Les enquêtes discrètes¹⁸⁴⁵, quoiqu'envisagées distinctement¹⁸⁴⁶, se révèlent également être un

exécuter une mesure d'enquête en vue de l'obtention de preuves requérant sa présence, sous réserve qu'elle soit renvoyée dans un délai fixé vers l'Etat de détention initiale sauf décision de remise en liberté par celui-ci.

¹⁸³⁸ Point 25 et 26 du préambule de la directive « DEE », qui s'inscrit dans l'exacte continuité du 2nd protocole (1978) à la convention européenne d'entraide en matière pénale de 1959 (pt 36 du rapport explicatif).

¹⁸³⁹ Point 26 du préambule de la directive « DEE ».

¹⁸⁴⁰ Art. 24 et 25 de la directive « DEE » remplaçant les articles 10 et de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres, les articles 9 et 10 du 2nd protocole (1978) de la convention européenne d'entraide en matière pénale de 1959. Les modalités pratiques sont convenues entre les autorités d'émission et d'exécution sans préjudice des règles minimales fixées par la directive qui opèrent une répartition des rôles et compétences entre les autorités d'émission et d'exécution. L'autorité d'exécution a la responsabilité générale de l'organisation de l'audition à distance conformément à son droit interne ; l'autorité d'émission, quant à elle, conduit l'audition conformément à son droit interne.

¹⁸⁴¹ Art. 24, §1 et 25, §1 de la directive « DEE » – Etant précisé que la téléconférence n'est pas possible pour l'audition d'une personne suspecte ou une personne poursuivie.

¹⁸⁴² Art. 28 de la directive « DEE », remplaçant l'article 12 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres relatif aux livraisons surveillées, l'article 73 des accords Schengen qui n'envisage les livraisons surveillées qu'en matière de stupéfiants, et l'article 18 du 2nd protocole (1978) de la convention européenne d'entraide en matière pénale de 1959.

¹⁸⁴³ La convention d'entraide en matière pénale de 2001 ne connaissait spécifiquement que les livraisons surveillées. La directive en a extrait les caractéristiques essentielles pour créer cette nouvelle catégorie d'actes, extensible au-delà des deux exemples mentionnés, dont les livraisons surveillées.

¹⁸⁴⁴ Art. 28 de la directive « DEE ».

¹⁸⁴⁵ Une « enquête discrète » est définie comme la conduite d'une enquête pénale par des agents intervenant en secret ou sous une fausse identité (art. 29, §1 de la directive « DEE » – dans le même sens, antérieurement : art. 14, §1 de la convention d'entraide en matière pénale de 2001).

mode d'obtention de preuves en temps réel, de manière continue et pour une période limitée, et peuvent être incluses dans cette catégorie d'acte d'enquête. En outre, la similarité des régimes juridiques le justifie. En effet, dans les deux cas, il ne s'agit pas de permettre à des agents d'un Etat membre d'agir sur un autre mais de faire réaliser, à la demande et au profit d'un autre Etat, maître des poursuites, une opération par des agents de l'Etat sur lequel elle peut être réalisée, sous l'autorité des autorités compétentes de celui-ci¹⁸⁴⁷. Aussi, ces actes peuvent être refusés¹⁸⁴⁸ s'ils ne sont pas prévus par le droit national dans le cadre d'une procédure similaire¹⁸⁴⁹. Enfin, compte tenu des caractères intrusifs et/ou mobilisateur en ressources en policières, la demande de réalisation de ce type d'acte d'enquête doit être motivée¹⁸⁵⁰.

450. *Gel des produits du crime* – Enfin, dans la continuité des décisions-cadres 2001/500 et 2005/212¹⁸⁵¹, la directive 2014/42¹⁸⁵² impose à tous les Etats membres de prévoir dans leur droit national le gel des biens et valeurs en lien avec une infraction. la directive définit enfin en droit de l'Union¹⁸⁵³ la notion de « produit »¹⁸⁵⁴ du crime¹⁸⁵⁵ et établit « les règles minimales » qui peuvent se résumer à une seule, exceptionnellement impérative puisqu'aucune dérogation n'est prévue :

¹⁸⁴⁶ Art. 29 de la directive « DEE », remplaçant l'article 14 de la convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres, l'article 19 du 2nd protocole (1978) de la convention européenne d'entraide en matière pénale de 1959 – Les accords Schengen évoquent des « surveillances discrètes », toutefois, il s'agit seulement de surveillance à distance et non sous une fausse identité, ainsi que l'entend la directive.

¹⁸⁴⁷ Art 28, §4 et 29, §4 de la directive « DEE » – dans le même sens, antérieurement : art. 14, §2 et 3 de la convention d'entraide en matière pénale de 2001.

¹⁸⁴⁸ Outre les motifs généraux visés à l'article 11 de la directive « DEE » qui s'appliquent à toute décision d'enquête européenne. En effet, pour les actes d'enquêtes faisant l'objet d'une réglementation minimale commune, que nous étudions présentement, des motifs supplémentaires, particuliers, adaptés aux spécificités de chaque mesure, ont été prévus.

¹⁸⁴⁹ Art. 28, §1 et 29, §3, b) de la directive « DEE ». S'agissant des enquêtes discrètes, un motif de refus supplémentaire est envisagé : l'impossibilité d'aboutir à un accord sur les modalités de l'enquête.

¹⁸⁵⁰ Art. 28, §3 et art. 29, §2 de la directive « DEE ».

¹⁸⁵¹ Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JOUE L182, 5 juillet 2001) et décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime.

La directive prévoit sa propre articulation avec ces décisions-cadres sur lesquelles elle se superpose. Le fait qu'elle ne les remplace pas purement et simplement peut surprendre (seuls sont remplacés les articles 1er, point a), de l'action commune 98/699/JAI, les articles 3 et 4 de la décision-cadre 2001/500/JAI, ainsi que les quatre premiers tirets de l'article 1er et l'article 3 de la décision-cadre 2005/212/JAI). En réalité, la coexistence de différents outils d'ères institutionnelles successives ne posera pas de difficulté en pratique. Les dispositions non abrogées et non remplacées sont d'une contrainte juridique mineure et/ou substantiellement reprises mais surtout précisées par la directive. Par exemple, l'article 4 de la décision-cadre 2005/512 énonçait, sans autre spécifications, que « chaque Etat membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les personnes affectées par les mesures prévues aux articles 2 et 3 disposent de voies de recours effectives pour préserver leurs droits ». Son maintien en vigueur ne préjudicie en rien aux dispositions de la directive qui donnent plus effectivement corps à l'obligation générale de la décision-cadre.

¹⁸⁵² Directive 2014/42/UE concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'UE du 3 avril 2014, JOUE L 127 du 24 avril 2014, ci-après dénommée « directive « gel et confiscation » ».

¹⁸⁵³ En effet, les décision-cadres 2001/500 et 2005/212 la définissent par renvoi à la convention de 1990 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment.

¹⁸⁵⁴ art. 2, §1 et 2, art. 7, §2 de la directive « gel et confiscation ».

¹⁸⁵⁵ Notion entendue comme synonyme d'infractions, et précisée par l'article 3 de la directive « gel et confiscation ».

les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour permettre le gel d'instruments et produits du crime, ou d'une valeur correspondante à ceux-ci¹⁸⁵⁶, afin de permettre une confiscation ultérieure¹⁸⁵⁷. Les personnes dont les biens ont été gelés doivent avoir un recours effectif¹⁸⁵⁸, dans le respect du droit à un procès équitable, qui commence par le droit d'être informé de la mesure¹⁸⁵⁹. Sur ce point, la directive s'est alignée sur le régime des mesures restrictives anti-terrorisme puisque la personne concernée par le gel ne doit, selon la directive, en être informée « dans les meilleurs délais » qu'après l'exécution de la mesure, afin de ne pas compromettre l'effet de surprise nécessaire à leur utilité¹⁸⁶⁰. Et dans la mesure où l'atteinte au droit de propriété résultant de ces mesures peut affecter des personnes autres que celles suspectes, poursuivies ou condamnées, il est prévu le droit, pour les tiers, de faire valoir leur titre de propriété ou d'autres droits de propriété¹⁸⁶¹.

451. *L'éventuel prochain droit de l'enquête pénale transnationale pour atteinte aux intérêts financiers* – Le droit de l'enquête pénale transnationale pourrait prochainement être alimenté de nouvelles règles compte tenu du projet de création d'un parquet européen. L'actuel projet de règlement prévoit en effet de confier la direction et la responsabilité des enquêtes pour atteintes aux intérêts financiers de l'Union au Parquet européen, de l'ouverture de l'enquête à la décision de renvoi devant une juridiction de jugement, en passant par diverses mesures d'enquête telles que les perquisitions, l'interception de communications, ou encore le gel des instruments ou produits du crime¹⁸⁶² et les mesures alternatives aux poursuites. Il s'agira, le cas échéant, bel et bien d'un droit de l'enquête pénale puisque, si le règlement régit les mesures alternatives aux poursuites¹⁸⁶³, les procédures simplifiées et le jugement relèvent exclusivement du

¹⁸⁵⁶ Art. 4 de la directive « gel et confiscation » - Etant précisé que, dans la mesure où les notions de gel et de confiscation sont entendues de manière autonome dans le cadre de la directive, sa mise œuvre peut parfaitement ne nécessiter aucune nouvelles mesures en droit interne s'il y existe déjà des instruments remplissant les exigences de la directive, quand bien même seraient-ils considérés comme des sanctions (point 13 du préambule).

¹⁸⁵⁷ Art. 7, §1 de la directive « gel et confiscation ».

¹⁸⁵⁸ Art. 8, §1, (énoncé du principe général du droit au recours effectif), §4 (spéc. s'agissant d'une décision de gel), §6 (spéc. s'agissant d'une décision de confiscation) et §8 (spéc. s'agissant d'une décision de confiscation élargie) de la directive « gel et confiscation » - En matière de confiscation élargie, le recours effectif comprend la possibilité réelle de contester les circonstances sur la base desquels des biens ont été considérés comme provenant d'activités criminelles.

¹⁸⁵⁹ Plus précisément, la directive prescrit la notification de la décision précisant, au moins brièvement, le ou les motifs, dans les meilleurs délais après son exécution. Lorsque cela est nécessaire pour éviter de compromettre une enquête pénale, les autorités compétentes peuvent toutefois reporter la communication de la décision de gel à la personne concernée (art. 8, §1 et 6 de la directive).

¹⁸⁶⁰ Voir infra, n°711-712, 726.

¹⁸⁶¹ Art. 8, §9 et point 33 du préambule de la directive « gel et confiscation ».

¹⁸⁶² Art. 30 du projet de règlement « Parquet européen ».

¹⁸⁶³ Art. 39 du projet de règlement « Parquet européen ».

droit national¹⁸⁶⁴. Il s'agira, le cas échéant, bel et bien d'un droit de l'enquête transnationale puisque la compétence matérielle du Parquet européen, en l'état du projet de texte, sera notamment limitée aux infractions concernant au moins deux Etats membres¹⁸⁶⁵.

452. *Conclusions du paragraphe* – La création d'un droit de l'enquête pénale transnationale a initié une évolution profonde, en dépassant la dynamique de coopération inter-étatique caractérisable par une grande liberté, pour l'Etat, de coopérer réellement ou non, pour s'approcher d'une approche plus intégrative, où l'Etat ne peut plus aussi librement refuser de prêter son concours à un autre Etat membre. Naturellement, ce changement de dynamique induit une rupture dans la cohérence globale du droit de l'enquête pénale en droit de l'Union. Pour autant, cela n'a pas profondément modifié l'identité pénale de l'Union, déjà décelable sous l'empire de la seule coopération. En effet, le simple fait d'avoir initié de renforcer la coopération judiciaire et policière relève d'une identité autoritaire et répressive, inquiète de l'existence d'obstacles à la répression des troubles causés à l'ordre public. L'intérêt porté à la collecte, au stockage et à l'échange d'informations s'inscrit également dans une démarche sécuritaire et autoritaire ; un vieil adage ne dit-il pas que « celui qui détient l'information détient le pouvoir » ? Quant au nouveau droit de l'enquête pénale transnationale, l'harmonisation d'actes d'enquêtes proactifs, de procédures de collecte de preuve en temps réel et de manière continue – enquêtes discrètes, livraisons surveillées et suivi des opérations bancaires – sont typiques d'un modèle autoritaire¹⁸⁶⁶. Le droit de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives rapportera d'autres indices quant à l'identité pénale de l'Union. Mais étant parfaitement inédit en droit, et donc absent des études de droit pénal comparé disponibles, il est nécessaire de l'étudier assez minutieusement afin de pouvoir déterminer un modèle de rattachement.

¹⁸⁶⁴ Art. 40, §1 (procédures simplifiées) et 36, §5 (renvoi devant une juridiction de jugement) du projet de règlement « Parquet européen ».

¹⁸⁶⁵ Art. 22 du projet de règlement « Parquet européen ».

¹⁸⁶⁶ PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, précité, n°680, p. 728 et s.

453. *Appréhension du principe de reconnaissance mutuelle* - Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives consiste, pour un système judiciaire, à donner tous les effets juridiques d'une décision de justice pénale légalement prise dans un autre État membre par un autre système judiciaire, peu importe que la décision, ou l'autorité l'ayant prise, eût été différente ou n'eût même jamais existé dans l'autre¹⁸⁶⁷. La norme européenne portée par chaque outil est une norme de reconnaissance, d'équivalence opérant un relai en rendant exécutoires d'un système judiciaire à un autre les décisions de justice pénales entrant dans son champ d'application. Le principe de reconnaissance mutuelle a été érigé « pierre angulaire »¹⁸⁶⁸ de la coopération judiciaire ; il est devenu l'« ADN de l'Union en matière d'entraide judiciaire »¹⁸⁶⁹. Paradoxalement, malgré cette place prépondérante, il ne fait l'objet d'aucune véritable définition¹⁸⁷⁰. La raison majeure tient à l'indétermination de ce qu'il est : « est-ce un principe, une méthode, un modèle ? »¹⁸⁷¹. La doctrine est divisée, la difficulté de son appréhension est entretenue par le droit et les institutions de l'Union eux-mêmes, et les définitions proposées révèlent surtout qu'il est tout cela à la fois. Il est un « principe », au sens matériel, qui, à l'image des « principes généraux du droit », est porteur d'une règle de droit : octroyer à une décision l'efficacité juridique qu'elle n'a pas en raison de son origine étrangère. Il est « de principe », dès lors que, fondant la coopération judiciaire en matière pénale dans l'Union¹⁸⁷², il est le référentiel législatif ayant rendu accessoire toute autre approche¹⁸⁷³. En tant que méthode, il exprime l'idée d'un procédé juridique permettant d'atteindre un certain but¹⁸⁷⁴, à savoir le renforcement de la coopération judiciaire entre les États

¹⁸⁶⁷ V. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, du 26 juill. 2000, COM(2000)495 final, point 3.1.

¹⁸⁶⁸ Conclusions du Conseil Européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999.

¹⁸⁶⁹ LE COZ, N., L'entraide pénale dans l'Union européenne, retour sur les (r)évolutions procédurales introduites par la loi n°2013-711 du 5 août 2013, AJ Pénal 2013 p. 523.

¹⁸⁷⁰ TAUPIAC-NOUVEL, G., (Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne », Fondation Varenne, coll. de thèse, 2011, p. 25) ne s'appuyant elle-même que sur « une des définitions les plus abouties », celle de WEYEMBERGH, A., (Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union européenne, JCl. Europe, fasc. 2720, p. 4).

¹⁸⁷¹ MASSE, M., La reconnaissance mutuelle, in : GUIDICELLI-DELAGE, G et LAZERGES, C, « Le droit pénal de l'Union Européenne après le traité de Lisbonne », Société de législations comparées, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 28, p. 205.

¹⁸⁷² Art. 82, §1 TFUE.

¹⁸⁷³ Selon l'article 82 §1 TFUE, « la coopération judiciaire est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle et inclut », subsidiairement, le rapprochement des législations par l'établissement de règles minimales (nous soulignons).

¹⁸⁷⁴ TAUPIAC-NOUVEL, G., Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne, LGDJ – La Varenne, 2011, p. 83, 84 et s.

membres via la construction d'un espace judiciaire sans frontières¹⁸⁷⁵. Il permet de surmonter l'obstacle constitué par les frontières juridiques et le principe de territorialité pénale en substituant à la méfiance caractéristique de l'entraide classique, une présomption de confiance¹⁸⁷⁶. Mais il exprime également un résultat, une fin en soi, et en ce sens « un modèle »¹⁸⁷⁷, lorsqu'est évoqué « le processus visant à garantir la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales entre les Etats membres »¹⁸⁷⁸. La finalité est une libre circulation des décisions de justice pénale, au même titre que l'Union promeut la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux.

454. Reconnaissance mutuelle et modélisation du système pénal de l'Union Européenne

– Au-delà de cette nature manifestement protéiforme, et pour ce qui concerne la présente recherche, on retiendra simplement que la reconnaissance mutuelle ne participe pas activement et directement au développement du droit du système pénal de l'Union européenne car il n'est pas créateur d'une norme nouvelle mais confère une efficacité à des normes préexistantes au-delà de leurs champs d'application et d'efficacité initiaux¹⁸⁷⁹. En revanche, la reconnaissance mutuelle contribue indirectement au développement d'un système pénal de l'Union Européenne dès lors, d'une part, qu'elle « exige le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres »¹⁸⁸⁰. Au premier chef, cependant, elle participe avant tout à l'établissement d'un système de justice pénale dans l'Union Européenne en étant porteur d'une règle d'équivalence permettant de donner des effets à une décision de justice répressive étrangère selon des modalités simplifiées. Prend alors tout son sens la notion d'espace pénal européen, contenu dans l'appellation officielle d'ELSJ. N'étant pas nécessaire de s'attarder outre mesure sur ces questions,

Adopte la même conception mais sous la qualification de « moyens » : LELIEUR, J., La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union Européenne : une chance pour le système probatoire français en crise ?, RSC 2011, p. 1.

¹⁸⁷⁵ CHILSTEIN, D., Remarque à propos du principe de reconnaissance mutuelle, in : GUIDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 217-231.

¹⁸⁷⁶ DE KERCHOVE, G., « La reconnaissance mutuelle des décisions répressives présentielles en général », in : DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Ed de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 51-52.

¹⁸⁷⁷ MASSE, M., La reconnaissance mutuelle, précité.

¹⁸⁷⁸ WEYEMBERGH, A., Droit pénal et reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, in De KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A., précité.

¹⁸⁷⁹ En ce sens : LELIEUR, J., précité.

¹⁸⁸⁰ L'article 82, §1 dispose en effet : « la coopération judiciaire en matière pénale est fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des jugements et décisions judiciaires et inclut le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres dans les domaines visés au paragraphe 2 et à l'article 83 ». Dans le même sens : CJCE, 3 mai 2007, aff. C-303/05, Advocatent voor de Wereld VZW c/ Leden van den Ministerraad, §29 (à propos du mandat d'arrêt européen).

il importe tout aussi peu de s'intéresser à l'efficacité, aux problèmes de mise en œuvre des outils adoptés ou encore de la concurrence avec d'autres instruments. Seul un dénombrement des décisions supposées librement circuler est pertinent (A) afin de mettre en évidence une systématisation permettant de considérer l'ensemble des outils adoptés comme un ensemble suffisamment unitaire et cohérent pour former une sous-branche du système pénal de l'Union Européenne (B).

A- LE DROIT SPECIAL DE LA RECONNAISSANCE MUTUELLE

455. *Le droit spécial de la reconnaissance mutuelle* – Depuis l'adoption du mandat d'arrêt européen, ce sont huit types de décisions qui peuvent désormais circuler au sein de l'Union Européenne en application du principe de reconnaissance mutuelle. La décision de protection européenne ne sera cependant pas évoquée ici¹⁸⁸¹. Quoiqu'elle relève aussi bien de la reconnaissance mutuelle que du droit européen des victimes, il n'aurait cependant pas été aisé de l'intégrer dans la catégorisation naturelle qui s'impose lorsque l'on cherche à classifier les actes relevant de l'article 82, §1, a) TFUE adoptés. Car à les considérer globalement, il s'évince une distinction évidente, répondant à la logique instinctive de découpage de la chronologie pénale, entre la reconnaissance mutuelle des décisions relatives à la phase préalable du procès pénal (I) et celles qui lui sont contemporaines ou postérieures(II)¹⁸⁸².

I- La reconnaissance mutuelle des décisions présentencielles

456. *Présentation générale* - Dans le cadre de poursuites pénales, et préalablement à la phase de jugement, un certain nombre de décisions judiciaires peuvent être prises mais voir leur mise à exécution complexifiée par le caractère transnational de l'affaire. Afin d'améliorer la coopération policière et judiciaire, de ne pas entraver ou ralentir la conduite d'une procédure pénale, l'Union s'est employée à faire bénéficier la phase préalable au procès pénal du principe de reconnaissance

¹⁸⁸¹ Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne - Voir n°438.

¹⁸⁸² A cet égard, la décision de protection européenne, relative aux décisions de protection d'une victime, indifférente à l'existence d'une condamnation ou de poursuites, ne relève ni de la reconnaissance mutuelle des décisions présentencielles, ni des décisions sentencielles.

mutuelle. Ainsi, la collecte transnationale de preuves, l'arrestation et le contrôle de la détention ou de la surveillance d'une personne en vue de son procès pénal peuvent, en application de ce principe, être décidées dans un Etat et mises à exécution dans un autre avec de moindres formalités que dans le cadre coopératif judiciaire et policier classique.

457. La décision d'enquête européenne - Remplaçant¹⁸⁸³ le mandat d'obtention de preuves¹⁸⁸⁴ et la décision-cadre relative au gel des biens et éléments de preuve¹⁸⁸⁵, jugés insuffisants¹⁸⁸⁶, inefficaces et formant, avec les instruments d'entraide judiciaire complémentaires nécessaires, un ensemble complexe et morcelé¹⁸⁸⁷, la décision d'enquête européenne¹⁸⁸⁸ a vocation à devenir l'outil unique applicable à tout acte transfrontière de procédure pénale relatif aux preuves¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸³ Art. 34 de la directive « DEE ».

¹⁸⁸⁴ 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 – Elle portait application du principe de reconnaissance mutuelle aux mesures conservatoires portant sur des biens susceptibles de faire l'objet d'une confiscation ou des éléments de preuve afin d'en réduire le risque de destruction, transformation, déplacement, transfert ou aliénation d'un bien ou d'un élément de preuve. La décision-cadre a été abrogée par le règlement (UE) 2016/95 du 20 janvier 2016 abrogeant certains actes dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale (JOUE L du 2 février 2016).

¹⁸⁸⁵ 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 preuve (JOUE L 196 du 2 août 2003) : BEZIZ-AYACHE, A., La nouvelle procédure de gel de biens ou d'éléments de preuve, AJ Pénal 2005 p. 410.

¹⁸⁸⁶ Le champ d'application du mandat d'obtention de preuves, en particulier, était limité aux preuves existantes et à cinq types d'actes d'enquête : - de mener des interrogatoires, de prendre des dépositions ou de procéder à d'autres types d'auditions de suspects, de témoins, d'experts ou encore des personnes présentes au cours de l'exécution du mandat ayant un lien direct avec l'objet du mandat.

- de procéder à un examen ou de prélever du matériel biologique ou des données biométriques directement sur le corps d'une personne, y compris des échantillons d'ADN ou des empreintes digitales ;
- de recueillir des informations en temps réel en faisant, par exemple, intercepter les communications, de procéder à une surveillance discrète ou de surveiller les comptes bancaires ;
- d'analyser des objets, des documents ou des données existants ;
- d'obtenir des données de communication conservées par les fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public ou un réseau de communications public.

¹⁸⁸⁷ Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale et à la garantie de leur recevabilité, Commission, 11 nov. 2009, COM(2009) 624 final ; CASSUTO, T., La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, AJ pénal, 2014, p. 338.

¹⁸⁸⁸ Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JOUE L 131 du 1er mai 2014 (directive « DEE »).

¹⁸⁸⁹ La directive ne préjudicie évidemment pas aux instruments d'entraide judiciaire et policière en matière pénale, bilatéraux ou multilatéraux, qui lient les Etats membres avec des Etats tiers (art. 35, §1 de la directive « DEE »). S'agissant de l'articulation entre la DEE et les autres actes applicables entre Etats membres, la question est autrement plus complexe. Pendant le délai de transposition dont la date butoir était le 22 mai 2017, la directive coexiste et se superpose à plusieurs décisions-cadres et conventions (v. art. 36 de la directive « décision d'enquête européenne »). A l'expiration de cette période, la directive prévoit la substitution de ses propres dispositions à celles correspondantes des conventions visées et remplace, purement et simplement, les décisions-cadres mentionnées. Ce qui ne pose pas de difficultés sur le plan théorique pourrait en révéler en pratique, sauf s'agissant du mandat d'obtention de preuves, compte tenu de son faible emploi « de son vivant ». En effet, la directive prévoit que les demandes d'entraide et les décisions de gel, respectivement reçues et prises avant l'échéance du délai de transposition, demeurent régies par les outils en vertu desquels elles ont été émises (art. 35 de la directive « DEE »). Mais à l'expiration de ce délai, quid en cas de retard de transposition par certains Etats membres ? Si un Etat n'a pas transposé la décision d'enquête européenne, que deviendront ses demandes d'entraides ou décisions de gel adressées à un Etat ne connaissant plus que la décision d'enquête européenne ? La situation inverse apparaît conduire à une interrogation similaire, si un Etat n'ayant pas transposé la directive reçoit des décisions d'enquête européenne, inconnue de son droit.

Inspirée du mandat d'arrêt européen¹⁸⁹⁰, la décision d'enquête européenne est la décision d'une autorité judiciaire d'un État membre¹⁸⁹¹ émise afin de faire exécuter une ou plusieurs mesures d'enquête spécifiques dans un autre État membre, en vue d'obtenir des preuves, y compris celles qui seraient déjà en possession des autorités compétentes de l'État d'exécution¹⁸⁹². Tout acte d'enquête, sous réserve qu'il soit nécessaire et proportionné, d'une part, et qu'il puisse être ordonné dans le cadre d'une procédure nationale similaire¹⁸⁹³, d'autre part, peut en être ainsi l'objet, à l'exception toutefois de la création d'une équipe commune d'enquête et des actes par elles réalisées, soumis à des dispositions particulières¹⁸⁹⁴ et répondant à une logique différente de la reconnaissance mutuelle¹⁸⁹⁵. Du point de vue formel, le dernier instrument adopté innove en distinguant les dispositions générales, relatives au processus de reconnaissance, des dispositions spécifiques régissant certaines mesures d'enquête incluant, notamment, des motifs de refus de reconnaissance ou d'exécution supplémentaires et particuliers. Ainsi, par exemple, outre les motifs de refus communs à l'ensemble des mesures couvertes par la directive, un transfert temporaire de détenu ou une audition à distance peuvent être refusés si l'intéressé ne donne pas son consentement¹⁸⁹⁶.

458. *Le mandat d'arrêt européen aux fins de l'exercice de poursuites* - Première mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, la décision-cadre 2002/584¹⁸⁹⁷ a pour objet de remplacer le système multilatéral d'extradition entre États membres par un système de remise

¹⁸⁹⁰ Ou plus exactement du mandat d'obtention de preuves, qui avait été, lui, calqué du mandat d'arrêt européen et défini comme : « une décision judiciaire émise par une autorité compétente d'un État membre afin d'obtenir des objets, des documents et des données d'un autre État membre » (...) sur la base du principe de reconnaissance mutuelle » (art. 1^{er} de la décision-cadre 2008/978).

¹⁸⁹¹ Autrement dénommée dans la directive comme « autorité d'émission » et définie comme : un juge, une juridiction, un juge d'instruction ou un procureur compétent(e) dans l'affaire concernée ou toute autre autorité désignée compétente par l'État d'émission pour agir en qualité d'autorité chargée des enquêtes dans le cadre de procédures pénales et ordonner l'obtention de preuves conformément au droit national (art. 2, c) de la directive « DEE ».

¹⁸⁹² Art. 1^{er} de la directive « DEE ». Dans le cadre du mandat d'obtention de preuves, le fait que les objets, documents ou données concernés soient déjà utilisés dans le cadre d'une procédure dans l'État d'exécution constituait un ennuyeux motif de report d'exécution, bloquant les preuves jusqu'à ce qu'elles ne soient plus nécessaires à la procédure de l'État d'exécution.

¹⁸⁹³ Art. 6 de la directive « DEE ».

¹⁸⁹⁴ Que sont l'art.13 de la convention établie par le Conseil conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne (JO C 197 du 12 juill. 2000) et surtout la décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête (JO L 162 du 20 juin 2002).

¹⁸⁹⁵ Les équipes communes d'enquête sont des structures constituées d'agents de différents États membres en vertu d'un accord préalable négocié entre les États membres concernés.

¹⁸⁹⁶ Art. 22, §2 et 24, §2 de la directive « DEE ».

¹⁸⁹⁷ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JOUE L 190 du 18 juill. 2002) ci-après dénommée « décision-cadre « MAE » ».

simplifié et plus efficace¹⁸⁹⁸ qui s'intègre à la reconnaissance mutuelle des décisions présentencielles lorsqu'il a vocation concerne des personnes suspectes ou poursuivies aux fins de l'exercice des poursuites. Mais contrairement à ce que sa dénomination sous-entend, le mandat d'arrêt européen n'est pas un acte judiciaire supranational. Certes, le formulaire est standardisé pour en faciliter l'usage. Toutefois, le mandat d'arrêt européen reste une décision judiciaire nationale émise par l'autorité d'un État A pour être exécutée par les autorités d'un État B¹⁸⁹⁹.

459. La décision européenne de contrôle judiciaire - La décision-cadre 2009/829/JAI¹⁹⁰⁰ « définit les règles selon lesquelles un État membre reconnaît une décision relative à des mesures de contrôle rendues dans un autre État membre à titre d'alternative à la détention provisoire, en assure le suivi et remet la personne concernée à l'État d'émission en cas de non-respect [des] mesures »¹⁹⁰¹, limitativement énumérées¹⁹⁰², et dont on peut raisonnablement penser qu'elles sont toutes connues des systèmes pénaux des Etats membres¹⁹⁰³. « En permettant à une personne résidant dans un État membre, mais faisant l'objet d'une procédure pénale dans un deuxième État membre, d'être suivie par les autorités de l'État dans lequel elle réside dans l'attente du procès »¹⁹⁰⁴, la décision-cadre participe autant à la garantie du cours régulier de la justice, notamment en assurant la comparution en justice de la personne concernée, qu'à la promotion des mesures non privatives de liberté ainsi qu'à l'amélioration de la protection des victimes et des citoyens en assurant la surveillance des déplacements d'un mis en cause¹⁹⁰⁵. Il s'agit cependant bien d'une mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle et en aucun cas d'un acte

¹⁸⁹⁸ Art. 1^{er}, §§1 et 2, ainsi que les considérants 5 et 7 du préambule de la décision-cadre « MAE » - CJUE, Radu, aff. C-396/11, §33 ; 28 juin 2012, West, aff. C-192/12 PPU, §53 ; 5 sept. 2012, Lopes Da Silva Jorge, C-42/11, §28.

¹⁸⁹⁹ Art. 1^{er} décision-cadre 2002/548/JAI du Conseil du 13 juin 2002.

¹⁹⁰⁰ Décision-cadre 2009/829/JAI du Conseil du 23 octobre 2009 concernant l'application, entre les États membres de l'Union européenne, du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire (JOUE L 294 du 11 nov. 2009), ci-après dénommée « décision-cadre « mesures de contrôle » ».

¹⁹⁰¹ Art. 1^{er} de la décision-cadre « mesures de contrôle ».

¹⁹⁰² Qui sont : l'obligation d'informer l'autorité compétente de l'État d'exécution de tout changement de résidence, l'interdiction de se rendre dans certaines localités, certains endroits ou certaines zones définies ou de rester en un lieu déterminé, le cas échéant durant des périodes déterminées, y compris s'il s'agit de restrictions à la sortie du territoire de l'État d'exécution, l'obligation de se présenter à des heures précises devant une autorité spécifique, l'obligation d'éviter tout contact avec certaines personnes ayant un lien avec l'infraction ou les infractions qui auraient été commises (art. 8, §1 de la décision-cadre « mesures de contrôle »).

¹⁹⁰³ La décision-cadre incite également les Etats membres à étendre la reconnaissance mutuelle à d'autres mesures de contrôle, probablement moins uniformément envisagées, telles que l'interdiction de se livrer à certaines activités en liaison avec l'infraction ou les infractions qui auraient été commises, l'obligation de se soumettre à des soins médicaux ou encore d'éviter tout contact avec certains objets ayant un lien avec l'infraction ou les infractions qui auraient été commises (v. art. 8, §2 de la décision-cadre « mesures de contrôle »).

¹⁹⁰⁴ Points 3 et 4 du préambule de la décision-cadre « mesures de contrôle ».

¹⁹⁰⁵ Art. 2 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; également les points 3, 4 et 12 de son préambule.

conférant le droit de bénéficier, au cours d'une procédure pénale, d'une mesure non privative de liberté à titre d'alternative à la détention, question régie par la législation et les procédures de l'État membre où a lieu la procédure pénale¹⁹⁰⁶.

460. Désormais, en trois instruments normatifs, ce sont tous les principaux évènements d'une phase d'enquête qui peuvent faire l'objet d'une procédure de reconnaissance mutuelle lorsque l'affaire aurait une dimension transnationale. Quoique les outils normatifs soient plus nombreux, toutes les décisions sentencielles majeures peuvent également circuler au sein de l'espace judiciaire européen.

II- La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles

461. *Approche globale* - La reconnaissance mutuelle des décisions sentencielles¹⁹⁰⁷ s'emploie, d'abord, à ce que l'existence d'une frontière ne soit pas un obstacle à l'exécution de la sanction, qu'elle soit privative de liberté, pécuniaire ou patrimoniale. Mais lorsque la mesure concerne une personne, la reconnaissance mutuelle n'est pas exempte de considérations « réhabilitatives » ; la circulation de la décision vise également à accroître les chances de réinsertion sociale de la personne condamnée en lui donnant la possibilité de conserver ses liens familiaux, linguistiques, culturels et autres¹⁹⁰⁸.

462. *Le mandat d'arrêt européen aux fins de l'exécution d'une peine privative de liberté*
– Quoique le mandat d'arrêt européen soit surtout connu pour des mises en œuvres

¹⁹⁰⁶ Ainsi que le souligne l'art. 2, §2 de la décision-cadre « mesures de contrôle ». Dans la mesure où la décision-cadre a été adoptée quelques semaines avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ouvrant la voie au rapprochement des procédures pénales, cette précision est sans doute, à la lumière de l'activisme de la Commission et de la Cour de Justice à l'occasion des affaires C-176/03 et C-440/07 sur la question de la base juridique des sanctions pénales de l'environnement, l'expression de la crainte des États membres de voir exciper de cet outil de la reconnaissance mutuelle, un instrument de rapprochement des législations. Cela étant, à propos de la reconnaissance mutuelle des mesures de probation et peines de substitution, que l'on peut rapprocher des mesures de contrôle judiciaire, la Commission précisait que « si elle est bien appliquée, des mesures de probation et alternatives à la détention devraient exister dans tous les systèmes juridiques de l'Union » (Renforcer la confiance mutuelle dans l'espace judiciaire européen - Livre vert de la Commission sur l'application de la législation de l'Union européenne en matière de justice pénale dans le domaine de la détention, 14 juin 2011, COM(2011)327 final, point 3.3).

¹⁹⁰⁷ Par convention de langage, le terme « sentenciel » sera ici largement entendu comme couvrant également les décisions intervenant, plus strictement, au stade postsentenciel.

¹⁹⁰⁸ Point 8 du préambule de la décision-cadre « mesures de probation » ; dans le même sens : point 9 de la décision-cadre « peines privatives de liberté ».

Dans le même sens à propos d'un mandat d'arrêt européen émis aux fins de l'exécution d'une peine : CJUE, 21 oct. 2010, I.B., aff. C-306/09, §52 ; 6 oct. 2009, Wolzenburg, aff. C-123/08, §62.

présentencielles, la décision-cadre 2002/584 a également vocation à permettre l'arrestation et la remise d'une personne fuyant l'exécution de sa peine d'emprisonnement. L'émission d'un mandat d'arrêt européen n'a cependant de réelle utilité que lorsque le condamné en fuite est ressortissant ou résident habituel de l'Etat de condamnation, et donc d'émission du mandat. En effet, dans l'hypothèse inverse, l'objectif de réhabilitation incite à privilégier la reconnaissance de la peine privative de liberté.

463. *La reconnaissance mutuelle des peines privatives de liberté* – A cet égard, la décision-cadre 2008/909¹⁹⁰⁹ est véritablement inédite car aucun des instruments internationaux ou régionaux de coopération judiciaire ne comporte d'obligation de principe, pour les Etats, de prendre en charge l'exécution d'une peine ou d'une mesure privative de liberté¹⁹¹⁰, lorsque l'exécution d'une condamnation dans un Etat membre autre que celui de la condamnation (l'Etat d'émission) contribuerait à faciliter la réinsertion de la personne condamnée. Le consentement de l'Etat d'exécution n'est pas exigé, sauf à n'être ni l'Etat de nationalité, ni l'Etat de résidence du condamné¹⁹¹¹. Mais que la privation de liberté soit ici des plus légitimes ne dispense en rien du respect de quelques droits fondamentaux lors de la procédure de reconnaissance, tel le droit à l'information¹⁹¹² ou le consentement de l'intéressé¹⁹¹³. La mise en œuvre de la décision-cadre risque toutefois de présenter quelques difficultés. En effet, compte tenu de la disparité des règles qui régissent l'exécution des peines dans les Etats membres - en particulier les règles de libération conditionnelle ou anticipée - la durée de la peine qui sera réellement exécutée par le condamné

¹⁹⁰⁹ Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, ci-après dénommée « décision-cadre « peines privatives de liberté » ».

¹⁹¹⁰ Ainsi que le rappelle le préambule de la décision-cadre « peines privatives de liberté » (point 4), la convention du Conseil de l'Europe du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées ne permet le transfèrement aux fins de la poursuite de l'exécution d'une peine que vers l'Etat de la nationalité de la personne condamnée et avec son consentement et celui des Etats concernés. Le protocole additionnel du 18 décembre 1997 qui prévoit un transfèrement ne nécessitant pas le consentement de la personne condamnée dans certains cas n'avait pas été ratifié par la totalité des Etats membres à l'adoption de la décision-cadre ; l'Espagne, l'Italie et le Portugal ne l'ont toujours pas fait.

¹⁹¹¹ Art. 4, §2 à 4 de la décision-cadre « peines privatives de liberté ». L'Etat d'exécution peut également être tout autre Etat membre, dont le consentement sera alors nécessaire Art.4, §1 de la décision-cadre « peines privatives de liberté ». Dans deux circonstances, toutefois, chaque Etat membre peut notifier un consentement préalable et automatique pour ses ressortissants ou les personnes condamnées résidant depuis plus de cinq ans sur son territoire et ne devant pas en être expulsées en conséquence de la condamnation - Art. 4, §7 – cette option est le compromis trouvé en l'absence d'unanimité entre les Etats membres sur la suppression de leur consentement dans ces hypothèses.

¹⁹¹² Art 6 de la décision-cadre « peines privatives de liberté ».

¹⁹¹³ Art. 4, §1, 6, §1 de la décision-cadre « peines privatives de liberté ». Par exception, il n'est pas exigé lorsque l'Etat d'exécution est, soit, celui de sa nationalité et celui de sa résidence ou vers lequel elle sera expulsée, soit, celui dans lequel elle « s'est réfugiée ou est retournée en raison de la procédure pénale dont elle fait l'objet (...) ou à la suite de sa condamnation dans cet Etat d'émission » (art. 6, §2- le législateur européen semble considérer que, par son comportement, la personne qui s'est « réfugiée ou est retournée » dans un Etat particulier vaut consentement de celle-ci pour y exécuter une peine étrangère).

peut constituer une incertitude, aussi bien pour l'autorité d'émission que pour l'intéressé qui, en outre, ne peut pas toujours s'opposer à cette décision, de nature à dissuader d'user de cet outil et d'exposer à des recours, voire à des condamnations, devant la Cour EDH¹⁹¹⁴.

464. La reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires - La décision-cadre 2005/214¹⁹¹⁵ permet le recouvrement des sommes dues à l'Etat, à la société, et éventuellement à la victime ou à un organisme d'aide aux victimes, dans un Etat autre que celui qui a prononcé la sanction lorsque la personne condamnée y possède des biens ou des revenus, a sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège statutaire¹⁹¹⁶. Mais quoique prononcée en lien avec une infraction, la notion de « sanction pécuniaire » dépasse la seule sanction pénale qu'est l'amende et comprend l'indemnisation d'une victime (mais non partie civile) ou les sommes attribuées un fond public ou une organisation d'aide aux victimes, imposée dans le même cadre judiciaire pénal, au titre des frais afférents à la procédure¹⁹¹⁷. Cette large appréhension de la sanction pécuniaire trouve son écho dans le champ d'application de la décision-cadre qui couvre toutes les sanctions prononcées et/ou soumises au contrôle d'une juridiction « ayant compétence notamment en matière pénale »¹⁹¹⁸. Dès lors, on ne sera pas surpris de voir la traditionnelle « liste des trente-deux infractions » ne donnant pas lieu au contrôle de la double incrimination complétée par cinq infractions, ou catégories d'infractions, relevant, dans certains Etats membres, du domaine administratif : les menaces et violences contre des personnes, les infractions routières¹⁹¹⁹, le vandalisme criminel, le vol, et certaines infractions « couvertes par les obligations d'exécution découlant des instruments adoptés conformément au traité CE ou au titre VI du traité UE »¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁴ En effet, elle « n'exclut toutefois pas que l'imposition d'une peine de détention nettement plus longue de facto dans l'Etat d'exécution puisse faire surgir une question litigieuse au regard de l'article 5 et, par conséquent, engager la responsabilité de l'Etat de condamnation sur le terrain de cet article. Cela dit, l'Etat de condamnation ne pourrait alors être tenu pour responsable que des conséquences qui étaient prévisibles au moment où les décisions de transfèrement ont été prises. » (décision finale sur la recevabilité de la requête n°28578/03 introduite par Szabo contre la Suède, 27 juin 2006, §1).

¹⁹¹⁵ Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires (JOUE L 76 du 22 mars 2005), ci-après dénommée « décision-cadre « sanctions pécuniaires » ».

¹⁹¹⁶ Art. 4, §1 de la décision-cadre « sanction pécuniaire ».

¹⁹¹⁷ En effet, la « sanction pécuniaire » est définie comme « l'obligation de payer une somme d'argent après condamnation pour une infraction, imposée dans le cadre d'une décision ». En revanche, elle ne couvre pas les décisions de confiscation des instruments ou des produits du crime ni les décisions civiles (art. 1^{er}, b) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires ».

¹⁹¹⁸ Art 1, a) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires ».

Voir sur cette notion: CJUE, gde ch., 14 nov. 2013, Baláž, aff. C-60/12.

¹⁹¹⁹ Qui, par exemple, sont des infractions administratives en Allemagne.

¹⁹²⁰ Mentionnés distinctement, nous y incluons la contrebande de marchandise et les atteintes aux droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ces domaines sont très largement couverts et régis par le droit de l'Union.

465. La reconnaissance mutuelle des sanctions patrimoniales : la confiscation - La décision-cadre 2006/783¹⁹²¹ porte application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation des juridictions pénales, uniquement¹⁹²², prononcées à l'encontre d'une personne physique ou morale¹⁹²³. La confiscation peut porter très largement sur tout type de 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 bien¹⁹²⁴, qu'ils soient produits¹⁹²⁵ ou instruments¹⁹²⁶ du crime, ou qu'ils soient passibles de confiscation en application du droit national ou du droit pénal de l'Union¹⁹²⁷. L'Etat d'exécution sera celui sur lequel l'autorité d'émission est fondée à croire que le/les biens ou revenus à confisquer se trouvent¹⁹²⁸, ou à défaut de pouvoir déterminer l'Etat à solliciter, celui de la résidence habituelle ou du siège social de la personne concernée¹⁹²⁹.

466. La reconnaissance mutuelle des mesures de probation et peines de substitution - La convention du Conseil de l'Europe du 30 novembre 1964 pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous conditions, n'ayant été ratifiée que par douze États membres, dont certains ont formulé de nombreuses réserves, la décision-cadre 2008/947/JAI¹⁹³⁰ a été adoptée afin de rendre effective mais surtout d'étendre ses dispositions en appliquant le principe de reconnaissance mutuelle aux mesures alternatives (peine de substitution) ou complémentaires à la peine (mesure de probation)¹⁹³¹. Concrètement, elle permet à un Etat membre de demander à un

¹⁹²¹ Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil, du 6 octobre 2006, relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation (JOUE L 328 du 24 nov. 2006), ci-après dénommée « décision-cadre « confiscation » ».

¹⁹²² C'est-à-dire, celles prononçant « une peine ou une mesure définitive ordonnée par une juridiction à la suite d'une procédure portant sur une ou des infractions pénales, aboutissant à la privation permanente du bien » (art. 2, c) de la décision-cadre « confiscation » reprenant la définition de la décision-cadre 2005/212 du 25 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime.

¹⁹²³ Même si l'Etat d'exécution ne connaît pas la responsabilité pénale des personnes morales ; ce n'est pas un motif de non reconnaissance (art. 12, §3 de la décision-cadre « confiscation »).

¹⁹²⁴ Art. 2, d) de la décision-cadre. Identiquement défini par l'article 1^{er} de la décision-cadre 2005/212 « gel et confiscation ».

¹⁹²⁵ C'est-à-dire « tout avantage économique tiré d'infractions pénales » (art. 2, e)) reconnu comme tel par un tribunal (art. 2, d)) - identiquement, dans la décision-cadre de 2005 « gel et confiscation » : art. 1^{er} ; dans le même sens : art. 2, §1 de la directive de 2014 « confiscation ».

¹⁹²⁶ C'est-à-dire « tout bien employé ou destiné à être employé, de quelque façon que ce soit, en tout ou en partie, pour commettre une ou des infractions pénales » (art. 2, f)) là aussi reconnu comme tel par un tribunal (id.) – identiquement défini par l'art. 2, §3 de la directive de 2014 « confiscation » et par l'article 1^{er} de la décision-cadre de 2005 « gel et confiscation ».

¹⁹²⁷ Art. 2, d) de la directive. En cas d'indisponibilité du bien ou des sommes à confisquer, voir art. 7 de la décision-cadre.

¹⁹²⁸ Art. 4, §1 de la décision-cadre « confiscation ».

¹⁹²⁹ *Ibid.*

¹⁹³⁰ Décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution (JOUE L 337 du 16 déc. 2008), ci-après dénommée « décision-cadre « mesures de probation » ».

¹⁹³¹ Les mesures de probation sont définies de manière très proche des peines de substitution, mais ne sont pas des peines puisqu'elles s'y ajoutent (art. 3, §7, mis en perspective avec l'art. 3, §4 de la décision-cadre « mesures de probation »).

autre de mettre à exécution, ou prendre le relai de la surveillance de la mesure prononcée à l'égard d'une personne qui n'a pas sa résidence légale habituelle dans l'État de condamnation¹⁹³². Sont ici visées quatre situations sentencielles : le sursis avec mise à l'épreuve¹⁹³³, la condamnation et/ou libération sous condition(s)¹⁹³⁴, et enfin la condamnation à une peine de substitution¹⁹³⁵. La décision-cadre dresse une liste non exhaustive des mesures devant être reconnues¹⁹³⁶ - et dont on peut raisonnablement conclure qu'elles sont connues de tous les Etats – que chaque Etat membre peut étendre par notification au secrétariat général du Conseil, lors de la mise en œuvre de la décision-cadre¹⁹³⁷.

467. Si les institutions de l'Union et les Etats membres ont successivement adoptés ces différents outils portant application du principe de reconnaissance mutuelle à un large panel de décisions répressives, une trame globale et commune à l'ensemble des actes adoptés a été suivie. Par extraction des redondances, un droit commun de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union Européenne peut s'exciper.

¹⁹³² Dans les cas où la personne condamnée est retournée ou souhaite retourner dans cet État, ou dans tout autre Etat membre, à condition, toutefois, que celui-ci y consente (art. 5, §1 et 2 de la décision-cadre « mesures de probation »).

¹⁹³³ Le sursis avec mise à l'épreuve est « une peine ou mesure privative de liberté dont l'exécution est suspendue sous condition, en totalité ou en partie, au moment de la condamnation, du fait de l'adoption d'une ou de plusieurs mesures de probation, inscrites dans le jugement lui-même ou arrêtées dans une décision de probation distincte rendue par une autorité compétente (art. 3, §2 de la décision-cadre « mesures de probation »).

¹⁹³⁴ Une condamnation sous condition s'entend d'un jugement décidant l'ajournement ou le remplacement d'une peine privative de liberté du fait de l'adoption d'une ou de plusieurs mesures de probation, qui peuvent être inscrites dans le jugement lui-même ou arrêtées dans une décision de probation distincte, prises par une autorité compétente (art. 3, §3 de la décision-cadre « mesures de probation »).

La libération sous condition est « une décision définitive, rendue par une autorité compétente ou découlant du droit interne, prononçant la mise en liberté anticipée d'une personne condamnée, après exécution d'une partie de la peine ou mesure privative de liberté, du fait de l'adoption d'une ou de plusieurs mesures de probation » (art. 3, §6 de la décision-cadre « mesures de probation »).

¹⁹³⁵ Une peine de substitution est une peine ni privative de liberté ni imposant une sanction pécuniaire, mais imposant une obligation ou une injonction (art. 3, §4 de la décision-cadre « mesures de probation »).

¹⁹³⁶ L'obligation pour la personne condamnée d'informer une autorité spécifique de tout changement de domicile ou de lieu de travail, de ne pas se rendre dans certains lieux, dans certains endroits ou dans certaines zones définies, voire celle de ne pas quitter le territoire de l'État d'exécution, celle de se présenter à des heures précises devant une autorité spécifique, d'éviter tout contact avec des personnes ou des objets spécifiques en lien avec l'infraction commise, respecter des injonctions concernant le comportement, la résidence, la formation, les loisirs, ou comportant des restrictions ou des modalités relatives à l'exercice d'une activité professionnelle, de réparer du point de vue financier le préjudice causé par l'infraction, de réaliser des travaux d'intérêt général, de coopérer avec un agent de probation ou avec un représentant d'un service social exerçant des fonctions liées aux personnes condamnées, de se soumettre à des soins médicaux ou à une cure de désintoxication (art. 4, §1 de la décision-cadre « mesures de probation »).

¹⁹³⁷ Art. 4, §2 de la décision-cadre « mesures de probation ».

468. Procédure de reconnaissance – Les règles communes à l'ensemble des procédures de reconnaissance des décisions répressives concernées s'articulent autour du processus de reconnaissance, lequel se déroule comme suit. La décision, en originale ou une copie certifiée conforme, accompagnée d'un formulaire dont un modèle est systématiquement proposé en annexe des outils, remplis, signés, certifiés exacts par l'autorité d'émission et rédigés ou traduits dans la langue officielle ou dans l'une des langues officielles de l'État d'exécution¹⁹³⁸, sont transmis « sans attendre » par tout moyen laissant une trace écrite et permettant d'en établir l'authenticité¹⁹³⁹ à l'autorité compétente de l'Etat d'exécution¹⁹⁴⁰. La décision relative à la reconnaissance ou à l'exécution doit être prise dans les délais fixés par le texte européen (II), ce qui sera facilité lorsque la décision porte sur l'une des infractions pour lesquelles le contrôle de la double incrimination est supprimé (I). Et sauf à ce qu'il y ait un incident d'exécution (III), la décision sera « mise en œuvre de la même manière et suivant les mêmes modalités » qu'une mesure d'enquête nationale (IV).

I- La suppression en « trompe-l'œil » de la condition de la double incrimination

469. De la double incrimination à sa suppression pour 32 infractions - Condition classique de coopération pénale¹⁹⁴¹, la double incrimination exige que le comportement qui fera l'objet d'une coopération soit constitutif d'une infraction aussi bien dans l'Etat requérant que dans l'Etat

¹⁹³⁸ Art. 8, §2 de la décision-cadre « MAE » ; art. 23, §1 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 16 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 10, §1 et 2 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 6, §1 et 2 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 19 de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 5, §2 et 33, §1 b) de la directive « DEE ».

¹⁹³⁹ Art. 10, §4 de la décision-cadre « mandat d'arrêt européen » ; art. 4, §1 de la décision-cadre « gel des biens et des éléments de preuves » ; art. 5 §1 et 2 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 4, §1 et 2 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 24 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 21 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 4, §2 de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 7, §2 de la directive « DEE ».

¹⁹⁴⁰ Avant de pouvoir transmettre une décision, encore faut-il identifier l'autorité qui sera compétente, dans l'Etat d'exécution, pour reconnaître et exécuter ladite décision. Ainsi, afin de faciliter cette étape préalable et nécessaire, chacun des actes adoptés impose aux Etats membres de notifier au Secrétariat général du Conseil, autorité de centralisation des informations, les autorités d'exécution et, éventuellement, des autorités centrales chargées de la transmission et de la réception des décisions circulantes (art. 6 et 7 de la décision-cadre « mandat d'arrêt européen » ; art. 2 des décisions-cadres « peines privatives de liberté » et « sanctions pécuniaires » ; art. 6 et 7 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 3 des décisions-cadres « mesures de probation » et « décisions de confiscation » ; art. 33, §1 a) et c) de la directive « DEE »).

¹⁹⁴¹ Quoique très peu de conventions l'exigent. La convention d'entraide judiciaire de 1959 ne soumet pas la coopération à la condition de la double incrimination mais réserve toutefois aux Etats signataires la faculté de l'exiger pour l'exécution des commissions rogatoires de perquisition ou saisie d'objet (art. 5, §1 de la convention).

requis. La justification de cette exigence touche à la souveraineté nationale : dans la mesure où la coopération consiste pour l'Etat requis à accepter que, sur son territoire, ses forces et autorités policières et judiciaires exercent leurs fonctions sur demande et au profit d'un autre Etat, il est légitime de vouloir exiger que la demande concerne des faits que lui-même poursuivrait. Cette condition est évidemment un frein, voire un obstacle, à l'entraide judiciaire, notamment compte tenu des divergences qui existent entre les droits nationaux en cause. Poursuivant l'objectif d'une amélioration et accélération de la coopération pénale entre Etats membres, la suppression de cette condition s'est donc présentée comme un facteur essentiel de réussite. Ainsi, tous les outils portant application du principe de reconnaissance mutuelle dressent une liste de trente-deux infractions ne donnant pas lieu au contrôle de la double incrimination¹⁹⁴². Mais si les dispositions proscrivant le contrôle de la double incrimination indiquent une appréciation *in abstracto*, objective, n'exigeant, à la seule lumière des textes d'incrimination, qu'une double punissabilité des faits, indifféremment des éléments qui pourraient venir faire obstacle à la sanction effective de l'individu, l'existence d'un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution liée à l'irresponsabilité pénale de l'intéressé donne une certaine coloration subjective¹⁹⁴³.

470. L'extension indirecte de la suppression de la double incrimination – Une trentième catégorie d'infractions ne donne pas lieu, dans la majorité des instruments, au contrôle de la double incrimination dès lors qu'il est expressément exclu que l'absence de double incrimination soit un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution en matière de taxe, impôts et douanes¹⁹⁴⁴. La chose n'est pas étonnante dans la mesure où une partie non négligeable de ces domaines ont fait l'objet d'une harmonisation indirecte par le droit du premier pilier. Seule la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ne comporte pas cette extension, ce qui est étonnant puisque les peines d'amendes sont très courantes en ces domaines¹⁹⁴⁵. Cependant dans la mesure où les infractions en la matière touchent directement les intérêts financiers des Etats, on peut

¹⁹⁴² Art. 2, §2 de la décision-cadre « mandat d'arrêt européen » ; art. 7, §1 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 5, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 14, §1 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 10, §1 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 6, §1 de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 9, §1 de la directive « DEE » combiné à son article 11, §1, g) et à son annexe D.

¹⁹⁴³ Pour une condition de double incrimination appréciée *in concreto*, en tenant compte, de surcroît, des règles de responsabilité pénale de l'Etat requis, exigeant alors non pas la double punissabilité de l'acte mais celle du délinquant, v. par ex. art. 4, §1 de la convention sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970.

¹⁹⁴⁴ Art. 4, §1 de la décision-cadre « mandat d'arrêt européen » ; art. 9, §1, d) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 15, §1, d) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 11, §1, d) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 8, §2, b), de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 11, §3 de la directive « DEE ».

¹⁹⁴⁵ En ce sens, FLORE, D., Droit pénal européen, précité, p. 428.

comprendre qu'ils aient été peu enclins à ce que les sommes qui leur sont dues dans ces cas-là soient recouvrées par un autre Etat membre¹⁹⁴⁶.

471. L'examen systémique du champ d'application matériel des outils portant application du principe de reconnaissance mutuelle – Sous l'angle de l'analyse systémique, la liste des infractions ne donnant pas lieu au contrôle de la double incrimination est rigoureusement identique dans tous les instruments portant application du principe de reconnaissance mutuelle à l'exception de la décision-cadre 2005/214 relative aux sanctions pécuniaires qui compte cinq infractions supplémentaires¹⁹⁴⁷. Quoique ces ajouts font obstacle à une systématisation parfaite, ceux-ci se justifient au regard des décisions concernées et sont cohérents avec le reste du champ d'application de la décision-cadre¹⁹⁴⁸.

472. Suppression de la double incrimination en « trompe-l'œil » - La suppression de l'exigence de la double incrimination, aussi satisfaisante soit-elle d'un point de vue systémique, n'est cependant pas l'aussi grande avancée que ce qu'elle semble être. Il s'agit plutôt d'une avancée en « trompe-l'œil ». D'une part, elle n'est pas absolue. Elle ne porte que sur une liste d'infractions déterminées, si elles sont punies d'une peine privative de liberté d'au moins trois ans en outre, et rejailli dans l'hypothèse où la demande concernerait une infraction non listée¹⁹⁴⁹. Surtout, les infractions listées ont, dans leur grande majorité, fait l'objet de mesure d'harmonisation ou de rapprochement des incriminations, en droit de l'Union¹⁹⁵⁰ ou en droit

¹⁹⁴⁶ En effet, les sommes obtenues à la suite de l'exécution des décisions reviennent à l'État d'exécution sauf accord contraire entre l'État d'émission et l'État d'exécution (art. 13 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires »).

¹⁹⁴⁷ Voir supra n°464.

¹⁹⁴⁸ Ibid.

¹⁹⁴⁹ L'État qui exécute la décision d'un autre État membre peut alors subordonner la reconnaissance et l'exécution de cette décision à la condition que la décision concerne un acte qui constituerait une infraction au regard du droit national. (art. 2, §4 et 4, §1 de la décision-cadre « mandat d'arrêt européen » ; art. 7, §3 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 1, §3 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 14, §3 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 10, §3 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 6, §3 de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 11, §1, g) de la directive « DEE »).

¹⁹⁵⁰ Infractions ayant fait l'objet d'un rapprochement des législations pénales sur la base de l'ancien titre IV, TUE ou de l'article 83, TFUE : la participation à une organisation criminelle, le terrorisme, la traite des êtres humains, l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, le trafic de stupéfiants et de substances psychotropes, la corruption, la fraude (notamment celle portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes au sens de la convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes), le faux monnayage (notamment de l'euro) et la falsification de moyens de paiement), la cybercriminalité, l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier, le racisme et la xénophobie, le blanchiment de capitaux et des produits du crime, les crimes contre l'environnement.

Infractions ayant fait l'objet d'une définition par le droit de l'Union sans pour autant avoir été harmonisée : le trafic d'armes, la contrefaçon et le piratage de produits, respectivement définis par la directive 91/477/CE du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes (JOUE L 256 du 13 sept. 1991), telle que modifiée par la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 (JOUE L 179 du 8 juill. 2008), la directive 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles (JOUE L 289 du 28.10.1998), le règlement (CE) n°6/2002 du Conseil du 12 décembre 2001 sur les dessins ou modèles communautaires (JOUE L3

international¹⁹⁵¹. S'agissant des autres, tels les trafics d'explosifs, de substances hormonales et autres facteurs de croissance, de véhicules volés, les vols organisés ou avec arme, la falsification de documents administratifs et leur trafic, l'incendie volontaire, l'escroquerie, le racket et l'extorsion de fonds, et le viol, néanmoins réprimés dans tous les Etats membres¹⁹⁵², l'absence d'harmonisation ne garantit nullement l'absence de divergences entre les droits nationaux. De sorte qu'il existe bien une plus-value réelle de la suppression de la double incrimination, mais uniquement à l'égard de ces infractions, finalement.

473. Quelle que soit la valeur réelle de la suppression du contrôle de la double incrimination en droit de la coopération judiciaire internationale, ces dispositions, dont on peut aisément constater

du 5.1.2002), la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle (JOUE L 195 du 2.6.2004).

¹⁹⁵¹ Les « crimes relevant de la juridiction de la Cour pénale internationale » : définis par le statut de Rome de la Cour pénale internationale du 17 juillet 1998.

Les coups et blessures graves : partiellement couverts par les instruments relatifs à la torture, en particulier par la convention de l'ONU contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 – également interdit par l'art. 3 de la conv. EDH et l'art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'ONU), pour autant que les coups et blessures graves relèvent de la définition de la torture.

L'enlèvement, la séquestration et la prise d'otage : partiellement, couverts par la convention internationale de New York du 17 décembre 1979 contre la prise d'otage, lorsqu'ils ont été commis dans le but « de contraindre une tierce partie (...) à accomplir un acte quelconque ou à s'abstenir en tant que condition explicite ou implicite de la libération de l'otage » et dans la mesure où existe un élément d'extranéité.

Le trafic d'organes et de tissus humains : interdits conventionnellement par le Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la Biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine du 24 janvier 2002 (Conseil de l'Europe) et par la convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains du 25 mars 2015.

Le trafic de matières nucléaires et radioactives : convention de l'AIEA sur la protection physique des matières nucléaires du 3 mars 1980, (spéc. art. 7).

Le détournement d'avion et de navire : notamment couverts par la convention de La Haye du 16 décembre 1970, par la convention de Montréal du 23 septembre 1971 ; convention de Rome du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime.

Les crimes contre l'environnement qui pourraient ne pas relever des directives pénales de l'Union le seront sans nul doute par l'une des nombreuses conventions adoptées en ce domaine : la convention européenne du 4 novembre 1998 sur la protection de l'environnement par le droit pénal, la convention de Londres du 12 mai 1954 contre la pollution des mers par les hydrocarbures, la convention de Londres du 2 novembre 1973 pour la prévention de la pollution des mers par les navires, dite convention MARPOL, la convention de Londres, Mexico, Moscou et Washington du 13 novembre 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, la convention de Montego Bay de 1982 précitée, entre autres. Sur la pollution de l'air : le protocole de Londres du 26 septembre 1997 modifiant la convention MARPOL. Sur la préservation des espèces aquatiques : la convention de Genève du 29 avril 1958 sur la pêche et la conservation des ressources biologiques, la convention internationale de Washington du 2 décembre 1946 pour réglementer la chasse à la baleine Sur la protection de la faune et de la flore : la convention internationale de Paris du 18 octobre 1950 pour la protection des oiseaux, les accords d'Oslo du 15 novembre 1973 sur la conservation des ours polaires, la convention de Washington sur le commerce international des espèces de la faune et de la flore sauvage menacées du 22 juin 1979, la convention européenne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe du 19 septembre 1979.

Crimes contre des biens culturels, y compris les antiquités et les œuvres d'art : la convention de La Haye du 14 mai 1954, en cas de conflit armé, celle de Paris du 14 novembre 1970 pour l'interdiction et la protection contre l'importation, l'exportation et le transfert de propriétés illicites de biens culturels, ou encore celle de Paris du 16 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel.

Le sabotage n'est pas, à notre connaissance, internationalement défini mais tombe, en toute logique, dans le champ d'application des conventions relatives à la sécurité aérienne ou ferroviaire, en particulier : art. 3, §1, c) à e) de la Convention de Rome du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime.

¹⁹⁵² PRADEL, J., Le mandat d'arrêt européen : un premier pas vers une évolution copernicienne dans le droit français de l'extradition, Dalloz, 20 mai 2004, p. 1392 ; FLORE, D., précité, p. 424.

qu'elles sont presque parfaitement communes à l'ensemble des outils de la reconnaissance mutuelle, constituent le fondement d'un droit commun de la reconnaissance mutuelle. La question des délais de procédure, en revanche, est un défi plus délicat à l'ébauche d'une théorie générale de la reconnaissance mutuelle.

II- Les délais à respecter ou la création jurisprudentielle d'une anomalie systémique

474. Délais prévus pour la reconnaissance ou l'exécution - La question du délai de traitement d'une demande de reconnaissance mutuelle n'est pas uniforme, ainsi que l'expose le tableau ci-dessous.

	Nature de la décision	Objet de la mesure	Délai de reconnaissance	Délai d'exécution
Phase pré-sentencielle	MAE	personne	10 j si consentement / 30 j dans les autres cas + 30 j (art. 17, §2 à 4)	10 j (+ ?*) + 10 j (art. 23, §2 à §4)
	DEE	personne/bien	30 j + 30 j (art. 12, §3 et §5)	
	Mesure de contrôle	personne	20 j + 20 j + ?* (art. 12, §1 à §3)	« sans délai » (art. 12, §1)
	Gel (devenu « mesures provisoires » dans la directive « DEE »)	bien	« dans les meilleurs délais », si possible dans les 24h de la réception de la demande (art. 32, §2 directive « DEE »)	90 j + ?* (art. 12, §4 et §6 directive « DEE » par renvoi de l'art. 32, §3)
Phase sentencielle	Confiscation	bien	« sans délai » (art. 7, §1)	« sans délai » (art. 7, §1)
	Sanction pécuniaire	bien	« sans délai » (art. 6)	« sans délai » (art. 6)
	Peine privative de liberté	personne	90j + ?* (art. 12, §2 et §3)	« sans délai » (art. 8, §1)
	Mesure de probation ou peine de substitution	personne	60j + ?* (art. 12, §1 et §2)	« sans délai » (art. 8, §1)

Tableau des délais de reconnaissance et d'exécution en application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne.

Légende : * = prorogation du délai de reconnaissance ou d'exécution le temps nécessaire pour surmonter la/les circonstance(s) spécifique(s)/exceptionnelle(s) ou particulière(s), selon la formulation retenue, rendant impossible le respect des délais prévus.

Sauf mention contraire, les numéros d'articles cités renvoient aux directives ou décisions-cadres du nom de la nature de la décision.

475. Analyse systémique - L'esquisse d'une logique peut toutefois être dégagée. En distinguant les délais de reconnaissance de ceux d'exécution, on peut relever que deux variables influencent le degré d'« urgence » de la procédure : l'objet de la décision - une personne et/ou un bien - et la phase procédurale - présentencielle ou sentencielle. Ainsi, globalement, lorsque la décision est sentencielle et porte sur des biens, la formulation est évasive, n'exigeant qu'une reconnaissance « sans délai »¹⁹⁵³. Au stade présentenciel, plus de précisions et de célérité sont, sans guère de surprise, de mise. Ainsi, en matière de gel, il est souhaité que la décision intervienne « si possible » dans les vingt-quatre heures de la réception de la demande¹⁹⁵⁴, un délai particulièrement court qui s'explique probablement au regard de la finalité de la mesure : le gel des biens ou des éléments de preuve afin d'éviter leur déperissement. Pour toute autre décision d'enquête européenne, la reconnaissance doit intervenir « dès que possible » et au plus tard dans un délai de trente jours¹⁹⁵⁵, prorogable¹⁹⁵⁶. La prévision d'un délai fixe, ici, n'est peut-être pas étrangère au fait qu'une décision d'enquête européenne peut tout autant porter sur un bien qu'une personne. En effet, lorsque la décision concerne une personne, des délais fixes ont toujours été prévus. Et là encore, on peut observer qu'ils sont plus courts pour la reconnaissance d'une décision présentencielle, que pour une décision sentencielle¹⁹⁵⁷. Quant aux délais d'exécution, l'analyse est plus simple et la cohérence plus grande. L'exécution de mesures instantanées, remise d'une personne ou acte d'enquête, est encadrée dans des délais fixés, quoique non uniformes ; l'exécution d'une mesure dont les effets se prolongent dans le temps doit être mise à exécution « sans délai », une formulation finement porteuse d'une imprécise exigence de célérité¹⁹⁵⁸. En somme, si en l'état actuel du droit, la question des délais pour reconnaître une décision ne fait pas l'objet d'une systématisation parfaite, ce qui peut probablement être attribué à la négociation successive d'outils adoptés au « cas par cas », une certaine logique semble cependant pouvoir être dégagée afin de tendre vers une rationalisation du droit de la reconnaissance mutuelle.

¹⁹⁵³ Art. 7, §1 de la décision-cadre « confiscation » ; art. 6 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires ».

¹⁹⁵⁴ Art.32, §2 de la directive « DEE ».

¹⁹⁵⁵ Art. 12, §3 de la directive « DEE ». La directive prévoit la possibilité pour l'autorité d'émission de solliciter le respect de délai plus court, dans des cas d'urgence limitativement énumérés ; rien ne permet de garantir que l'autorité d'exécution en tienne effectivement compte (art. 12, §2 directive décision d'enquête européenne).

¹⁹⁵⁶ Art. 12, §5 de la directive « DEE ».

¹⁹⁵⁷ Voir tableau ci-dessus reproduit.

¹⁹⁵⁸ Voir tableau ci-dessus reproduit.

476. *Le caractère non impératif des délais prévus* – Cela étant, la prévision d'un délai s'avère n'être que d'une contrainte relative. Outre les nombreuses prorogations à durée indéterminée en cas de circonstances rendant impossible le respect des délais prévus¹⁹⁵⁹, la Cour de Justice a estimé que leur expiration ne rend pas caduque la procédure de reconnaissance¹⁹⁶⁰. La solution ne concernait, il est vrai, que le mandat d'arrêt européen, mais le raisonnement tenu par la Cour de Justice semble tout à fait généralisable¹⁹⁶¹. En effet, ni la décision-cadre « mandat d'arrêt européen », ni aucun autre instrument, n'indique que la demande de reconnaissance devient caduque à l'expiration des délais prévus. Quant au caractère « central » de l'obligation d'exécution, rien ne permet de considérer que cette obligation le soit moins pour les autres décisions. Au contraire, le droit commun de la reconnaissance mutuelle, en particulier la suppression de la double incrimination et l'encadrement des motifs de refus, vont dans le sens du caractère primordial de l'obligation d'exécution, aussi bien pour le mandat d'arrêt européen que pour les décisions d'une autre nature.

477. La mise en perspective de cette solution met donc en exergue que la principale anomalie du droit commun des délais de procédure en droit de la reconnaissance mutuelle est moins le manque actuel d'uniformité du droit écrit que la question de son (in)compatibilité avec le droit jurisprudentiel. En effet, puisque l'échéance des délais fixés n'affecte pas l'obligation d'exécuter la décision transmise, cela semble priver de tout effet utile le principe même de prévoir des délais. D'un autre point de vue, la solution retenue par la Cour de Justice s'inscrit dans la recherche de « l'effet utile » du droit de l'Union Européenne, en maximisant les possibilités pour les décisions répressives de circuler effectivement. Car en effet, divers incidents de procédures peuvent ralentir la circulation intra-unioniste des décisions répressives.

¹⁹⁵⁹ Voir le sigle « ? » dans le tableau ci-dessus reproduit.

¹⁹⁶⁰ CJUE, 16 juillet 2015, F. Lanigan, aff. C-237/15 PPU, §§34-42, spéc. §42.

¹⁹⁶¹ A savoir : « au regard, d'une part, du caractère central de l'obligation d'exécuter le mandat d'arrêt européen dans le système institué par la décision-cadre et, d'autre part, de l'absence dans celle-ci de toute indication explicite quant à une limitation de la validité temporelle de cette obligation, la règle édictée à l'article 15, paragraphe 1, de la décision-cadre ne saurait être interprétée comme impliquant que, après l'expiration des délais fixés à l'article 17 de la décision-cadre, l'autorité judiciaire d'exécution ne pourrait plus adopter la décision sur l'exécution du mandat d'arrêt européen ou que l'État membre d'exécution ne serait plus tenu de poursuivre la procédure d'exécution de celui-ci » - CJUE, Lanigan, précité, §37.

III- Les incidents de procédure

478. *La prévision d'incidents de procédure expressive de la conception unioniste de la reconnaissance mutuelle* - Comme toute procédure juridique, le processus de reconnaissance mutuelle peut connaître des incidents de procédure, c'est-à-dire l'intervention, après la transmission de la demande de reconnaissance, d'évènements « qui ont pour effet de suspendre ou d'arrêter la marche de [la procédure] »¹⁹⁶². La prévision de tels évènements, en particulier le refus de reconnaissance ou d'exécution, semble aller à l'encontre de l'objectif poursuivi¹⁹⁶³ : la libre circulation des décisions de justice répressive au sein de l'Union Européenne. Cependant, ce serait se méprendre sur la notion de « principe de reconnaissance mutuelle ». L'idée que « la reconnaissance mutuelle devrait être inconditionnelle ou ne mériterait pas son nom »¹⁹⁶⁴ confine à la pétition de principe à l'aune du droit international privé, terre d'origine de la théorie de la reconnaissance des décisions étrangères, en prenant pour référence idéologique ce qui n'est que la déclinaison la plus libérale possible d'un procédé. Celui-ci n'a jamais impliqué d'automatisme¹⁹⁶⁵. Aussi, ni l'objectif poursuivi par le droit de la reconnaissance, ni les caractères d'un système juridique, ne s'opposent à la prévision d'incidents de procédure. Bien au contraire, parer aux difficultés, obstacles, anomalies en les régissant est précisément une des caractéristiques d'un système juridique¹⁹⁶⁶. Parmi les incidents de procédure prévus et encadrés par les outils de la reconnaissance mutuelle, les motifs de refus de reconnaître ou d'exécuter une décision transmise (a), ceux de report (b) et les cas de pluralités de demandes (c) ont été choisis pour leur intérêt intrinsèque afin d'illustrer l'existence d'un droit commun de la reconnaissance mutuelle en filigrane des sept actes normatifs concernés.

¹⁹⁶² Mutatis mutandis, Lexique des termes juridiques, Dalloz, v° Incidents du procès.

¹⁹⁶³ En ce sens : LELIEUR, J., la reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union Européenne : une chance pour le système probatoire français en crise ?, RSC, 2011, p. 1 et s.

¹⁹⁶⁴ CHILSTEIN, D., Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 219.

¹⁹⁶⁵ En ce sens, CHILSTEIN, D., précité.

¹⁹⁶⁶ Voir n°26.

a) Les refus de reconnaissance et/ou d'exécution

479. Motifs de non-exécution et/ou de non-reconnaissance, obligatoires ou facultatifs –

Le droit de l'Union évoquant les deux, peut-on distinguer la non-exécution de la non-reconnaissance ? Sans nul doute. L'emploi de deux vocables différents n'est pas sans raison. Les motifs de refus de reconnaître feront obstacle *ab initio* à la circulation de la décision concernée. Tel est le cas du vice de forme¹⁹⁶⁷ ou du vice de fond¹⁹⁶⁸. En revanche, qu'une décision soit reconnue comme pouvant librement circuler, certaines circonstances pourront cependant faire obstacle à sa mise à exécution. Tel est le cas d'une impossibilité matérielle¹⁹⁶⁹ ou d'une atteinte au principe « ne bis in idem ». Doit-on distinguer les deux situations ? Cela est moins évident car l'issue sera la même : la décision prise dans un Etat ne pourra pas être exécutée dans un autre, que cela procède d'un refus de reconnaissance de celle-ci comme une décision répressive valide ou que, reconnue comme telle, il n'est refusé que son exécution. La différence entre les deux cas de figure n'apparaît donc pas essentielle, faute d'incidence pratique. Une distinction entre motifs obligatoires et facultatifs de refus a encore moins de pertinence. Initialement introduite par le mandat d'arrêt européen, elle n'a pas été reprise par les instruments ultérieurs qui ne feront de la non-reconnaissance ou non-exécution qu'une possibilité. En effet, la formulation standardisée selon laquelle « l(es) autorité(s) compétente(s) de l'Etat d'exécution peu(vent) » et les clauses

¹⁹⁶⁷ C'est-à-dire, la transmission d'une décision nationale ou du formulaire ou certificat incomplet, celle d'un formulaire ou d'un certificat ne correspondant pas à la décision, et non corrigé dans les délais fixés, lorsqu'il y en a (art. 9 §1, a) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 15, §1, a) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 11, §1, a) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 8, §1 de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 16, §2, a) de la directive « DEE » - également : art. 10, §1, a) de la directive « décision de protection européenne »).

¹⁹⁶⁸ C'est-à-dire lorsque les critères de fond essentiels ne sont pas remplis par la demande. Ainsi, par exemple, en matière de peine privative de liberté et de peines de substitution ou mesures de probation, lorsque l'Etat d'exécution sollicité n'est pas l'un de ceux potentiels (celui de la résidence, de la nationalité, par exemple) prévus par l'instrument (art. 9, §1, b) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 11, §1, b) de la décision-cadre « mesures de probation et peines de substitution »). En matière de peines de substitution ou mesures de probation et de protection des victimes, ce sera le cas lorsque la mesure dont la reconnaissance et l'exécution est demandée ne figure pas dans le champ d'application de l'instrument (art. 11, §1, b) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 10, §1 de la directive « décision de protection européenne »). De manière analogue, une décision d'enquête européenne peut être refusée si la mesure d'enquête n'est pas autorisée au titre du droit de l'Etat d'exécution dans le cadre d'une procédure nationale similaire, soit en raison de la nature de la procédure (art. 11, §1, c)), soit en raison de celle de l'infraction (art. 11, §1, §h).

¹⁹⁶⁹ Proches mais distincts du vice de fond, les motifs tenant d'une impossibilité matérielle pour l'Etat membre d'exécution de donner suite à la procédure sont, par exemple en matière de confiscation, lorsque le bien à confisquer a déjà été confisqué, a disparu, a été détruit ou ne peut être retrouvé à l'endroit indiqué dans le certificat, même après consultation de l'Etat d'émission (art. 8, §5 de la décision-cadre « décisions de confiscation »). Il s'agira également, en matière de peine privative de liberté et de peines de substitution et mesures de probation par exemple, de l'hypothèse dans laquelle la peine à reconnaître et exécuter comporte une mesure de soins psychiatriques ou médicaux qui ne peut être exécuté par le système juridique ou de santé de l'Etat d'exécution (art. 9, §1, k) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 11, §1 i) de la décision-cadre « mesures de probation »).

autorisant l'autorité d'exécution de passer outre l'existence d'un motif de refus¹⁹⁷⁰ attestent de ce que le refus de reconnaissance ou d'exécution n'est pas nécessairement une obligation, quoique certains motifs tenant au respect des droits fondamentaux semblent l'imposer, néanmoins.

480. *Exhaustivité des motifs de refus* - Mais si le refus de reconnaissance ou d'exécution peut n'être qu'une possibilité, seuls les motifs prévus peuvent être valablement invoqués¹⁹⁷¹, lesquels doivent être strictement interprétés¹⁹⁷². Ainsi, faute d'être expressément érigé en motif de refus, le risque d'atteinte aux droits fondamentaux garantis par la Charte et la Convention EDH, quand bien même s'agirait-il de droits absolus pour lesquels aucune dérogation n'est permise, tel l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ne peut donner lieu qu'à un report de reconnaissance et/ou d'exécution, et non à l'abandon de la procédure de reconnaissance¹⁹⁷³.

481. *Analyse systémique des motifs de refus prévus* – Parmi les motifs de refus prévus, deux le sont par l'ensemble des outils : une immunité ou un privilège du droit de l'Etat d'exécution rendant impossible l'exécution de la décision¹⁹⁷⁴ et le risque ou la contrariété avérée au principe ne

¹⁹⁷⁰ C'est-à-dire les dispositions du type : « Lorsque l'autorité compétente de l'État d'exécution estime que la reconnaissance d'une décision (...) pourrait être refusée sur la base du paragraphe (...) mais qu'elle est néanmoins prête à reconnaître ladite décision (...), elle en informe l'autorité compétente de l'État d'émission en mentionnant les raisons du refus possible. Dans ce cas, l'autorité compétente de l'État d'émission peut décider de retirer le certificat conformément à l'article (...). Si l'autorité compétente de l'État d'émission ne retire pas le certificat, l'autorité compétente de l'État d'exécution peut reconnaître la décision (...) » – art. 15, §3 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; dans le même sens : art. 11, §4 de la décision-cadre « mesures de probation ».

¹⁹⁷¹ CJCE, 1^{er} déc. 2008, Leymann et Pustovarov, C-388/08 PPU, §51 ; 6 oct. 2009, Wolzenburg, aff. C-123/08, §57 et s. ; 16 nov. 2010, Mantello, C-261/09, §37 ; 29 janv. 2013, Radu, C-396/11, §36.

En droit interne, voir par exemple : Cass. crim., 28 év. 2012, pourvoi n°12-80744.

¹⁹⁷² CJUE, 14 nov. 2013, Baláz, aff. C-60/12, §29.

¹⁹⁷³ Seule la décision d'enquête européenne en fait expressément un motif de refus (art. 11, §1, f). L'ensemble des autres instruments de la reconnaissance mutuelle comporte une disposition liminaire rappelant seulement l'obligation de respecter les droits fondamentaux tels qu'ils découlent de l'article 6 TUE (art. 1, §3 de la décision-cadre « MAE » ; art. 3, §4 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 3 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 1 de la décision-cadre « décisions de gel des biens et éléments de preuves » ; art. 1, §4 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 1, §4 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 1, §2 de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 1, §4 de la directive « décision d'enquête européenne »). La portée de cette disposition n'étant pas précisée, il a été avancé que son effet utile ne pourrait conduire qu'à refuser la reconnaissance d'une décision en cas d'atteinte aux droits fondamentaux d'une personne (FLORE, D., précité, p. 437). Saisie en ce sens, la Cour de Justice a cependant estimé que le risque d'atteinte à des droits garantis par la Charte ne peut justifier qu'un report et non l'abandon d'une procédure de reconnaissance mutuelle, en l'espèce une procédure de remise en application d'un mandat d'arrêt européen (CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Caldaru, aff. jte C-404/15 net C-659/15 PPU, spéc. §98).

¹⁹⁷⁴ Art. 20 de la décision-cadre « MAE » ; art. 9, §1, f) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §2, e) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 7, §1, b) de la décision-cadre « décisions de gel des biens et éléments de preuves » ; art. 15, §1, f) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 11, §1, f) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 8, §2, c), de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 11, §1, a) de la directive « DEE ».

S'agissant de la décision d'enquête européenne, l'existence de règles relatives à l'établissement et (surtout) à la limitation de la responsabilité pénale de la presse ou des médias est assimilée à une immunité ou un privilège puisqu'elles rendent tout aussi impossible l'exécution de la mesure d'enquête.

bis in idem¹⁹⁷⁵. Le vice de forme peut également être considéré comme un motif systématique de refus, quoiqu'il ne soit pas prévu par le mandat d'arrêt européen, ce que l'on peut attribuer à l'imperfection d'un premier outil¹⁹⁷⁶. Pour autant que les autres motifs ne soient pas systématiquement envisagés, une logique de prévision se dégage pour certains d'entre eux. Ainsi, la faiblesse de la sanction¹⁹⁷⁷, l'amnistie¹⁹⁷⁸ ou la décision rendue par défaut préjudiciable¹⁹⁷⁹ ne sont, logiquement, des motifs de non-reconnaissance que pour des décisions sentencielles. Cependant, la logique de prévision de certains motifs ne préjuge pas de celle de leur appréhension. Ainsi, les conditions pour se prévaloir du principe *ne bis in idem* et d'une amnistie ne sont pas uniformes¹⁹⁸⁰. En outre, la cohérence de nombreux motifs de non-reconnaissance ou

¹⁹⁷⁵ Art. 3, 2) et art. 4, 2) 3) et 5) de la décision-cadre « MAE » ; art. 9, §1, c) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §2, a) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 7, §1, c) de la décision-cadre « gel des biens et éléments de preuves » ; art. 15, §1, c) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 11, §1, c) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 8, §2, a) de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 11, §1, d) de la directive « DEE ».

¹⁹⁷⁶ Art. 9, §1, a) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 15, §1, a) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 11, §1, a) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 8, §1, de la décision-cadre « décisions de confiscation ». S'agissant d'une décision d'enquête européenne, cette circonstance n'est pas mentionnée comme motif de non reconnaissance ou de non-exécution mais de manière distincte et dont les dispositions révèlent qu'elle constitue bien un tel motif (art. 16, §2 et 3).

¹⁹⁷⁷ En matière de reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires, de peines privatives de liberté et peines de substitution ou mesures de probation, la faiblesse de la sanction (inférieure à 70 euros ou à six mois de peine encore à purger) à faire exécuter dans un autre Etat membre autorise celui-ci à refuser la reconnaissance et l'exécution, par considération « économique » sans doute (art. 9, §1, h) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §2, h) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 11, §1, j) de la décision-cadre « mesures de probation »).

¹⁹⁷⁸ Art. 3, §1 de la décision-cadre « MAE » ; art. 19 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 11 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 19 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 13 de la décision-cadre « décisions de confiscation » - également : art. 10, §1, d) de la directive « décision de protection européenne ».

¹⁹⁷⁹ La décision-cadre 2009/299 fait d'une procédure menée par défaut, un motif de refus facultatif (« L'autorité judiciaire d'exécution peut également refuser... » art. 2, §1 3, §1 ; 4, §1 ; 5, §1 et 6, §1) mais strictement délimité. En effet, des refus de reconnaissance et d'exécution motivés par l'absence de la personne poursuivie ou accusée ayant été constatés, il est apparu nécessaire d'en encadrer l'invocation afin de limiter son emploi « intempestif » (LE COZ, N., L'entraide pénale dans l'Union européenne, retour sur les (r)évolutions procédurales introduites par la loi n°2013-711 du 5 août 2013, AJ Pénal 2013 p. 523). A cette fin, tout en reconnaissant le défaut comme un motif de refus, la décision-cadre pondère ce principe en le proscrivant dans trois hypothèses parfaitement communes aux cinq décisions-cadres : la personne concernée n'a pas été informée, n'a pas été en mesure d'être représentée en son absence, ni été en mesure de solliciter la tenue d'une nouvelle audience. En outre, spécialement envisagée pour les procédures de remise, l'autorité d'exécution ne peut refuser l'exécution du mandat d'arrêt européen si l'intéressé qui n'aurait pas eu notification de la décision prise en son absence la reçoit, ainsi que les informations relatives à son droit à une nouvelle audience incluant les délais à respecter, sans délai après sa remise. Ceci semble impliquer qu'en présence d'une demande d'arrestation et/ou de remise d'une personne qui n'a pas eu notification de la décision, l'autorité d'exécution doivent s'enquérir de savoir si le droit de l'Etat d'émission prévoit la délivrance des informations prévues si elle (l'autorité d'exécution) donne suite au mandat.

V. décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès (JOUE L 81 du 27 mars 2009) dont les art. 3, §1 ; 4, §1 ; 5, §1 et 6, §1 remplacent, respectivement, les articles 7, §2, i) ; 8, §2, e) ; 9, §1, i) et 11, §1, h) des décisions-cadres « sanctions pécuniaires », « décisions de confiscation », « peines privatives de liberté » et « mesures de probation et peines de substitution ».

¹⁹⁸⁰ S'agissant du principe *ne bis in idem*, on relèvera, d'une part, quelques hésitations sur la formulation standardisée à adopter. En effet, les décision-cadres relatives au mandat d'arrêt européen (2002) et aux sanctions pécuniaires (2003) emploient une formulation développée : « s'il résulte des informations à la disposition de l'autorité judiciaire d'exécution que la personne recherchée a fait l'objet d'un jugement définitif pour les mêmes faits par un Etat membre, à condition que, en cas de condamnation, celle-ci ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de l'Etat membre de condamnation » (art. 3, §2 et 4, §3 et, dans le même sens, art. 4, §5 de la décision-cadre mandat d'arrêt européen.

non-exécution demeure nébuleuse. Par exemples, l'acquisition de la prescription¹⁹⁸¹ ou l'irresponsabilité pénale en raison de l'âge¹⁹⁸² ne sont inexplicablement pas prévus par certains actes. Dans un même ordre d'idée, si l'irresponsabilité pénale d'une personne physique peut faire obstacle à la circulation d'une décision de justice répressive, l'irresponsabilité pénale des personnes morales, en revanche, non¹⁹⁸³. Par ailleurs, la coexistence, pour un même acte, de certains motifs de refus interroge, telle celle des motifs de refus tirés de la compétence concurrente de l'Etat d'exécution¹⁹⁸⁴ et de la violation du principe *ne bis in idem*, en matière

Dans le même sens, art. 7, §2, a) décision-cadre relative à la reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires). Dans cette dernière, cependant, seules les décisions exécutées sont visées. En 2003, en matière de reconnaissance des décisions de gel et de confiscation des éléments de preuves et dans l'ensemble des instruments postérieurs à 2006, c'est une formulation simplifiée qui est employée. D'autres variations dans la formulation peuvent être relevées. Ainsi, par exemple, dans le cadre de la reconnaissance mutuelle des décisions de gel, la contrariété à ce principe doit « immédiatement » apparaître des renseignements fournis. Ou encore, le champ d'application spatial du principe n'est pas le même selon les actes considérés : la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen l'envisage aussi bien au plan européen qu'international (art. 4, §3 et 5), celle relative aux sanctions pécuniaires limite l'application du principe à la décision exécutée, et la majeure partie des actes adoptés visent sommairement la violation du principe, sans autre précision. L'explication se trouve peut-être, au moins en partie, dans le fait que l'élaboration de la jurisprudence de la Cour de Justice sur le principe *ne bis in idem* entre 2001 et 2006 a, à la stabilisation de celle-ci, rendu superflu de préciser dans les décision-cadres et directives, les éléments d'une violation du principe (également en ce sens, TAUPIAC NOVEL, G., le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne, n°304). Voir à propos du principe *ne bis in idem* en droit de l'Union Européenne, supra n°728-736.

De son côté, l'amnistie n'est logiquement prévue que pour les décisions sentencielles et post-sentencielles (voir note n°1978). Cependant, si la majorité des outils envisagent l'amnistie accordée aussi bien par l'Etat d'exécution que par l'Etat d'émission, le mandat d'arrêt européen et la décision de protection européenne ne visent que celle accordée par l'Etat d'exécution, lorsqu'il aurait eu compétence pour poursuivre, en outre (art. 3, §1 de la décision-cadre « mandat d'arrêt européen » et 10 ; §1, d) de la directive « décision de protection européenne »), sans que les raisons de cette limitation n'apparaissent avec évidence.

¹⁹⁸¹ L'acquisition de la prescription, de la peine et/ou de l'action publique selon le droit de l'Etat d'exécution est un motif de refus prévu par la majorité des outils, à l'exception de la reconnaissance mutuelle des mesures de gel des éléments des biens et des éléments de preuve (art. 9, §1, e) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §2, c) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 11, §1, c) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 4, 4) de la décision-cadre « MAE » ; art. 9, §2, h) de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 15, §1, e) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 10, §1, f) de la directive « décision de protection européenne »).

Pour l'exécution d'une sanction pécuniaire, il faut en outre que les faits ayant donné lieu à la décision répressive relèvent de la compétence de l'Etat membre d'exécution.

¹⁹⁸² Sauf en matière de confiscation et pour une décision d'enquête européenne, l'irresponsabilité pénale de la personne en raison de son âge, selon le droit de l'Etat d'exécution, est un motif de refus de reconnaissance ou d'exécution (art. 3, 3) de la décision-cadre « MAE » ; art. 9, §1, g) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §2, f) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 11, §1, g) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 15, §1, g) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 10, §1, g) de la directive « décision de protection européenne »). Le fait qu'il ne soit pas envisagé pour une décision d'enquête européenne est particulièrement étonnant dans la mesure où le mandat d'arrêt européen ou les mesures de contrôle, dans le domaine présentiel, le prévoient.

¹⁹⁸³ En effet, la décision doit être exécutée même si l'Etat d'exécution ne connaît pas la responsabilité des personnes morales (art. 9, §3 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 12, §3 de la décision-cadre « confiscation » et dans le même sens : la directive « décision d'enquête européenne » comprend dans son champ d'application les enquête dirigées contre une personne morale (art. 4, d) sans que le fait que l'irresponsabilité pénale des personnes morales dans l'Etat d'exécution soit un motif de refus.

¹⁹⁸⁴ Art. 4, 7), a) de la décision-cadre « MAE » ; art. 9, §1, l) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §2, d), i) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 11, §1, k) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 10, §1, i) de la directive « décision de protection européenne »). Pour le refus d'une décision d'enquête européenne, il faut en outre que les faits ne soient pas une infraction pénale pour l'Etat d'exécution (Art. 11, §1, e) de la directive « décision d'enquête européenne »). Sera associé à ce motif celui, proche, tiré de l'incompétence de l'Etat d'émission en présence d'une infraction commise hors de son territoire lorsque le droit de l'Etat membre d'exécution n'autorise pas la poursuite pour les mêmes infractions commises hors de son territoire (art. 4, §7, b) de la décision-cadre « MAE » ; art. 8, §2, f) de la décision-cadre « décisions de confiscation » et art. 7, §2, d) ii) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires »).

sentencielle en particulier¹⁹⁸⁵. Enfin, la prévision de certains motifs de refus apparaît contradictoire avec l'objectif et les principes généraux de la reconnaissance mutuelle. Ainsi, si le défaut de double incrimination ne fera pas obstacle à l'exécution d'une décision dans un autre Etat, l'amnistie accordée par l'Etat d'exécution le fera¹⁹⁸⁶, bien que le comportement soit punissable dans les deux Etats concernés.

482. L'invocation d'un motif de non-reconnaissance ou de non-exécution impose l'autorité d'exécution d'informer et de se justifier auprès de l'autorité de l'Etat d'émission¹⁹⁸⁷. Cependant, certains motifs se révèlent être, d'abord des motifs de report avant de devenir, éventuellement, des motifs de refus¹⁹⁸⁸.

b) Les reports de reconnaissance ou d'exécution

483. *Appréhension des reports de reconnaissance ou d'exécution* – De prime abord, la question des reports de reconnaissance ou d'exécution ne semble pas pouvoir donner lieu à une analyse systémique satisfaisante. En effet, peu de dispositions envisagent expressément le report ou le sursis à reconnaissance ou exécution, et les encadrent en conséquence¹⁹⁸⁹, et le cas échéant, rares sont les motifs redondants. Cependant, à y regarder de plus près, de nombreuses autres envisagent des difficultés ou impossibilités, pour l'autorité d'exécution, de reconnaître ou exécuter la décision immédiatement, des circonstances devant la conduire à prendre attache avec

¹⁹⁸⁵ Art. 3, §2 et 4, §3 et 5 de la décision-cadre « MAE » ; art. 9, §1, c) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §2, a) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 11, §1, c) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 8, §2, a) de la décision-cadre « décisions de confiscation ».

¹⁹⁸⁶ Art. 3, §1 de la décision-cadre « MAE » ; art. 19 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 11 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 19 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 13 de la décision-cadre « décisions de confiscation » - également : art. 10, §1, d) de la directive « décision de protection européenne ».

¹⁹⁸⁷ Art. 22 de la décision-cadre « MAE » ; art. 21, d) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 14, b) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 18, §4 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 20, §2, g) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 17, b) de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 7, 3) de la décision-cadre « gel des biens ou éléments de preuve » ; art. 16, §3, a) de la directive « décision d'enquête européenne » - également : art. 10, §1, g) de la directive « décision de protection européenne »).

¹⁹⁸⁸ Ainsi qu'il s'évince de la clause précisant à l'issue de la présentation des motifs de non reconnaissance et de non-exécution que « dans les cas visés au paragraphe... , avant de décider de ne pas reconnaître ou exécuter, en tout ou partie, [la décision], l'autorité d'exécution consulte l'autorité d'émission par tout moyen approprié et, le cas échéant, demande à l'autorité d'émission de fournir sans tarder toute information nécessaire » (art 11, §4 directive « décision d'enquête européenne » ; art. 7, §3 décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art 15, §2 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art 9, §3 décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art 11, §3 décision-cadre « mesures de probation et peines de substitution »).

¹⁹⁸⁹ Seuls les articles 10 de la décision-cadre « confiscation » et 15 de la directive « DEE » sont expressément consacrés aux reports ou sursis à reconnaissance ou exécution. Les articles 11 et 23, §3 de la décision-cadre « peines privatives de liberté », 16 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires », 12, §4 de la décision-cadre « mesures de contrôle », 8, §1 de la décision-cadre « mesures de probation » encadre des cas de report qualifiés comme tel.

l'autorité d'émission pour l'informer de ses difficultés et obtenir de plus amples informations¹⁹⁹⁰. Quoique n'étant pas expressément appréhendées comme des sursis à reconnaissance ou à exécution, de telles hypothèses constituent, de fait, exactement cela et seront donc considérées comme tels.

484. *Notions de motif de report, report de reconnaissance et report d'exécution* – Le motif de report de reconnaissance ou d'exécution sera donc la circonstance qui, ne permettant pas de donner suite à la demande de reconnaissance et d'exécution d'une décision, n'entraînera pas pour autant son rejet mais suspendra la procédure le temps nécessaire pour que l'autorité d'exécution soit en mesure de prendre sa décision sur la reconnaissance ou faire procéder à l'exécution. Comme pour les motifs de refus, une distinction peut être faite entre les motifs de sursis à reconnaissance et sursis à exécution d'une décision. Le report de reconnaissance concernera les circonstances où l'autorité d'exécution aura besoin d'avoir de plus amples informations avant de rendre sa décision. Il s'agira majoritairement de motifs d'ordre juridique pouvant faire obstacles à la circulation de la décision : prescription¹⁹⁹¹, risque d'atteinte au principe *ne bis in idem*¹⁹⁹², compétence concurrente de l'Etat d'exécution¹⁹⁹³. Le report d'exécution concernera plutôt les motifs factuels, circonstanciels, faisant obstacle à l'exécution immédiate de la décision : indisponibilité de la personne, des biens, objets, documents ou données, en raison d'une autre procédure, jusqu'à ce qu'ils ne soient plus nécessaires à cette fin¹⁹⁹⁴, concurrence

¹⁹⁹⁰ En particulier, les dispositions du type « dans les cas visés au paragraphe ... avant de décider de ne pas reconnaître la décision relative à des mesures de contrôle, l'autorité compétente de l'État d'exécution consulte l'autorité compétente de l'État d'émission par tout moyen approprié et, le cas échéant, l'invite à lui transmettre sans délai toute information complémentaire requise » suivants, de manière quasi-systématique, l'énoncé des motifs de non-reconnaissance ou de non-exécution : art. 9, §3 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §3 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 15, §2 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 11, §3 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 11, §4 de la directive « DEE » - dans le même sens également : antérieurement, art. 7, §2, de la décision-cadre « gel des biens et des éléments de preuves » ; toujours en vigueur : art. 8, §4 de la décision-cadre « décisions de confiscation ».

¹⁹⁹¹ Art. 15, §2 renvoyant à l'art. 4, §4 de la décision-cadre « MAE » ; art. 7, §3 renvoyant à l'art. 7, 2, c) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires ».

¹⁹⁹² Art. 15, §2 renvoyant à l'art. 3, §2 et 4, §3 de la décision-cadre « MAE » ; art. 9, §3 renvoyant à l'art. 9, §1, b) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §3 renvoyant à l'art. 7, §2 a) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 9, §4 renvoyant à l'art. 9, §2, a) de la décision-cadre « confiscation » ; art. 15, §2 renvoyant à l'art. 15, §1, c) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; Art. 11, §3 renvoyant à l'art. 11, §1 c) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 11, §4 renvoyant à l'art. 11, §1 d) de la directive « DEE ».

¹⁹⁹³ C'est-à-dire le fait que le jugement porte sur des infractions pénales qui selon le droit de l'État d'exécution sont considérées comme ayant été commises en totalité ou en majeure partie ou pour l'essentiel sur son territoire ou en un lieu assimilé à son territoire (art. 11, §3 renvoyant à l'art. 11, §1, k) de la décision-cadre « mesures de contrôle ».

¹⁹⁹⁴ Pour l'indisponibilité d'une personne : art. 24, §1 de la décision-cadre « MAE ».

Pour l'indisponibilité d'un bien : art. 8, §1, b) et c) de la décision-cadre « gel des biens et des éléments de preuve » ; art. 10, §1, e) de la décision-cadre « confiscation » ; art. 15, §1, b) de la directive « DEE » - L'autorité d'exécution doit alors prendre les mesures nécessaires pour en préserver la disponibilité et/ou l'état (art. 10 la décision-cadre « confiscation »).

préjudiciable de procédures en matière de reconnaissance mutuelle de décisions présentencielles¹⁹⁹⁵, risque pour la vie d'une personne¹⁹⁹⁶ ou un intérêt sécuritaire important¹⁹⁹⁷. Les actes adoptés n'opèrent pas tous parfaitement la distinction : certaines formulations visent conjointement les reports de reconnaissance et d'exécution¹⁹⁹⁸, ou encore, la nécessité de traduire la décision, par exemple, est parfois qualifiée de report d'exécution bien qu'il s'agisse d'un obstacle à la reconnaissance, plus qu'à l'exécution¹⁹⁹⁹.

485. Analyse systémique - Globalement, les décisions concernant une personne peuvent voir leur reconnaissance reportée mais non leur exécution, une fois la décision reconnue²⁰⁰⁰; les décisions portant sur un bien ou un acte d'enquête peuvent voir leur reconnaissance et/ou leur exécution reportée²⁰⁰¹. Plus spécifiquement, il existe peu de motifs généraux – ou systématiques – de report, applicables à toute procédure de reconnaissance : le vice de forme²⁰⁰², toute violation des droits fondamentaux garantis par la Charte²⁰⁰³ et le risque d'atteinte au principe *ne bis in*

¹⁹⁹⁵ Art. 10, 1, c) de la décision-cadre « confiscation », art. 8, §1, a) de la décision-cadre « gel des biens et éléments de preuve » ; art. 15, §1, a) de la directive « DEE ».

¹⁹⁹⁶ Art. 23, §4 de la décision-cadre « MAE ».

¹⁹⁹⁷ Art. 11, §4 et 11, §1, b) de la directive « DEE ».

¹⁹⁹⁸ Par. ex : art. 15, §1 de la directive « DEE ». Distinguant les reports de reconnaissance et d'exécution : art. 8, §4 (report de reconnaissance) et 10 (report d'exécution) de la décision-cadre « confiscation » ; et antérieurement, également : art. 7, §2, a) (report de reconnaissance) et art. 8 (report d'exécution) de la décision-cadre « gel des biens et éléments de preuve ».

¹⁹⁹⁹ Art. 16, §3 de la décision-cadre « sanctions pécuniaire » et art. 10, §1 de la décision-cadre « confiscation ».

²⁰⁰⁰ Art. 11 et 23, §3 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 12, §4 et 15, §2 de la décision-cadre « mesure de contrôle » ; art. 8, §2 et 11, 3 de la décision-cadre « mesures de probation ».

²⁰⁰¹ Art. 15, §1 de la directive « DEE » ; art. 8, §4 (report de reconnaissance) et 10 (report d'exécution) de la décision-cadre « confiscation ». De même, antérieurement : art. 7, §2, a) (report de reconnaissance) et art. 8 (report d'exécution) de la décision-cadre « gel des biens et éléments de preuve ».

²⁰⁰² Art. 15, §2 renvoyant à l'art. 8 de la décision-cadre « MAE » ; art. 11 décision-cadre « peine privative de liberté » ; art. 7, §3 par renvoi à l'art. 7, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 8, §4 renvoyant à l'art. 8, §1 de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 12, §4 et 15, §2 renvoyant à l'art. 15, §1 a) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 7, §2 a) par renvoi à l'art. 7, §1, a) de la décision-cadre « gel des biens et éléments de preuve » ; art. 8, §2 et art. 11, §3 renvoyant à l'art. 11, §1 a) de la décision-cadre « mesures de probation » ; implicitement envisagé comme tel, sous l'angle de l'obligation d'informer l'autorité d'émission de divers circonstances : art. 16, §2 et §3 de la « DEE ».

²⁰⁰³ Il ressort de l'arrêt du 5 avril 2016, Aranyosi et Căldăraru, aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, §83-88, que, tant en vertu de la primauté de la Charte que d'éventuels renvois express à celle-ci par les outils de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives, leur mise en œuvre doit respecter les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Charte. En l'occurrence, il s'agissait de conditionner la remise d'une personne au respect de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, garantis par l'article 4 de la Charte, notamment dans la mesure. La Cour ayant excipé d'une mention générique (l'art. 1, §3 de la décision-cadre « MAE » « ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 TUE ») un motif de refus, de report, ou de reconnaissance ou exécution conditionnée, celui-ci vaut, *a priori*, pour l'ensemble des outils de la reconnaissance mutuelle, puisque tous comportent une disposition semblable (art. 3, §4 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 3 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 1, §2 de la décision-cadre « décisions de confiscation » ; art. 5 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 1, §4 de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 1 de la décision-cadre « gel des biens et des éléments de preuve » ; art. 1, §4 de la directive « DEE » - voir également point 37 du préambule de la directive « décision de protection européenne ».

Sont également inclus dans ce motif générique d'atteinte aux droits fondamentaux, le défaut d'information de l'intéressé de son droit de former un recours (art. 7, §3 renvoyant à l'art. 7, 2, g) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires ») qualifié de violation des droits fondamentaux (CJUE, Radu, précité, §37) et le défaut préjudiciable (art. 7, §3 renvoyant à l'art. 7, 2, g) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 11, §3 renvoyant à l'art. 11, §1, h) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 8, §2, e) combiné à l'art. 8, §4 de la décision-cadre « confiscation ») expressément reconnu comme portant atteinte au droit au procès

*idem*²⁰⁰⁴. S'agissant des autres motifs de report, aucun schéma de prévision n'a pu être dégagé. Plus ennuyeuse, sans doute, est l'(in)opportunité d'ériger certaines circonstances en motifs de report. En effet, si certaines légitiment le besoin d'un délai pour vérifier qu'elles s'opposent bien à la circulation de la décision – tel le risque de contrariété au principe *ne bis in idem*, ou celui, lorsque la décision de confiscation porte sur une somme d'argent, que la valeur totale provenant de l'application de la décision soit supérieure au montant spécifié dans la décision originale en raison de l'exécution simultanée dans plusieurs États membres²⁰⁰⁵ - ou si elles ne constituent pas qu'un obstacle temporaire à la reconnaissance et à l'exécution – telle l'existence de raisons valables de penser qu'elle mettrait manifestement en danger la vie ou la santé de la personne recherchée²⁰⁰⁶ ou l'exercice d'un recours, par l'intéressé ou les tiers de bonne foi, lorsque la décision porte sur un bien²⁰⁰⁷ - d'autres motifs de report, en revanche, semblent ne pas pouvoir être surmontés. Ainsi, on peut en particulier s'interroger sur la mention de la faible durée de la mesure²⁰⁰⁸ ou le vice de fond²⁰⁰⁹. En effet, on voit difficilement comment un quantum, prévu par une décision qui ne peut être que définitive, pourrait évoluer de manière à ne plus être considéré comme trop peu important pour justifier la reconnaissance et l'exécution de la décision²⁰¹⁰. De la même manière, il apparaît difficile que la défaillance d'un critère de fond, tel le fait que l'État sollicité ne soit pas l'un des sollicitables, puisse être surmontée.

486. Si les refus ou reports de reconnaissance ou d'exécution sont indiscutablement des incidents d'exécution dans une procédure de reconnaissance, un autre type de difficulté peut venir complexifier et ralentir le processus devant conduire une décision prise dans un État

équitable par le droit de l'Union (v. préambule de la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès).

²⁰⁰⁴ Art. 15, §2 renvoyant à l'art. 3, §2 et 4, §3 de la décision-cadre « MAE » ; art. 9, §3 renvoyant à l'art. 9, §1, b) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 7, §3 renvoyant à l'art. 7, §2 a) de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 9, §4 renvoyant à l'art. 9, §2, a) de la décision-cadre « confiscation » ; art. 15, §2 renvoyant à l'art. 15, §1, c) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; Art. 11, §3 renvoyant à l'art. 11, §1 c) de la décision-cadre « mesures de probation » ; art. 11, §4 renvoyant à l'art. 11, §1 d) de la directive « DEE » remplaçant, notamment, la décision-cadre « gel des biens et éléments de preuve » qui ne prévoyait ce motif de report.

²⁰⁰⁵ Art. 10, §1, a) de la décision-cadre « confiscation ».

²⁰⁰⁶ Art. 23, §4 de la décision-cadre « MAE ».

²⁰⁰⁷ Art. 10, §1, b) de la décision-cadre « confiscation ».

²⁰⁰⁸ Art. 11, §3 renvoyant à l'art. 11, §1, j) de la décision-cadre « mesures de contrôle ». *Contra* : les décisions-cadres « peines privatives de liberté » et « sanctions pécuniaires » font pertinemment de la faiblesse de la sanction un motif de refus mais non de report de reconnaissance.

²⁰⁰⁹ Art. 9, §3 renvoyant à l'art. 9, §1, b) de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 15, §2 renvoyant à l'art. 15, §1, b) de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 11, §3 renvoyant à l'art. 11, §1, b) de la décision-cadre « mesures de contrôle ».

²⁰¹⁰ Art. 2, §1 et §5 de la décision-cadre « mesures de probation ».

membre à être exécutée dans un autre : la possibilité de solliciter plusieurs Etats d'exécution ou, réciproquement, qu'un même Etat d'exécution soit saisi de plusieurs demandes concurrentes.

c) Les pluralités de demandes

487. Pluralité d'Etats d'exécution potentiels : demandes successives - Certaines décisions répressives peuvent voir leur exécution demandée à plusieurs Etats : les sanctions pécuniaires, de confiscation ou privatives de liberté, les mesures de probation et de substitution, et les mesures de contrôle²⁰¹¹. Les décisions portant sur une mesure instantanée, en revanche, remise d'une personne ou acte d'enquête, ne peuvent naturellement être transmises qu'à l'Etat où la personne se trouve ou celui où l'acte d'enquête peut être réalisé. Il est cependant étonnant que la directive « décision d'enquête européenne » n'ait pas envisagé la pluralité de demandes d'exécution de gel des biens ou éléments de preuves (« mesures provisoires ») dans la mesure où celle d'une décision de confiscation est prévue et que les raisons motivant cette possibilité, incertitude sur la localisation exacte d'un bien par exemple²⁰¹², semblent parfaitement transposables aux décisions de gel. De prime abord variable, la désignation des Etats d'exécution potentiels suit une logique reposant sur la distinction entre le fait que la mesure à exécuter porte sur une personne ou un bien. Lorsque la mesure concerne une personne physique, il s'agira de l'Etat de la résidence légale habituelle, si l'intéressé consent à y retourner, ou tout autre Etat, à la demande de la personne concernée, à condition que celui-ci consente à cette transmission²⁰¹³. Lorsque la décision porte sur un bien, il s'agira du/des Etat(s) où l'autorité d'émission est fondée à croire que les biens se trouvent, et à défaut de telles indications, celui de la résidence légale habituelle, qui s'entend du siège statutaire lorsque l'intéressé est une personne morale²⁰¹⁴. Mais pour autant que la reconnaissance et l'exécution d'une décision puisse être demandée à plusieurs Etats, il ne peut, en principe, n'être sollicité qu'un seul Etat à la fois²⁰¹⁵. Le principe est donc celui d'une succession de

²⁰¹¹ Art. 4, §1 de la décision-cadre « peines privatives de libertés » ; art. 4, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires », art. 5, §1 et 2 de la décision-cadre « mesures de probation », art. 9, §1 et 2 de la décision-cadre « mesures de contrôle », art. 4, §1 et art. 5 de la décision-cadre « confiscation ».

²⁰¹² Art. 5, §2 de la décision-cadre « confiscation ».

²⁰¹³ Art. 4, §1 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 5, §1 et §2 de la décision-cadre « mesures de probation » et art. 9 §1 et §2 de la décision-cadre « mesures de contrôle ».

²⁰¹⁴ Art. 4, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 4, §2 de la décision-cadre « confiscation ».

²⁰¹⁵ Art. 6, §1 de la décision-cadre « peines privatives de libertés », art. 4, §4 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires », art. 6, §1 de la décision-cadre « mesures de probation », art. 10, §6 de la décision-cadre « mesures de contrôle », art. 5, §1 de la décision-cadre « décisions de confiscation ».

demandes, et non d'un cumul, allongeant donc la procédure, le cas échéant. Par exception, un cumul de demande est accepté pour les décisions de confiscation, dans des cas strictement identifiés ne créant pas de risque de « double-peine »²⁰¹⁶:

488. Pluralité de demandes reçues : cumul de demandes concurrentes – L'hypothèse inverse, celle d'une pluralité de demandes adressées simultanément à un même Etat d'exécution et qui ne peuvent être toutes exécutées du fait qu'elles portent sur une même personne, un même bien ou que les sommes saisissables sont insuffisantes à exécuter toutes les décisions²⁰¹⁷, est également envisagée lorsque cela est pertinent. Cela n'est naturellement pas le cas en matière de transfèrement de détenu, de surveillance d'une mesure de contrôle ou de probation. En cas de concours de demandes reçues, la priorisation de leur exécution est laissée à l'appréciation de l'autorité compétente de l'Etat d'exécution qui déterminera, selon sa législation, celles à exécuter en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, notamment la gravité relative ou le lieu de commission des infractions, ou encore les dates auxquelles les différentes décisions ont été rendues et transmises²⁰¹⁸. Ici encore, le résultat d'un concours de demandes reçues sera l'allongement des procédures, sauf pour la demande exécutée en premier.

489. Bien qu'il existe des incohérences, des anomalies – sauf à ce qu'elles soient le résultat de considérations légitimes et non le fruit de négociations menées outils par outils- l'examen comparé des incidents de procédure de reconnaissance mutuelle met néanmoins en évidence que des dispositions communes en ce domaine sont déjà esquissées. S'agissant des motifs de refus ou de report de reconnaître ou d'exécuter une décision, celles-ci sont composées des motifs déjà généraux de report ou de refus²⁰¹⁹, auxquels peuvent s'ajouter les motifs qu'aucune raison ne semble justifier qu'ils ne soient pas généralisables²⁰²⁰, sous réserve de s'accorder sur les critères de

²⁰¹⁶ Art. 5 de la décision-cadre « décisions de confiscation » : lorsque l'autorité d'émission est fondée à croire que les biens visés se trouvent sur plusieurs territoires différents, qu'elle n'est pas certaine de leur localisation exacte, que leur confiscation implique d'agir dans plusieurs États d'exécution ou, s'il s'agit d'une somme d'argent, lorsque l'autorité compétente d'émission estime nécessaire de le faire pour une raison particulière, notamment afin de pouvoir recouvrer le montant total visé par la décision de confiscation.

²⁰¹⁷ Art. 16 de la décision-cadre « mandat d'arrêt européen » ; art. 11 de la décision-cadre « confiscation ».

²⁰¹⁸ *Ibid.*

²⁰¹⁹ Pour les motifs de refus, il s'agit du vice de forme, de l'atteinte au principe *ne bis in idem*, l'existence d'un privilège ou d'une immunité.

Pour les motifs de report, il s'agit du vice de forme, de la violation des droits fondamentaux garantis par la Charte et la Convention EDH et du risque d'atteinte au principe *ne bis in idem*.

²⁰²⁰ Pour les motifs de refus, par exemple, il s'agit de la violation des droits fondamentaux garantis par la Charte et la Convention EDH, la prescription selon le droit de l'Etat d'exécution, le vice de fond, l'irresponsabilité pénale d'une personne physique selon le droit de l'Etat d'exécution, la compétence concurrente de l'Etat d'exécution.

certaines d'entre eux. Il en va de même des dispositions relatives aux pluralités de demandes, émises successivement ou reçues concurremment, qui, bien qu'elles ne soient pas susceptibles d'application pour certaines décisions répressives, sont identiques lorsque tel est le cas. En l'absence d'incident de procédure, ou à la résolution de ceux-ci, la reconnaissance de la décision répressive transmise acte de sa circulation intra-Union mais surtout du transfert de compétence d'exécution de l'autorité d'émission au profit de celle d'exécution.

IV- Le droit de l'exécution de la décision reconnue : le partage des compétences entre l'autorité d'émission et d'exécution

490. Le principe d'un transfert de compétence opérationnelle exclusive et exclusivement

- A s'en tenir au mécanisme du principe en vertu duquel une décision prise dans un Etat membre sera exécutée dans un autre, la reconnaissance de la décision par l'Etat d'exécution implique donc, d'abord, que l'autorité d'émission ne puisse plus exécuter la décision²⁰²¹. Le transfert de compétence d'exécution se veut, en principe, d'ordre strictement opérationnel, sans aucun pouvoir de modifier la substance de la décision originale. Aussi, l'autorité d'émission demeure celle de référence pour toute décision relative à la décision répressive originale, telle que statuer sur un recours en révision²⁰²² ou sur les contestations relatives aux raisons substantielles qui sont à l'origine de l'émission d'une DEE²⁰²³.

491. Le transfert de compétence décisionnelle accessoire à l'exécution - Le transfert de compétence limité à l'exécution n'exclut cependant pas une compétence décisionnelle attachée - ou accessoire - à l'exécution. C'est ainsi que le transfert de compétence d'exécution d'une peine privative de liberté emporte avec lui le pouvoir de décider des modalités d'exécution de la peine, y compris en ce qui concerne la libération anticipée ou conditionnelle²⁰²⁴. Il en va de même en

²⁰²¹ Art. 15, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » art. 11, §1 de la décision-cadre « mesures de probation » qui dispose que « tant que l'autorité compétente de l'Etat d'exécution n'a pas reconnu la décision relative à des mesures de contrôle qui lui a été transmise et qu'elle n'a pas informé de cette reconnaissance l'autorité compétente de l'Etat d'émission, celle-ci reste compétente en matière de suivi des mesures de contrôle prononcées » ce qui, a contrario, signifie qu'une fois la décision de reconnaître notifiée à l'autorité d'émission, celle-ci n'est plus compétente pour exécuter la décision ; art. 7, §1 de la décision-cadre « mesures de probation ». Dans le même sens également : art. 22, §1 de la décision-cadre « peines privatives de liberté ».

²⁰²² Art. 19, §2 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 11, §2 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 13, §2 de la décision-cadre « confiscation » intitulé « loi régissant l'exécution » ; art. 19, §2 de la décision-cadre « mesures de probation ».

²⁰²³ Art. 14, §2 de la directive « DEE ».

²⁰²⁴ Art. 17, §1 de la décision-cadre « peines privatives de liberté ».

matière de mesures de probation et peines de substitution où l'autorité d'exécution devient celle compétente pour tout incident relatif à l'exécution de ces mesures²⁰²⁵, sauf à ce que l'Etat membre d'émission ait déclaré refuser cette compétence²⁰²⁶. En tout état de cause, la compétence décisionnelle n'est que l'accessoire de la compétence d'exécution de sorte que toute possibilité de substitution ou d'adaptation de mesure oblige l'autorité d'exécution à en informer l'autorité d'émission qui peut alors décider de reprendre l'entière responsabilité de la mesure²⁰²⁷.

492. Articulation des compétences et droit applicable : solidarité des compétences juridictionnelle et législative – La libre circulation des décisions répressives dans un espace judiciaire commun impliquant ainsi une répartition des compétences décisionnelle et opérationnelle entre l'autorité d'émission et d'exécution, cela pose la question du droit applicable. Sur ce point, le droit de la reconnaissance mutuelle a clairement opté pour le principe de la solidarité – ou unité - des compétences juridictionnelle et législative. En effet, le droit applicable devient celui de l'Etat d'exécution²⁰²⁸, faisant écho au principe selon lequel « l'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect (...) des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres »²⁰²⁹. La scission des compétences décisionnelle et opérationnelle s'accompagne donc d'une scission des droits applicables dont l'articulation est parfois complexe. Cela s'illustre, par exemple, en matière de reconnaissance mutuelle des sanctions pécuniaires où l'autorité d'exécution peut décider de réduire le montant de la sanction au maximum légal de son droit ou d'appliquer une peine de substitution s'il est impossible de recouvrer la somme due, seulement si sa loi l'autorise et si l'Etat d'émission en a prévu la possibilité dans le certificat²⁰³⁰ afin de concilier le respect de la légalité du droit devenu celui applicable à l'exécution et le principe d'une compétence limitée à l'exécution, sans dénaturation de la décision originale. De même, si la mesure demandée n'existe pas, ou n'est pas envisageable en vertu du droit de l'Etat

²⁰²⁵ Art. 14, §1 et 2 de la décision-cadre « mesures de probation ».

²⁰²⁶ Art. 14, §3 et suivants de la décision-cadre « mesures de probation ».

²⁰²⁷ Art. 17, §3 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 9, §4 de la décision-cadre « mesures de probation ». Dans le même sens, à propos d'autres événements : not. Art. 13 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 9, §4 de la directive « décision d'enquête européenne ».

²⁰²⁸ Art. 7, §1 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 9, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 16 de la décision-cadre « mesures de contrôle » ; art. 12 de la décision-cadre « confiscation » intitulé « loi régissant l'exécution » ; art. 13, §1 de la décision-cadre « mesures de probation ». Les deux premiers outils adoptés l'affirment moins expressément mais c'est bien le droit de l'Etat d'exécution qui s'applique à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen et d'une mesure de gel : v. par ex. : art. 12, 14 ou encore 19, §2 de la décision-cadre « MAE » et, quoiqu'elle ait été remplacée par la directive « DEE », art. 5, §3 de la décision-cadre « gel de biens et éléments de preuve ».

²⁰²⁹ Art. 67, §1, TFUE.

²⁰³⁰ Art. 8, §1 et art. 10 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires ».

d'exécution, l'autorité d'exécution peut y substituer une mesure de son propre droit mais doit, dans le respect de la compétence décisionnelle originale de l'autorité d'émission, en informer celle-ci et lui offrir ainsi la possibilité de retirer sa demande²⁰³¹.

493. *Anomalies systémiques* – Le droit commun de l'exécution d'une décision en application du principe de reconnaissance mutuelle n'est cependant pas exempt de toute anomalie d'ordre systémique. Par exemple, bien que le principe de la reconnaissance mutuelle s'oppose à ce que l'autorité d'émission puisse exécuter la décision une fois celle-ci reconnue, l'article 14, §1 de la décision-cadre « confiscation » précise étonnamment que « la transmission d'une décision de confiscation à un ou plusieurs États d'exécution (...) ne limite pas le droit de l'État d'émission d'exécuter lui-même la décision ». Encore, alors qu'en matière de suivi d'une mesure de probation ou d'une peine de substitution, le transfert de compétence d'exécution emporte la compétence décisionnelle accessoire en cas de manquement du condamné à ses obligations, dans l'hypothèse très proche d'un manquement à une mesure de contrôle, en revanche, l'autorité d'émission est seule compétente pour prendre la décision qui s'impose à l'égard de l'intéressé²⁰³².

494. *Conclusion du paragraphe sur la reconnaissance mutuelle* – Au-delà de l'exercice théorique de structuration contribuant à assoir l'affirmation qu'il existe un système pénal de l'Union européenne, l'extraction de règles communes à l'ensemble ou à la majorité des outils de la reconnaissance mutuelle constitue une piste de réflexion pour l'avenir de cette branche du droit de l'Union. En effet, bien que l'essentiel des décisions répressives puisse circuler au sein de l'Union, le droit de la reconnaissance mutuelle est actuellement difficilement accessible et en apparence complexe puisqu'à chaque type de décision répressive correspond un acte normatif spécifique. En outre, ceux-ci ayant été négociés au cas par cas, outils après outils, sur plus d'une décennie, il n'est guère étonnant de trouver quelques anomalies ou incohérences lorsqu'ils sont étudiés de manière croisée. La mise en évidence de redondances dans les règles principales permet cependant d'envisager une consolidation des actes adoptés. Il est possible, et peut-être souhaitable, de repenser cette branche du droit dans sa globalité afin, d'une part, d'en améliorer la cohérence, notamment en réexaminant l'utilité de certaines dispositions singulières dont on peut

²⁰³¹ Art. 9, §1 de la décision-cadre « mesure de probation » ; 10, §1 de la directive « décision d'enquête européenne ».

²⁰³² Art. 19, §3 de la décision-cadre « mesures de contrôle ».

douter de la profonde nécessité, mais surtout, d'autre part, de faciliter son accessibilité, sa lisibilité et donc sa mise en œuvre. Une telle refonte consolidante pourrait alors s'inspirer de la structure formelle de la directive « décision d'enquête européenne » et distinguer les règles communes de celle particulières, complémentaires et/ou dérogatoires, applicables à chaque type de décision-

CONCLUSION DE LA SECTION

495. *Esquisse d'un modèle* - Le droit de la procédure pénale dans l'Union européenne est un droit parcellaire, les interventions législatives étant très ciblées. Il serait néanmoins inexact et péjoratif de le qualifier « d'incomplet »²⁰³³ dans la mesure où l'intervention pénale de l'Union n'a vocation qu'à répondre aux besoins que les droits nationaux ne peuvent combler. Outre cette caractéristique spécifique du système pénal de l'Union, le droit de la procédure pénale dans l'Union possède des caractéristiques précisant un peu plus l'identité pénale de l'Union. Eu égard aux questions ayant suscité l'intérêt des institutions c'est un modèle autoritaire qui se dessine. En effet, les différentes interventions poursuivent un objectif commun de répression. L'optimisation de la collecte, du stockage et l'échange d'informations entre autorités répressives a vocation à prévenir la commission d'infractions autant que l'appréhension et la condamnation des auteurs. L'élaboration d'un socle commun de règles régissant des actes d'enquête transnationale a tout autant vocation à maximiser les chances de résoudre des enquêtes. Enfin, la reconnaissance mutuelle des décisions répressives vise avant tout à garantir l'exécution des décisions de justice pénale, nonobstant les obstacles que constituent les frontières juridiques qui existent au sein de l'Union.

CONCLUSIONS DU CHAPITRE

496. *Systématisation et notion de procédure pénale* – Si un système juridique est avant tout un « modèle logique »²⁰³⁴, l'ensemble normatif dédié à la justice pénale dans l'Union européenne souffre d'une incohérence : la notion de procédure pénale, centre de gravité de cette sous-

²⁰³³ En ce sens également : BEAUVAIS, P., Droit pénal de fond : nouvelle directive sur la traite des êtres humains : Dir. 2011/36/UE du 5 avr. 2011 concernant la lutte contre la traite des êtres humains, RTDEur. 2011 p. 637.

²⁰³⁴ Voir n°26.

branche du système pénal, n'est manifestement pas uniforme. Aucun paramètre temporel²⁰³⁵, ni matériel²⁰³⁶, ne permet véritablement de l'expliquer. En droit des personnes concernées par une procédure pénale, le droit des victimes s'applique aux victimes d'infractions pénales²⁰³⁷, sans autre précision. En droit des personnes suspectes ou poursuivies, la notion de procédure pénale est parfois entendue strictement²⁰³⁸, parfois étendue aux procédures administratives pouvant faire l'objet d'un recours devant une juridiction « ayant compétence notamment en matière pénale »²⁰³⁹, parfois restreinte, en outre, par l'exclusion des procédures liées à des infractions mineures pénitentiaires et militaires²⁰⁴⁰. La reconnaissance mutuelle des décisions répressives, quant à elle, concerne majoritairement les procédures pénales, au sens strict, sauf en matière de sanction pécuniaires, étendue aux procédures conduites devant une juridiction administrative ayant néanmoins compétence en matière pénale²⁰⁴¹. Cependant, la décision d'enquête, outil fondateur du droit de l'enquête pénale transnationale et portant, par ailleurs, application du principe de reconnaissance mutuelle aux actes d'enquête, s'applique à toute procédure pouvant faire l'objet d'un recours devant une juridiction ayant compétence en matière pénale, incluant celles relatives à des infractions de la concurrence, fiscale, ou autres, qui relèvent de la « matière pénale »²⁰⁴². En somme la notion de procédure pénale, dans le cadre du volet pénal de l'ELSJ, est à géométrie variable, ce qui est fâcheux non seulement au regard des caractéristiques d'un système juridique mais également, et surtout, en pratique.

²⁰³⁵ C'est-à-dire que la chronologie d'adoption des instruments ne permet pas de déceler un logique qui aurait étendue ou restreint la notion de « procédure pénale » aux contentieux relevant de la notion de « matière pénale » sans pour autant être soumis aux juridictions pénales.

²⁰³⁶ Les différentes sous-branches du droit pénal de l'Union ne permettent pas plus de déceler une logique quelconque.

²⁰³⁷ Point 10 du préambule de la directive « décision de protection européenne ».

²⁰³⁸ Ainsi en est-il de la directive « droit à la présomption d'innocence », qui exclut de manière expresse « les procédures en matière de concurrence, de commerce, de fiscalité et de services financiers, et d'autres enquêtes menées par les autorités administratives en rapport avec ces procédures, ainsi que les procédures civiles » (Point 11 du préambule). La chose est étonnante et peu cohérente avec le droit de l'Union dans son ensemble dans la mesure où les droits qui y sont consacrés sont applicables aux procédures de la Commission en matière de concurrence. Il en va de même de la décision-cadre « règlement des conflits » qui ne concerne pas les procédures de sanctions des violations des règles de concurrence prévues par le règlement 1/2003 (art. 2, §2 de la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales).

²⁰³⁹ Art. 2, §1 et §4 de la directive « droit à l'assistance d'un avocat » ; art. 2 de la directive « droit à l'information » ; art. 2, §1 de la proposition de directive « droit à l'aide juridictionnelle » par emprunt du champ d'application de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

²⁰⁴⁰ Point 13 du préambule de la directive « droit à l'assistance d'un avocat ».

²⁰⁴¹ Art. 5, §1 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » et CJUE, 14 nov. 2013, Baláz, aff. C-60/12.

²⁰⁴² CJUE, Baláz, précité, §§39-42 : ayant été interrogé sur la notion de « juridiction ayant compétence, notamment, en matière pénale, la Cour de Justice a considéré comme telle une autorité administrative indépendante statuant, notamment, en appel en matière d'infractions administratives telles que les infractions routières.

497. Modèle - Cela mis à part, le modèle ou l'identité pénale de l'Union qui se dessine à l'issue de ce chapitre prend une teinte autoritaire. Certes, le droit des personnes concernées par une procédure pénale, par son intérêt pour les droits fondamentaux en général et notamment ceux des victimes répondent au modèle pénal libéral. Mais le droit de la procédure pénale dans l'Union européenne, lui, est nettement marqué par des caractéristiques autoritaires, véhiculant la confiance et la foi des institutions de l'Union dans la répression. La seconde branche du système de droit pénal de l'Union européenne, le droit pénal de fond confirmera ou infirmera cette tendance.

CHAPITRE 2 – LE DROIT PENAL DE L’UNION EUROPEENNE

498. *D’un droit pénal de l’Union européenne au droit pénal spécial et général de l’Union*

– Bien que l’expression « droit pénal l’Union européenne » soit souvent employée pour désigner l’ensemble du volet pénal de l’ELSJ, elle sera ici entendu dans un sens plus strict, comme l’ensemble des règles relatives aux infractions et à leur sanction produites par l’Union, à l’image des définitions du droit pénal que l’on peut trouver dans les manuels. Car un tel droit est en effet identifiable. Énumération faite des infractions pénales que connaît le droit de l’Union²⁰⁴³, il est alors possible de les catégoriser pour dégager un droit pénal spécial de l’Union (section 1) permettant déjà d’esquisser l’identité pénale de l’Union. Dans un second temps, l’étude des euros-incriminations permet d’exciper des règles de droit pénal général. Bien qu’il soit regretté que l’Union ait élaboré un catalogue d’infractions, sans avoir préalablement posé les fondements communs à leur répression, un droit pénal général, c’est pourtant ainsi que se sont construits les droits pénaux. « Historiquement, le droit pénal spécial a précédé le droit pénal général. En effet, le Code d’Hammourabi ou encore la Loi des XII tables s’apparentent à des catalogues d’infractions (...) mais ne disent rien de grands principes qui irriguent cette répression. Ce n’est que des siècles plus tard qu’est apparue l’abstraction nécessaire à la construction du droit pénal général »²⁰⁴⁴. Il est on ne peut plus exact qu’aucun instrument de rapprochement des législations en la matière n’a été adopté. Pour autant, il est hâtif et inexact de conclure à l’absence pure et simple de règles de droit pénal général dans système pénal de l’Union. Des outils normatifs porteurs d’incriminations, des arrêts des juridictions de l’Union, de la Charte des Droits fondamentaux, on peut exciper des règles applicables à l’ensemble des infractions du droit pénal de l’Union européenne : un droit pénal général de l’Union européenne (section 2), qui confirmeront, affineront ou infirmeront le modèle pénal de l’Union.

²⁰⁴³ Voir supra n°295 et s.

²⁰⁴⁴ BARON, E., Existe-t-il un droit pénal commun ? Dr. pén., sept. 2013, p. 17. Dans le même sens : LEGROS, R., L’influence des lois particulières sur le droit pénal général, RSC 1968, p. 233 ; PRADEL, J. et DANTI-JUAN, M., Droit pénal spécial, précité, n°1.

499. Du concept de droit pénal spécial de l'Union européenne au droit pénal communautaire et droit communautaire pénal - Branche du droit pénal dédié à l'étude des infractions envisagées isolément, de ce qui les singularise les unes par rapport aux autres, le droit pénal spécial comporte incontestablement un « effet catalogue »²⁰⁴⁵. Cela étant, si catalogue il y a, il ne peut s'agir que d'un catalogue raisonné, éclairé par un plan²⁰⁴⁶. Celui-ci procède du choix ce qui sera mis en lumière à travers la structuration des infractions. Prises dans leur ensemble, les euros-infractions peuvent être regroupées et structurées en deux catégories, les infractions du droit pénal communautaire (§2) et celles droit communautaire pénal (§3), expressives de l'originalité structurelle du modèle identitaire de l'Union (§1).

§1 – L'ADOPTION D'UNE CLASSIFICATION ORIGINALE

500. L'exclusion d'une classification axiologique classique - Assez traditionnellement, c'est par une analyse axiologique que les infractions sont classées. Pour autant, il n'existe pas *une* mais *des* classifications : la sélection des infractions prises en considération varie d'un auteur à l'autre et, dans la mesure où il n'est pas rare qu'une même infraction concourt à la préservation de plusieurs valeurs ou intérêts, on peut observer des divergences de classification d'un ouvrage à un autre²⁰⁴⁷. Nonobstant cela, on peut retenir deux *summa divisio* pénales opposant, soit les atteintes aux personnes aux atteintes aux biens²⁰⁴⁸, soit les atteintes aux biens juridiques privés à ceux publics²⁰⁴⁹. L'application de l'une ou l'autre de ces architectures aux euros-infractions est évidemment possible²⁰⁵⁰ mais présenterait pas d'intérêt particulier dans le cadre de notre étude. C'est au modèle pénal international que sera empruntée la logique *summa divisio* permettant de

²⁰⁴⁵ DREYER, E., Droit pénal spécial, Ellipse, coll. Cours magistral, 2008, p.7 - Evoquant également un « catalogue » : MAYAUD, Y., Droit pénal général, PUF, 2015, p. 14, n°3 ; Evoquant l'idée sans reprendre le terme : ANDRE, C., droit pénal spécial, Dalloz, coll. Cours, 2013, n°1 ; PRADEL, J. et DANTI-JUAN, M. droit pénal spécial, Cujas, n°1).

²⁰⁴⁶ DREYER, E., Droit pénal spécial, Ellipse, coll. Cours magistral, 2008, p. 7.

²⁰⁴⁷ Ainsi, les infractions sexuelles sont généralement classées comme des atteintes à la personne (notamment : DREYER, E., précité, RASSAT, M.-L., droit pénal spécial, Dalloz, coll. Précis., VERON, M., Droit pénal spécial, Sirey) mais ont ou être classées comme des atteintes aux mœurs (PRADEL, J. et DANTI-JUAN, M., Droit pénal spécial, Cujas).

²⁰⁴⁸ Ayant adopté un tel plan : DREYER, E., Droit pénal spécial, précité (quoique le plan soit en quatre parties, pouvant être ramenées à deux selon une distinction personne/bien).

²⁰⁴⁹ RASSAT, M.-L., précité.

²⁰⁵⁰ L'ayant adoptée : MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, A., Coopération et harmonisation (matière pénale) rep. Droit eur., Dalloz, n°91-13.

mettre en exergue la dualité identitaire profonde de l'Union européenne qui innerve l'ensemble de son système juridique : l'Union est tout à la fois une entité autonome et une communauté d'Etats ; son droit pénal protège des intérêts propres à l'Union et d'autres collectivement partagés par les Etats membres

501. *L'emprunt au modèle pénal international* - Historiquement, le droit pénal international s'est d'abord constitué des règles relatives à « la compétence des juridictions de l'Etat par rapport aux juridictions étrangères, à l'application de ses lois criminelles²⁰⁵¹ par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent, à l'autorité, sur son territoire, des jugements répressifs étrangers »²⁰⁵², à côté desquelles on fait désormais une place particulière à l'entraide judiciaire en matière répressive. A côté de ce droit pénal, international par les situations qu'il régit, s'est développé le droit pénal de source internationale, c'est-à-dire le droit de la répression des comportements érigés en infractions par les Etats agissant collectivement²⁰⁵³. Afin de matérialiser la distinction substantielle entre ces différentes branches, leurs auteurs opposent parfois le droit pénal international et le droit international pénal avant, souvent, de conclure à l'inutilité pratique de la distinction, cependant²⁰⁵⁴. Quoiqu'elle ne fasse pas l'unanimité, ni dans son principe, ni dans son contenu²⁰⁵⁵, la distinction sémantique exprime une catégorisation qui n'est pas dénuée de tout intérêt. ; l'ordonnancement d'épithètes multiples se veut significatif²⁰⁵⁶. Toutefois, il ne s'agit pas de voir dans les termes « international » et « pénal » une référence aux caractéristiques des matières qui permettrait alors de les opposer, d'une part, au droit pénal interne, et d'autre part, au

²⁰⁵¹ De fond et de procédure. Pour H. Donnedieu de Vabres, l'extradition, l'exécution forcée des sentences étrangères relèvent de la « "face internationale" de la procédure criminelle », comme les questions de compétences des juridictions, d'application des lois pénales par rapport aux lieux et aux personnes qu'elles régissent sont la « "face internationale" du droit pénal » (DONNEDIEU DE VABRE, H., Introduction au droit international pénal, Sirey, 1922, p. 6).

²⁰⁵² *Ibid.*

²⁰⁵³ DAVID, E., *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, 2009, p. 2.

²⁰⁵⁴ Mentionnant la distinction entre droit pénal international et droit international pénal, avant d'adopter, par convention de langage, la seule appellation de « droit pénal international » pour désigner l'ensemble de la matière, indistinctement de ses sous-branches, voir notamment : REBUT, D., *Droit pénal international*, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 1021, p. 2-3 ; HUET, A et KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, PUF, coll. Thémis, 2005, p. 1-4.

²⁰⁵⁵ Pour MM. MERLE et VITU, le droit international pénal ne comprend que les normes internationales « concernant les faits qui troublent l'ordre public international, c'est-à-dire les intérêts de la société internationale ou les grandes valeurs de l'humanité » (Traité de droit criminel – tome 1, Cujas, 7^{ème} édition, 1997, n°248). Autrement dit, ils n'y incluent que les infractions internationales que sont les crimes de guerre, de génocide et contre l'humanité. (dans le même sens, LEVASSEUR et DECOCQ, *rep. dr. inter.*, Dalloz, v° infractions internationales, n°2 ; PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 12^{ème} éd., 1999, n°52 ; ASCENSIO, H, DECAUX, E et PELLET, A., *Droit international pénal*, Pedone, 2000, p. 1 et dans le même ouvrage, SZUREK, S., *Historique*, p. 7-8). Pour d'autres, le droit international pénal inclut également les infractions définies à l'échelon international telles que le terrorisme, le trafic de stupéfiants, la piraterie, etc... (GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, 1970/78 ; JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1991, n°185 ; PLAWSKI, la notion de droit international pénal, RSC 1978, 789).

²⁰⁵⁶ Les règles d'articulation et de coordination des épithètes qualificatifs multiples veulent que, anté ou postposé, l'attribut, le caractère le plus important est accolé au nom auquel il se rapporte.

droit international public ou privé²⁰⁵⁷. Il se révèle plus pertinent de considérer l'ordonnement de ces termes sous l'angle du lien entretenu avec les sphères interne et internationale²⁰⁵⁸. Ainsi, « plus étroitement lié au droit international qu'au droit pénal (national) »²⁰⁵⁹, par identité de fondement, de sources²⁰⁶⁰ et, avec le recul désormais possible, un développement évolutif similaire²⁰⁶¹, le droit international pénal est destiné à protéger l'ordre public international, est émis par la communauté internationale et mises en œuvre à cette même échelle, au moins en partie. A l'inverse, le droit pénal international regroupera les normes ayant un lien plus étroit avec l'ordre juridique étatique qu'international. Il regroupera aussi bien les infractions définies internationalement mais destinées à protéger l'ordre public interne, et exclusivement mis en œuvre par l'ordre juridique étatique²⁰⁶², que les règles d'organisation de la répression des infractions présentant un élément d'extranéité (règlement de conflit de compétences) et l'entraide judiciaire internationale²⁰⁶³ ; dans tous ces cas, l'Etat reste l'unité de référence. En empruntant cette construction grammaticale, les infractions du droit pénal de l'Union peuvent alors être catégorisées en deux branches : les infractions du droit pénal communautaire et celles du droit communautaire pénal²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁷ Car si, sémantiquement, le droit pénal international est du droit pénal avant d'être du droit international (et inversement s'agissant du droit international pénal), matériellement, le droit pénal international rappellera bien plus le droit international privé que le droit pénal interne, en ce qu'il coordonne les systèmes pénaux nationaux lorsqu'une infraction présente un élément d'extranéité. Réciproquement, le droit international pénal, supposé être, du point de vue sémantique, du droit international avant d'être du droit pénal, se compare plus volontier au droit pénal interne, dès lors que son objet est la définition des infractions, voir l'organisation de leur répression à l'échelle internationale pour les crimes internationaux.

²⁰⁵⁸ Derrière le terme « pénal », en particulier, il y a plus que la branche du droit relative aux infractions et à leur répression. La seule dénomination « pénale » est porteuse symbolique du sceau étatique (Notamment : PONCELA, P., Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat, Archives de philosophie du droit, 1981, vol. 28 ; MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, A., Coopération et harmonisation (matière pénale), Rep. Dalloz. droit eur. n°1 ; DELMAS-MARTY, M., Le pluralisme ordonné, Seuil, 2006, p. 177). L'importance du lien entre le droit pénal et souveraineté de l'Etat constitue, d'ailleurs, l'une des pierres d'achoppement du développement du droit pénal de l'Union Européenne. Car l'existence même du droit pénal de l'Union Européenne emporte avec lui un relâchement de ce lien un relâchement bien difficile à admettre, à faire admettre aux Etats membres, et avec lequel il faut composer (voir sur la question : GINDRE, E., L'émergence d'un droit pénal de l'Union Européenne, LGDJ – La Varenne, 2010, pp. 351 et s.).

²⁰⁵⁹ GLASER, S., Droit international pénal conventionnel, p. 23.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*

²⁰⁶¹ Sommairement résumable en trois temps : d'abord coutumier, puis « conventionnalisé » et enfin juridictionnalisé.

²⁰⁶² Du reste, quoiqu'internationalement définies, la validité juridique de ces incriminations repose en tout état de cause sur une validité de droit interne, après ratification. Bien souvent, d'ailleurs, la sanction n'est pas prévue par le traité international mais par le droit pénal de chaque Etat.

²⁰⁶³ A cet égard donc, le droit de la justice pénale dans l'Union Européenne et le droit pénal communautaire sont étroitement liés pour avoir comme unité de référence l'Etat. Cependant le droit de la justice pénale dans l'Union Européenne est une sous-branche procédurale que nous avons préalablement distinguée des branches de droit de fond.

²⁰⁶⁴ Bien que la terminologie « communautaire » n'ait plus positivement cours, sauf par référence historique au droit de l'ancien premier pilier, elle sera cependant présentement utilisée, par confort et clarté de langage, afin, en particulier, de ne pas porter à confusion avec le droit pénal de l'Union Européenne, qui comprend aussi bien le droit pénal communautaire que le droit communautaire pénal.

502. *Présentation du droit pénal communautaire* – Le droit pénal communautaire sera la sous-catégorie du droit pénal (spécial) de l'Union présentant un lien plus fort et étroit avec le droit pénal, classique et national, qu'avec le droit communautaire, reposant sur la nécessité d'adopter une approche commune afin de préserver les atteintes à la sécurité intérieure et à l'ordre public des Etats membres pris individuellement. L'élévation de la répression de ces infractions à l'échelon unioniste procède moins d'un impératif normatif que d'une opportunité répressive afin de contrebalancer les effets pervers de la libre circulation des personnes, des biens, des capitaux, d'une part, et, d'autre part, des disparités entre les législations²⁰⁶⁵ et du manque de communication et d'entraide entre les différents systèmes pénaux des Etats membres dont les délinquants et organisations criminelles ont su tirer profit²⁰⁶⁶. Par conséquent, sous l'angle axiologique, elles sont plus protectrices des valeurs de l'Union, « communes aux Etats membres », au sens de l'article 2 TUE, que des intérêts de l'Union, découlant principalement des objectifs de l'article 3 TUE²⁰⁶⁷. L'article 83, §1 TFUE se veut la base juridique de prédilection en visant l'harmonisation des formes de criminalité « particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes ». En raison ces caractères, toutes, sans exception, sont intentionnelles²⁰⁶⁸. Autre caractéristiques communes aux infractions du droit pénal communautaire, toutes sont des infractions dont la répression est déléguée aux Etats membres ; aucune de ces sanctions ne sont des sanctions communautaires.

503. *Présentation du droit communautaire pénal* - Le droit communautaire pénal, quant à lui, sera la sous-catégorie du droit pénal (spécial) de l'Union présentant un lien plus fort et étroit avec le droit communautaire, qu'avec le droit pénal national, en reposant sur la nécessité pour l'Union - plus que pour la communauté des Etats membres - d'adopter une législation pénale

²⁰⁶⁵ En ce sens, notamment : BEAUVAIS, P., *Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union Européenne*, th. dact., Paris X Nanterre, 2006, p.22 ; GARCIA-JOURDAN, S., *L'émergence d'un espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bruylant, 2005, p. 399 ; MARGUE, T.-L., *La coopération européenne en matière de lutte contre la criminalité organisée dans le contexte du traité d'Amsterdam*, RMUE, 1997-3, p. 91-117.

²⁰⁶⁶ A ce propos, M. MASSE est éloquent : « délivrer une commission rogatoire internationale, c'est un peu comme jeter une bouteille à la mer. On espère qu'elle ne coulera pas et que quelqu'un y lira un message, de là à espérer qu'il vous vienne en aide... le Parquet de Milan a adressé 450 commissions rogatoires internationales à l'étranger, 270 sont restées sans réponse, sur les 180 qui sont revenues, certaines ont mis plus de cinq ans » - MASSE, M., « les difficultés pratiques de la coopération judiciaire pénale, in *L'espace judiciaire européen*, Acte du colloque organisé en Avignon, Ministère de la Justice, La Documentation française, 1999, p. 105.

²⁰⁶⁷ A propos des valeurs et intérêts de l'Union, voir supra, n°266-275.

²⁰⁶⁸ Aussi, cela ne sera pas précisé à l'examen de chaque infraction.

protectrice de ses propres intérêts – et non ceux communs aux Etats membres -, à commencer par le respect de ses réglementations²⁰⁶⁹. La production de normes pénales à l'échelon de l'Union procède alors autant d'un impératif normatif que répressif, les législations nationales n'étant pas en mesure - ou les Etats membres disposés - à intervenir de manière satisfaisante. Mais bien que l'article 83, §2 soit la consécration du droit communautaire pénal, bon nombre des infractions relevant de cette branche du droit continue d'avoir leur base juridique disséminé dans les traités. Elles ne répondent d'ailleurs pas toutes au régime juridique du volet pénal de l'ELSJ puisque plusieurs d'entre elles ont fait l'objet d'une délégation de compétence administrativo-punitive à la charge de différentes institutions de l'Union. En outre, contrairement aux infractions du droit pénal communautaire, les infractions du droit communautaire pénal connaissent la non-intention. Derrière ce manque d'uniformité, une axiologie justifie de les rapprocher : toutes les infractions du droit communautaire pénal sont en lien étroit avec les valeurs et intérêts propres à l'Union, en tant qu'entité autonome, distincte de ses Etats membres.

504. L'adoption de cette *summa divisio* originale offre au droit pénal spécial de l'Union européenne un squelette faisant écho à la construction de l'article 83 TFUE, base juridique générale du rapprochement des infractions, à la dualité identitaire consubstantielle au système juridique de l'Union et à la méthodologie du noyau dur pénal qui a fondé la délimitation du champ pénal de l'Union. Reste à éprouver la pertinence de la démarche en poursuivant l'effort de classifications des euros-infractions au sein de ces deux branches.

§2- LA (RE)STRUCTURATION DU DROIT PENAL COMMUNAUTAIRE

505. *Logique de classification* – L'article 83, §1 TFUE énumère neuf formes de criminalité, sans logique apparente, dont certaines relèveront du droit communautaire pénal. Le caractère manifestement exhaustif de celle-ci tient sans nul doute à la volonté des Etats membres

²⁰⁶⁹ Sur cette nécessité, et sa légitimité, de l'action répressive de l'Union pour la protection d'intérêts qui lui sont propres : BEAUVAIS, P., *Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union Européenne*, th. dact., Paris X Nanterre, 2006, p.19 ; WEYEMBERGH, A., *l'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2004, p.181 et s. ; POELMANS, M., *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, LGDJ, 2004, pp. 91-124.

d'empêcher l'harmonisation d'autres formes de criminalité grave et transfrontière sans en passer par l'unanimité du Conseil²⁰⁷⁰. Quoiqu'il en soit d'un point de vue politico-institutionnel, une structuration des euros-infractions permet de mieux appréhender les centres d'intérêt de la communauté des Etats membres. Outre les traditionnelles atteintes aux personnes (B) et aux biens (C), il est apparu que la classification des euro-infractions du droit pénal communautaire nécessitait de constituer une troisième catégorie, celles des atteintes protéiformes (A).

A- LA PROTECTION CONTRE LES ATTEINTES PROTEIFORMES

506. *Autonomie des infractions protéiformes* - Parmi les formes de criminalité citées par l'article 83, §1 TFUE et ayant fait l'objet d'un rapprochement des législations, deux ne pouvaient être affiliées aux classifications binaires traditionnelles du droit pénal spécial : atteintes aux personnes/biens, ou atteintes privée/publique. En effet, le terrorisme (I) et la criminalité organisée (II) sont des catégories d'infractions particulières, protectrices d'atteintes protéiformes pouvant aussi bien préjudicier aux personnes qu'aux biens, aux intérêts publics comme privés.

I- Le terrorisme

507. *Présentation générale* – La directive 2017/541²⁰⁷¹, destinée à remplacer la décision-cadre 2002/475²⁰⁷², distingue trois catégories d'infractions²⁰⁷³. Il apparait toutefois plus didactique d'établir une distinction entre ce que l'on nommera « le terrorisme primaire » et le « terrorisme dérivé », c'est-à-dire les infractions liées au terrorisme primaire.

508. *Le terrorisme primaire : définition* - Sous la qualification communément admise de « terrorisme », il n'y a pas *une* mais *des* infractions terroristes. En effet, le droit de l'Union ne définit pas, à proprement parler, l'infraction mais énumère un large panel de comportements,

²⁰⁷⁰ Art. 83, §1, der. al. TFUE.

²⁰⁷¹ Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil (JOUE L 88 du 31 mars 2017, p. 6-21).

²⁰⁷² Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme - JOUE L 164 du 22 juin 2002, p. 3-7.

²⁰⁷³ Quoiqu'il y ait deux titres consacrés aux infractions, le premier titre intitulé « infractions terroristes et infractions liées à un groupe terroriste » traite finalement de deux catégories d'infractions.

eux-mêmes traditionnellement constitutifs d'infractions pénales²⁰⁷⁴ et pour la définition précise desquels il renvoie au droit national²⁰⁷⁵, qui ne deviennent des infractions terroristes que par la présence des éléments moral et « contextuel »²⁰⁷⁶ terroristes. L'élément intentionnel de l'infraction terroriste primaire présente également une originalité en ce que trois définitions ont été laissées à l'option des Etats, diminuant considérablement l'effet harmonisateur de la décision-cadre : « intimider gravement la population », « contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte », ou « déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou d'une organisation internationale »²⁰⁷⁷. L'infraction terroriste comporte, en outre, un troisième élément constitutif, un élément contextuel, à mi-chemin entre la matérialité et l'intention : il s'agit d'établir que l'infraction commise ait, « de par sa nature ou son contexte », « port[é] gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale ». Cette infraction générique désignant ce qui est communément appelé « attentat terroriste » peut être qualifiée de « terrorisme primaire » afin de la distinguer des autres euro-infractions terroristes, intrinsèquement liées à l'existence du terrorisme primaire, ne serait-ce qu'au seul stade de projet.

509. *Le terrorisme dérivé* - Le terrorisme dérivé regroupe les infractions qui ne peuvent exister sans un projet ou un acte de terrorisme primaire. Pour autant, la qualification de « dérivé » n'en fait pas des infractions de conséquences ; leur répression n'est d'ailleurs pas dépendante de la commission ou d'un lien avec une infraction terroriste primaire²⁰⁷⁸. Ces infractions complètent l'arsenal pénal en amont, non pas du phénomène terroriste – ce qui relève de la lutte contre la

²⁰⁷⁴ A savoir : a) les atteintes contre la vie d'une personne pouvant entraîner la mort ; b) les atteintes graves à l'intégrité physique d'une personne ; c) l'enlèvement ou la prise d'otage ; d) le fait de causer des destructions massives à une installation gouvernementale ou publique, à un système de transport, à une infrastructure, y compris un système informatique, à une plateforme fixe située sur le plateau continental, à un lieu public ou une propriété privée susceptible de mettre en danger des vies humaines ou de produire des pertes économiques considérables ; e) la capture d'aéronefs et de navires ou d'autres moyens de transport collectifs ou de marchandises ; f) la fabrication, la possession, l'acquisition, le transport ou la fourniture ou l'utilisation d'armes à feu, d'explosifs, d'armes nucléaires, biologiques et chimiques ainsi que, pour les armes biologiques et chimiques, la recherche et le développement ; g) la libération de substances dangereuses, ou la provocation d'incendies, d'inondations ou d'explosions, ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ; h) la perturbation ou l'interruption de l'approvisionnement en eau, en électricité ou toute autre ressource naturelle fondamentale ayant pour effet de mettre en danger des vies humaines ; i) l'atteinte illégale à l'intégrité d'un système, telle qu'elle est visée à l'art. 4 de la directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil, dans les cas où l'art. 9, §3, ou l'art. 9, §4, point b) ou c), de ladite directive s'applique, et l'atteinte illégale à l'intégrité des données, telle qu'elle est visée à l'art. 5 de ladite directive, dans les cas où l'article 9, §4, point c), de ladite directive s'applique ; j) la menace de réaliser l'un des comportements énumérés aux points a) à i) (art. 3, §2 de la directive).

²⁰⁷⁵ « Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soient érigés en infractions terroristes les actes intentionnels suivants, tels qu'ils sont définis comme infractions par le droit national, ... » (art. 3, §1 de la directive « infractions terroristes »).

²⁰⁷⁶ FLORE, D., précité, p. 142.

²⁰⁷⁷ Art. 3, §1, a) à c) de la « infractions terroristes ».

²⁰⁷⁸ Art. 15 de la directive « infractions terroristes ».

radicalisation - mais du cheminement criminel terroriste. Ainsi, un premier groupe d'infractions concerne celles liées au groupe terroriste, défini en comme « l'association structurée, de plus de deux personnes, établie dans le temps, et agissant de façon concertée en vue de commettre des infractions terroristes »²⁰⁷⁹. Les infractions y étant liées sont au nombre de deux²⁰⁸⁰. La direction d'un groupe terroriste semble destinée à un usage assez retreint ; l'infraction de participation aux activités d'un groupe terroriste, en revanche, est large. Il ne s'agit pas nécessairement d'une participation personnelle et directement active. Elle peut ne consister qu'en la fourniture d'informations, de moyens matériels ou de « toute forme de financement », sans qu'il soit nécessaire d'établir que les fonds aient servi à préparer ou commettre une infraction terroriste, ni même que le donateur ait eu une connaissance précise de leur destination²⁰⁸¹. En effet, toute mise à disposition de fonds contribuant nécessairement à la pérennité du groupe, elle participe, par nature, à la poursuite de ses activités. Constitue également du terrorisme dérivé, la provocation publique à commettre une infraction terroriste (primaire)²⁰⁸², définie de manière presque à identique à de la convention du Conseil de l'Europe²⁰⁸³, ainsi plusieurs comportements relevant plutôt d'actes préparatoires mais érigés en infractions autonomes : le recrutement²⁰⁸⁴, la dispense²⁰⁸⁵ ou le suivi d'entraînements au terrorisme²⁰⁸⁶, le fait de se rendre à l'étranger dans le but de commettre une infraction terroriste primaire, d'y contribuer, de participer aux activités d'un groupe terroriste ou de recevoir un entraînement terroriste²⁰⁸⁷, le fait d'organiser ou faciliter un tel déplacement²⁰⁸⁸, et le financement du terrorisme, qui se distingue de la participation aux activités d'un groupe terroriste par l'exigence que les fonds servent obligatoirement au

²⁰⁷⁹ Art. 2, §3 de la directive. Prendre en compte le fait que le terrorisme relève de l'entreprise collective et organisée est une innovation en 2002 (FLORE, D., précité, p. 144). En revanche la définition du groupe terroriste n'a rien d'originale, elle dérive de la définition de l'organisation criminelle de la décision-cadre 2008/841/JAI relative à la lutte contre la criminalité organisée, elle-même issue de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 nov. 2000, elle-même inspirée de l'action commune 98/733/JAI du 21 déc. 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne. Voir n°66.

²⁰⁸⁰ Art. 4 de la directive « infractions terroristes ».

²⁰⁸¹ En ce sens, FLORE, D., précité, p. 144.

²⁰⁸² V. art. 5 de la directive « infractions terroristes ».

²⁰⁸³ Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005.

²⁰⁸⁴ Défini comme le fait de solliciter une autre personne pour commettre une infraction terroriste ou l'une de celles relatives à un groupe terroriste – art 6 de la directive).

²⁰⁸⁵ Défini comme le fait de fournir des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu, d'autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes ou techniques spécifiques, aux fins de commettre l'une des [euro-infractions terroristes] en sachant que la formation dispensée a pour but de servir à la réalisation d'un tel objectif – art 7 de la directive.

²⁰⁸⁶ Défini comme le fait de recevoir, de la part d'une autre personne, des instructions pour la fabrication ou l'utilisation d'explosifs, d'armes à feu, d'autres armes ou de substances nocives ou dangereuses, ou pour d'autres méthodes ou techniques spécifiques, en vue de commettre l'une des [euro-infractions terroristes] ou de contribuer à sa commission (art. 8 de la directive).

²⁰⁸⁷ Art. 9 de la directive.

²⁰⁸⁸ Art. 10 de la directive.

financement, en tout ou partie, d'une des euro-infractions et avoir été délibérément fournis à cette fin²⁰⁸⁹. Enfin, le terrorisme dérivé comprend, de manière autonome, les faits de vol aggravé²⁰⁹⁰, extorsion²⁰⁹¹ et falsification de documents administratifs²⁰⁹² commis en vue de commettre une infraction terroriste et matériellement définis par renvoi au droit national.

510. Plusieurs fois modifié, le droit des infractions terroristes est désormais très exhaustif. Le décalage est grand avec le droit de la criminalité organisée qui ne connaît que deux incriminations et qui n'a jamais été modifié depuis sa première formulation.

II- La criminalité organisée

511. Définition préalable : l'organisation criminelle et association structurée²⁰⁹³ - L'Union européenne est la première organisation supranationale à avoir envisagé la criminalité organisée en tant que phénomène criminel à part entière, indépendamment des infractions commises. Criminalité protéiforme par nature, l'étape essentielle de l'action répressive a été de définir les éléments essentiels à son appréhension²⁰⁹⁴. Le premier est quantitatif : la criminalité organisée implique « plus de deux personnes ». Le second est d'ordre qualitatif : l'organisation criminelle doit être « association structurée », c'est-à-dire « une association qui ne s'est pas constituée au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôle formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée »²⁰⁹⁵ mais dont les membres « agiss[e]nt de façon concertée ». Le troisième élément est d'ordre temporel : l'association doit être « établie dans le temps ». Le quatrième est matériel, en ce qu'il se rapporte à l'objet de la structure : l'organisation criminelle s'est formée « en vue de

²⁰⁸⁹ Ainsi qu'il s'évince de la mention « avec l'intention qu'ils soient utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'une des infractions visées », Art. 11 de la directive.

²⁰⁹⁰ Art. 12 de la directive.

²⁰⁹¹ Art. 13 de la directive. La décision-cadre visait précédemment le chantage (art. 3, §2, e)).

²⁰⁹² Art. 14 de la directive.

²⁰⁹³ Art. 1 de la décision-cadre.

²⁰⁹⁴ L'action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne (JOUE L 351 du 29 décembre 1998) avait défini la notion d'« organisation criminelle » et déterminé un certain nombre de comportements liés devant être punissables. Elle a été abrogée par la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée (JOUE L 300 du 11 nov. 2008) se mettant à jour des apports de la convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000, conclue, au nom de la Communauté européenne, par la décision 2004/579/CE du Conseil (JOUE L 261 du 6 août 2004) qui s'était elle-même inspirée de l'action commune (En ce sens, FLORE, D., Droit pénal européen, précité, p. 136).

²⁰⁹⁵ Art. 1, §2 de la décision-cadre.

commettre des infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sureté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave²⁰⁹⁶ ». L'ultime élément tient au but poursuivi : « tirer directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel de la réalisation des infractions qu'elle commet²⁰⁹⁷ ». Cette définition est toutefois considérée comme trop large en ce qu'elle peut inclure des structures modestes occupées à de petits trafics, non exclusivement des organisations transnationales dont les activités constituent des menaces ou atteintes graves à la sécurité de l'État et/ou de la société²⁰⁹⁸.

512. Les infractions de la criminalité organisée : option d'incrimination – Cela étant précisé, les Etats membres ont la possibilité d'incriminer, alternativement ou cumulativement, deux types de comportement. La participation criminelle²⁰⁹⁹ est nécessairement « active » étant précisé que la participation à l'organisation, et non aux infractions commises par elle, suffit. L'incrimination englobe ainsi ce qui relève, en droit pénal français, de la complicité. On relèvera un dol « souligné », exigeant qu'il y ait eu « connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause ». La concertation criminelle, quant à elle, vise « le comportement de toute personne [ayant] conclu avec une ou plusieurs personnes un accord portant sur l'exercice d'une activité, qui, si elle était mise en œuvre, reviendrait à commettre les infractions relevant de l'article 1er²¹⁰⁰, même lorsque cette personne ne participe pas à l'exécution proprement dite de l'activité »²¹⁰¹. Infraction plus subjective que la participation criminelle, l'absence d'exigence d'une participation à l'organisation criminelle peut dérouter²¹⁰². On peut toutefois considérer que la conclusion d'un accord avec une organisation criminelle existante est, en soi, une forme de participation aux activités de celle-ci. Reste qu'assez étonnamment tout de même, dans un instrument relatif à la criminalité organisée, une des incriminations ne comporte aucune référence à l'organisation criminelle.

²⁰⁹⁶ Ainsi que l'avait déjà défini l'action commune, art. 1^{er}.

²⁰⁹⁷ Ainsi qu'il a été repris de la convention des Nations Unies, art. 2, a.

²⁰⁹⁸ FLORE, D., précité, p. 138.

²⁰⁹⁹ « Le fait pour toute personne de participer activement, d'une manière intentionnelle, et en ayant connaissance soit du but et de l'activité générale de l'organisation criminelle, soit de son intention de commettre les infractions en cause, à ses activités criminelles, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, en recrutant de nouveaux membres, ainsi que par toute forme de financement de ses activités, en sachant que cette participation contribuera à la réalisation des activités criminelles de cette organisation » (art. 2, a) de la décision-cadre.

²¹⁰⁰ Infractions punissables d'une peine privative de liberté ou d'une mesure de sureté privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave.

²¹⁰¹ Art. 2, b) de la décision-cadre.

²¹⁰² Notamment FLORE, D., précité, p. 136.

513. Si le terrorisme et la criminalité organisée sont assez notoirement les premiers centres d'intérêt sécuritaires de l'Union, l'exploitation de l'être humain viennent immédiatement ensuite. En attestent les cinq outils normatifs déjà adoptés en trois vagues normatives.

B- LA PROTECTION DE L'ETRE HUMAIN

514. *Des atteintes à l'intégrité à la protection de l'être humain* - Généralement, les infractions relatives à la personne la protègent contre deux types d'atteintes : les atteintes à l'intégrité physique ou psychique. Les euros-infractions protégeant les personnes comportent une dimension supplémentaire : la défense de la dignité humaine. C'est ce qui relie les formes d'exploitation de l'être humain (I), aux infractions exprimant racisme et xénophobie (III), et, quoique dans une moindre mesure, celles relatives au trafic de drogues (II).

I- L'exploitation de l'être humain

515. *Contexte législatif* – Deux formes d'exploitation de l'être humain font l'objet de la protection de l'Union depuis près de vingt ans. D'abord abordées de manière conjointe²¹⁰³, la traite des êtres humains (a) et l'exploitation sexuelle des enfants (b) ont rapidement été dissociées et appréhendées par des actes législatifs spécifiques²¹⁰⁴.

²¹⁰³ Action commune 97/154/JAI du 24 février 1997, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la traite d'êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants (JOUE L 63 du 04 mars 1997).

²¹⁰⁴ Aux fins de la lutte contre la traite des êtres humains, l'action commune de 97 (précitée) fut remplacée par la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 (JOUE L 203 du 1 août 2002), elle-même modifiée et abrogée par la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes (JOUE L 101 du 15 avril 2011 - BEAUVAIS, P., Droit pénal de fond : nouvelle directive sur la traite des êtres humains : Dir. 2011/36/UE du 5 avr. 2011 concernant la lutte contre la traite des êtres humains, RTDEur. 2011 p. 637 ; DE BIOLLEY, S., Chronique de Droit pénal de l'Union européenne, JDE 2011. 146).

Aux fins de la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et de la pédopornographie, De son côté, la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 (JOUE L 13 du 20 janv. 2004 – GAUTIER, Y., Adoption d'une décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, Europe 2004, n°3, comm. 73 ;) qui avait remplacé l'action commune de 1997 en ce domaine, a été remplacée par la directive 2011/92 du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie (JOUE L 335 du 17 déc. 2011).

a) La traite des êtres humains

516. *La traite des êtres humains « simple »* - En droit pénal de l'Union, la traite des êtres humains couvre un large éventail de comportements permettant la répression, d'une part, de l'ensemble des acteurs d'un trafic d'êtres humains et, d'autre part, des différents moyens d'asservissement²¹⁰⁵. La plus-value de la directive de 2011 est double. Elle se veut plus substantiellement harmonisatrice en substituant une alternative par une norme minimale : la décision-cadre laissait le choix aux Etats membres d'incriminer le trafic d'être humain à des fins d'exploitation du travail ou sexuel²¹⁰⁶ ; la directive précise désormais que « l'exploitation comprend, au minimum²¹⁰⁷, ... »²¹⁰⁸. Ainsi, et c'est son second apport, l'appréhension du trafic d'êtres humains n'est plus seulement envisagé dans un contexte d'exploitation du travail ou de la prostitution d'autrui mais a pris en compte les évolutions récentes de ce phénomène criminel en incluant d'autres formes d'exploitations, telles que l'exploitation de la mendicité²¹⁰⁹, d'activités criminelles²¹¹⁰, le trafic d'organes ou encore les réseaux d'adoptions ou de mariages forcés²¹¹¹.

517. *La traite des êtres humains aggravée* – Il s'évince de l'article 4 relatif aux sanctions que quatre cas de traites des êtres humains sont des formes « aggravées » de l'infraction²¹¹². La première hypothèse prend en compte la victime : les personnes particulièrement vulnérables et les enfants. La définition de la personne vulnérable, c'est-à-dire celle qui n'avait d'autre choix véritable ou acceptable que de se soumettre²¹¹³, est particulièrement peu satisfaisante. Exception faite de la précision, assez évidente du reste, selon laquelle la minorité est, *per se*, une forme de

²¹⁰⁵ L'infraction couvre aussi bien le recrutement, le transport, le transfert, que l'hébergement ou accueil de personnes, y compris l'échange ou le transfert du contrôle exercé sur ces personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre, à des fins d'exploitation (art. 2, §1 de la directive).

²¹⁰⁶ Art. 1, §1 deux derniers alinéas de la décision-cadre.

²¹⁰⁷ Nous soulignons.

²¹⁰⁸ Art. 2, §3 de la directive.

²¹⁰⁹ L'expression « mendicité forcée » s'entend de « toute forme de travail ou de service forcés tels que définis dans la convention n°29 de l'OIT concernant le travail forcé ou obligatoire de 1930. En conséquence, l'exploitation de la mendicité, y compris l'utilisation d'une personne à charge victime de la traite pour mendier, relève de la définition de la traite des êtres humains uniquement lorsque [en] sont réunis tous les critères » (point 11 du préambule de la directive).

²¹¹⁰ Par « exploitation d'activités criminelles », il faut comprendre « l'exploitation d'une personne en vue de commettre, entre autres, du vol à la tire, du vol à l'étalage, du trafic de drogue et d'autres activités analogues passibles de sanctions pénales et qui ont un but lucratif ».

²¹¹¹ Point 11 du préambule.

²¹¹² En effet, alors que le paragraphe 1 impose une sanction d'un maximum d'au moins cinq ans d'emprisonnement, le paragraphe 2 énumère quatre circonstances dans lesquelles le seuil minimal de la peine maximale est alors relevé à 10 ans.

²¹¹³ Art. 2, §2 de la directive.

vulnérabilité²¹¹⁴, la notion unioniste de vulnérabilité est quasi-tautologique : la vulnérabilité signifie que la personne concernée n'a pas d'autre choix véritable ou acceptable que de se soumettre à l'abus de sa situation de vulnérabilité. Deux circonstances suscitent une même interrogation : que l'infraction ait été commise dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre 2008/841/JAI ou que la victime ait été mise en danger, soumise à des violences graves ou ayant causé un préjudice particulièrement grave, on peut rester sceptique quant au fait que les comportements décrits puissent ne pas relever de ces circonstances aggravantes. Enfin, la dernière cause d'aggravation tiendra à la qualité de l'auteur de l'infraction, lorsque celui-ci est un agent de la fonction publique ayant agi dans l'exercice de ses fonctions²¹¹⁵.

518. Les euros-infractions relatives à la traite des êtres humains permettent donc d'appréhender très largement les diverses manifestations que peut prendre cette criminalité. C'est un esprit d'exhaustivité analogue qui domine la directive relative à l'exploitation sexuelle des enfants et à la pédopornographie.

b) L'exploitation sexuelle des enfants et criminalité associée

519. *L'enfant : définition* – Conformément à la convention sur les droits de l'enfant, le droit pénal de l'Union le définit comme « toute personne âgée de moins de dix-huit ans »²¹¹⁶. L'« enfant » n'est cependant pas un concept uniforme ; la directive distingue l'enfant ayant atteint la majorité sexuelle ou non²¹¹⁷, laquelle n'est pas fixée par la directive mais par renvoi au droit national de chaque Etat membre. Par ailleurs, la directive laisse aux Etats membres la possibilité de ne pas incriminer les comportements décrits lorsqu'ils se seraient déroulés « entre pairs »²¹¹⁸, et auront été dépourvues de tout caractère abusif²¹¹⁹.

²¹¹⁴ Art. 4, §2 a) de la directive.

²¹¹⁵ Le quantum de la peine est laissé à la discrétion des Etats membres puisqu'il n'est pas précisé.

²¹¹⁶ Art. 1, a) de la décision-cadre ; 2, a) de la directive.

²¹¹⁷ Voir sur cette question en particulier : WATTIER, La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et de la pédopornographie et la majorité sexuelle : la consécration d'une disparité, RID pén. 2006, n°77, p. 223 s.

²¹¹⁸ C'est-à-dire entre personnes d'âges proches et de développement ou de maturité physique ou psychologique semblable (art. 8 de la directive). Selon les infractions concernées, la directive ajoute d'autres conditions, telles que le fait que « l'enfant » ait atteint la majorité sexuelle, qu'il n'ait été ni rémunéré de quelque manière que ce soit, ou qu'il ait consenti possession du support visuel.

²¹¹⁹ Cette dernière condition restreint donc le champ d'application de cette dérogation optionnelle.

520. Les infractions – La directive incrimine désormais très largement les comportements liés aux abus sexuels – de l'exposition à des activités sexuelles²¹²⁰ à l'exercice d'abus²¹²¹, à l'exploitation sexuelle – des comportements qui la caractérisent directement à ceux qui l'alimentent²¹²² comme le fait d'être client de la prostitution infantile²¹²³ - et à la pédopornographie – du « pédopornostreaming »²¹²⁴ à la production de pédopornographie²¹²⁵. La directive tend à l'exhaustivité en visant très largement tout type de comportement simplement dangereux. Ainsi, la pédopornographie couvre tout type de représentation visuelle sexuelle impliquant un enfant, aussi bien les comportements sexuellement explicites - réels comme simulés - que les représentations d'organes sexuels, seulement, que l'enfant soit réel, réalistement virtuel ou qu'il s'agisse d'un adulte ayant l'apparence d'être un enfant²¹²⁶. En effet, qu'aucun enfant réel ne soit directement en péril n'ôte rien à la menace à laquelle ils sont exposés par une industrie qui entretient des déviances sexuelles pédophiliques. Autre exemple, la directive incrimine également la sollicitation à des fins sexuelles²¹²⁷. L'exhaustivité confine au dédoublement des incriminations ; la production de pédopornographie²¹²⁸, par exemple, semble nécessairement recouper celles

²¹²⁰ Art. 3, §2 de la directive.

²¹²¹ Art. 3, §4 (abus simples) et §5 (abus aggravés) de la directive.

²¹²² A savoir : le « pédoproxénétisme » (Art. 4, §5 et 6 de la directive) ; en tirer profit, y assister en connaissance de cause, faire participer un enfant à des « spectacles pornographiques » ou de le recruter à cette fin (art. 4, §2, §3 et §4 de la directive. Le spectacle pédopornographique est défini comme des exhibitions en direct, éventuellement aux moyens de technologies de la communication et de l'information, d'activités ou d'organes sexuels d'un enfant (art. 2, e) de la directive)

²¹²³ Art. 4, §7 de la directive, définie à l'article 1^{er}.

²¹²⁴ C'est-à-dire, l'accès en toute connaissance de cause à un contenu visuel pédopornographique par le biais des technologies de communication et de l'information (art. 5, §3 de la directive). « L'accès » vise manifestement ce que l'on nomme communément « streaming », le visionnage en ligne, en flux continu, sans téléchargement, lequel relèverait plutôt de l'acquisition ou de la détention.

²¹²⁵ Art. 5, §2, §4, §6 de la directive : les infractions liées à pédopornographie couvrent également l'acquisition, la détention, ou encore toute dissémination d'un support pédopornographique, onéreuse ou gratuite.

Le terme de « dissémination » est emprunté au Protocole additionnel à la convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, (Conseil de l'Europe, 28 janvier 2003, rapport explicatif), pour la synthèse qu'il permet de faire des différents mode de réalisation de l'infraction, à savoir : « la distribution, la diffusion, la transmission, le fait d'offrir, de fournir ou de mettre à disposition » (art. 5, §4 de la directive).

²¹²⁶ Art. 2, c) i à iv) de la directive. Dans le cas d'un adulte ayant l'apparence d'un enfant, les incriminations sont optionnelles – art. 5, §7 de la directive.

²¹²⁷ A savoir : - la sollicitation à des fins d'activités sexuelles, c'est-à-dire « le fait pour un adulte de proposer, au moyen des technologies de l'information et de la communication, une rencontre à un enfant qui n'a pas atteint la majorité sexuelle » à des fins d'atteintes ou d'agressions sexuelles ou de production de pédopornographie (Art. 6, §1 de la directive). Sans exiger qu'il y ait eu rencontre effective, la directive limite néanmoins l'infraction aux hypothèses où « la proposition a été suivie d'actes matériels conduisant à ladite rencontre ». Pour autant qu'il soit possible de caractériser les desseins sexuels en l'absence de rencontre effective, on ne voit pas bien la justification de l'exigence d'actes matériels conduisant à la rencontre.

-la sollicitation à des fins pédopornographiques c'est-à-dire le fait pour un adulte de solliciter un enfant qui n'a pas atteint la majorité sexuelle afin qu'il lui fournisse de la pédopornographie le représentant (art. 6, §2 de la directive).

²¹²⁸ Art. 5, §6 de la directive. On relèvera également que les Etats membres peuvent ne pas incriminer ce comportement lorsque le détenteur a lui-même produit le matériel pédopornographique, qu'il s'agit de pédopornographie virtuelle, usant d'images réalistes d'un enfant, et que cet acte ne comporte aucun risque de diffusion du matériel (art. 5, §7 de la directive).

d'exposer un enfant à des activités ou abus sexuels, aux atteintes et agressions sexuelles et au pédoproxénétisme.

521. Si l'exploitation de l'être humain porte directement atteinte aussi bien à l'intégrité physique et psychologique de la personne qu'à sa dignité humaine, d'autres formes de criminalité menacent cette dernière, tel le trafic de drogues illicites qui, tout en mettant en péril la santé humaine, exploite la dépendance, la vulnérabilité et, bien souvent, la détresse humaine.

II- Le trafic de drogues

522. *Les drogues illicites* – L'intitulé de la décision-cadre 2004/757²¹²⁹ relative au « trafic de drogues » n'est en réalité pas représentatif de son champ d'application réel qui couvre non seulement les drogues²¹³⁰, mais également, les précurseurs, substances fréquemment utilisées dans la fabrication illicite de stupéfiants²¹³¹, afin d'enrayer le phénomène criminel en amont du trafic de drogues *stricto sensu*.

523. *Les infractions relatives au trafic* – La décision-cadre incrimine quatre modalités du trafic de drogues en termes identiques à ceux de la convention des Nations Unies de 1988. Elle vise la fabrication, transport, distribution de drogues ou de précurseurs, mais également la production, extraction, préparation, offre, mise en vente, vente, livraison, courtage, expédition en transit, importation ou exportation de drogues²¹³². La culture de drogues est également

²¹²⁹ Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue (JOUE L 335 du 11 nov. 2004, p. 8–11).

²¹³⁰ L'article 1^{er} de la décision-cadre, ne définit pas, à proprement parler, ce que sont les drogues ou les stupéfiants mais renvoie la détermination des substances concernées à divers instruments juridiques les ayant énumérées et catégorisées :

a) la convention unique sur les stupéfiants de 1961 (telle que modifiée par le protocole de 1972) ;

b) la convention de Vienne sur les substances psychotropes de 1971. Sont également visées les substances mises sous contrôle dans le cadre de l'action commune 97/396/JAI du 16 juin 1997 relative à l'échange d'informations, à l'évaluation des risques et au contrôle des nouvelles drogues de synthèse.

²¹³¹ Également définie de manière procédurale, et par renvoi : il s'agit de « toute substance classifiée dans la législation communautaire donnant effet aux obligations découlant de l'article 12 de la convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988 ». Leur commerce pouvant être légal et légitime, à des fins pharmaceutiques, par exemple, il relève de la libre circulation des marchandises, sous étroite surveillance toutefois. Voir en particulier : Règlement (CE) n°273/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 relatif aux précurseurs de drogues (volet interne) et Règlement (CE) n°111/2005 du Conseil du 22 décembre 2004 fixant les règles pour la surveillance du commerce des précurseurs de drogues entre la Communauté et les pays tiers (volet externe).

²¹³² Art 2, §1, a) (drogues) et d) (précurseurs) de la décision-cadre « trafic de drogues ».

incriminée, mais ne concerne évidemment que les substances non chimiques que sont le pavot à opium, le cocaïer et la plante de cannabis²¹³³. Enfin, la détention ou l'achat de drogue ne sont des euro-infractions que dans la mesure où ils s'inscrivent dans un contexte de trafic, et non à des fins exclusives de consommation personnelle²¹³⁴. En effet, c'est bien uniquement le trafic de drogue, et non plus largement les infractions à la législation sur les stupéfiants, qui est l'objet de l'attention de l'Union. Renvoyant à la responsabilité des Etats membres²¹³⁵, cette abstention législative se révèle parfaitement cohérente avec une compétence pénale n'ayant pas de vocation généraliste mais qui ne trouve de justification et de légitimité que dans la nécessité d'une action commune pour lutter contre les formes graves et/ou transfrontières de criminalité, des caractéristiques absentes de la consommation personnelle de stupéfiants.

524. Si les euro-infractions jusqu'ici présentées sont toutes rattachables aux domaines de criminalité visés par l'article 83, §1 TFUE, tel n'est pas le cas des dernières qui seront présentées afin d'illustrer la protection de l'être humain. En effet, alors que la lutte contre le racisme et la xénophobie, hautement attentatoire à la dignité de l'humanité, était visée par l'ex-article 29 TUE, elle n'a pas été reprise à l'article 83, §1 TFUE et ne semble pas pouvoir relever de l'article 83, §2 TFUE dédié au rapprochement des infractions relevant d'une politique de l'Union. Le fait que la décision-cadre relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie soit toujours en vigueur justifie d'en présenter le contenu. En revanche, toute volonté d'y apporter des modifications conduira, en toute logique, le Conseil à préalablement adopter une décision l'identifiant comme un domaine de criminalité remplissant les critères des euro-infractions de l'article 83, §1 TFUE, ainsi que l'exige le dernier alinéa de cet article.

²¹³³ Art. 2, §1, b) de la décision-cadre «trafic de drogues».

²¹³⁴ Art. 2, §1, c), art. 2, §2 de la décision-cadre «trafic de drogues» et point 4 de son préambule.

²¹³⁵ Les législations nationales connaissent de grandes variations, s'agissant des drogues dites « douces » en particulier : le Danemark, par exemple, n'incrimine pas l'usage. Les Pays-Bas et l'Italie n'incriminent pas la détention ou l'acquisition, la Belgique, uniquement s'il est établi un état de dépendance. En Allemagne, les autorités publiques tolèrent, « *contra legem* », une consommation personnelle quand le Portugal et la Croatie ont opté pour des sanctions administratives. Voir les profils législatifs des Etats membres de l'« European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) » : <http://www.emcdda.europa.eu/countries>.

III- Le racisme et la xénophobie

525. *L'incitation publique à la violence ou à la haine* – Afin de protéger plusieurs valeurs fondatrices de l'Union²¹³⁶, la décision-cadre 2008/913 relative à la lutte contre le racisme et la xénophobie²¹³⁷ impose, d'une part, d'incriminer l'incitation publique à la violation ou à la haine²¹³⁸ visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion²¹³⁹, l'ascendance²¹⁴⁰, l'origine nationale ou ethnique, y compris « par diffusion ou distribution publique d'écrits, d'images ou d'autres supports »²¹⁴¹. Seule l'incitation publique, et non privée, est visée, sans que la frontière entre le public et le privé soit autrement précisée²¹⁴². En outre, on relèvera l'étonnante faculté de n'incriminer que les comportements qui sont exercés, soit d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, soit de manière menaçante, injurieuse ou insultante²¹⁴³, alors que l'incitation publique à la violence ou à la haine constitue intrinsèquement un risque de trouble à l'ordre public et est nécessairement menaçante²¹⁴⁴.

²¹³⁶ En ce sens, point 1 du préambule de la décision-cadre 2008/913. En effet le préambule du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne commence par « déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens »; la même idée de tolérance et d'égalité entre les peuples se retrouve dans le préambule du traité sur l'Union Européenne. Par ailleurs, l'article 2 TUE compte, parmi les valeurs de l'Union, le respect de la dignité humaine, l'égalité, le respect des droits de l'homme y compris ceux des personnes appartenant à des minorités. Le même article mentionne également le pluralisme, la tolérance et la non-discrimination comme des éléments caractéristiques, et communs, aux sociétés des Etats membres. Ces valeurs figuraient déjà dans les traités antérieurs (V. préambules des traités antérieurs, anc. art. 1 et 6 TUE).

²¹³⁷ Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal remplaçant l'action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'action contre le racisme et la xénophobie (JOUE L 32 du 6 déc. 2008).

²¹³⁸ L'incitation à la discrimination, également visée par l'action commune de 1996, n'a pas été reprise par la décision-cadre. En effet, la lutte contre la discrimination relevant du pilier communautaire (Ex-art. 13 TCE.), il n'était pas possible d'ériger ce comportement en euro-infraction sur la base exclusive de l'ancien titre VI TUE. Il aurait néanmoins été possible de définir l'infraction par une directive communautaire et pénalement l'incriminer par une décision-cadre du troisième pilier, ainsi qu'il a été fait pour l'aide à l'immigration illégale.

²¹³⁹ Définie comme « par référence [aux] convictions religieuses ou croyances » (préambule de la décision-cadre, point 8). Silencieuse quant à la distinction entre secte et religion, la décision-cadre renvoie donc la question aux droits nationaux.

²¹⁴⁰ Désigne les (groupes de) personnes descendantes de personnes qui pouvaient être identifiées au moyen de certaines caractéristiques, de race ou de couleur par exemple (point 7 du préambule de la décision-cadre). Etonnante, cette mention a pour objet de préserver les personnes qui, en raison de leur généalogie, peuvent faire l'objet de haine ou de violence.

²¹⁴¹ Art. 1^{er} de la décision-cadre. Quoique ni le corps du texte, ni le préambule ne le précisent, il convient certainement de se référer au protocole additionnel de la convention sur la cybercriminalité pour l'interprétation des notions de « diffusion » et de « distribution » (En ce sens, FLORE, D., précité, p. 158).

²¹⁴² Le rapport explicatif du protocole additionnel à la convention sur la cybercriminalité offre sur ce point un éclairage (en ce sens, FLORE, D., précité). « En premier lieu, ce qui importe est la volonté de l'émetteur du message de le transmettre à une personne déterminée. (...) En second lieu, en particulier lorsque ces messages sont envoyés à plusieurs récepteurs à la fois, le nombre de récepteurs et la nature de la relation entre l'émetteur et le récepteur sont des facteurs pertinents pour déterminer si une telle communication peut encore être considérée comme privée. Ainsi, « toute conversation ou expression privée communiquée ou transmise par le biais d'un système informatique ne rentre pas dans le champ d'application de cette disposition ». En revanche, échanger du matériel raciste et xénophobe dans un chat-room, le distribuer dans des newsgroups ou des forums de discussion, sont des exemples de mise à disposition du public d'un tel matériel ; celui-ci étant accessible à toute personne même lorsqu'il exigerait une autorisation par le biais d'un mot de passe (Rapport explicatif précité, §§29-31 - explications s/s art. 3).

²¹⁴³ Art. 1^{er}, §2 de la décision-cadre.

²¹⁴⁴ Insultante et injurieuse, avec moins d'évidence.

526. *Apologie, négation, banalisation grossière* – La décision-cadre érige, d'autre part, en euro-infraction l'apologie, la négation ou la banalisation grossière de crimes internationaux limitativement énumérés²¹⁴⁵ visant un « groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique »²¹⁴⁶. En retenant le terme d'apologie, le droit pénal de l'Union est sensiblement plus restrictif que la convention du Conseil de l'Europe ayant préféré l'approbation ou la justification²¹⁴⁷. L'apologie induit plus qu'une adhésion intellectuelle à quelque chose et comprend l'idée d'une défense, d'un éloge. En adoptant celui de « banalisation », et non de « minimisation »²¹⁴⁸, le droit pénal de l'Union a préféré se situer sur un terrain qualitatif, en emportant avec elle l'idée de faire passer des faits pour anodins, courants, ordinaires, « normaux », sans pour autant mettre en doute la réalité matérielle de ces derniers²¹⁴⁹. La même option d'incriminer que les comportements exercés d'une manière qui risque de troubler l'ordre public, ou qui sont menaçant, injurieux ou insultant est parfaitement tautologique dès lors que, d'une part, le risque de trouble à l'ordre public est l'une des conditions de punissabilité posée par la décision-cadre²¹⁵⁰, et que, d'autre part, on voit difficilement comment la tenue de tels propos pourrait ne pas être, si ce n'est menaçante, à tout le moins insultante et injurieuse.

527. *Conclusion du paragraphe* - Décevante à cet égard, la décision-cadre est surtout éminemment révélatrice de l'essence profonde du droit pénal communautaire : maintien de l'ordre public et sécurité intérieure, au moins dans ses manifestations « visibles ». Supposée combattre les « violations directes des principes de liberté, de démocratie, de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit »²¹⁵¹, la possibilité de circonscrire ces infractions au risque de trouble à l'ordre public, en particulier, déplace l'intérêt protégé de celui des personnes à l'ordre public, principalement dans son aspect sécuritaire. « Le

²¹⁴⁵ A savoir : ceux définis par l'article 6 de la charte du Tribunal militaire international annexée à l'accord de Londres du 8 août 1945, d'une part, et de crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale. L'article 1^{er}, §4 de la décision-cadre permet aux Etats membres de ne considérer comme de tels crimes que ceux ayant été établis par une décision de justice nationale et/ou internationale.

²¹⁴⁶ Art. 1^{er}, c) et d) de la décision-cadre.

²¹⁴⁷ Art. 6, §1 de la convention du Conseil de l'Europe de 2003.

²¹⁴⁸ Art. 6, §2, a) de la convention du Conseil de l'Europe de 2003.

²¹⁴⁹ La « minimisation grossière » consiste à réduire l'importance ou la valeur de quelque chose et induit, dans ce contexte, de nier l'importance quantitative des faits auxquels la minimisation se rapporte (en ce sens, FLORE, D., précité p. 158).

²¹⁵⁰ Art. 1^{er}, §1, d) de la décision-cadre qui vise « l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques (...) lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine (...) ».

²¹⁵¹ Préambule de la décision-cadre, point 1.

message implicite est : « vous pouvez dire tout le mal que vous voulez, pour autant que cela ne dégénère pas »²¹⁵². De même, la consommation personnelle de drogues n'est pas une euro-infraction²¹⁵³, pas plus que ne le sont les infractions liées à la pédopornographie lorsqu'elles ont été commises dans le cadre d'un usage privé, sans risque de diffusion du matériel pédopornographique²¹⁵⁴ ou que l'enfant n'en était pas un mais n'en avait que l'apparence²¹⁵⁵. Bien que ces infractions ne remplissent pas les critères de l'article 83, §1 TFUE (particulière gravité et caractère transfrontière ou besoin particulier d'agir sur des bases communes), ce genre d'exclusion ou d'incrimination facultative laisse la désagréable impression que l'essence profonde du droit pénal communautaire est moins un réel « espace de liberté, sécurité et de justice » pour les citoyens de l'Union que l'apparence que celui-ci existe.

C- LA PROTECTION DES BIENS

528. Nécessité législative – Le fait que l'article 83, §1 TFUE soit consacré aux formes particulièrement graves de criminalité n'exclut pas les atteintes aux biens. Globalement considérées comme moins graves que les atteintes à la personne humaine, certaines d'entre elles présentent, non seulement, un degré de gravité et de complexité rendant opportun d'adopter des bases communes, mais également des liens étroits avec d'autres formes de criminalité. Ainsi, le fait d'ériger la cybercriminalité (I) et le blanchiment de capitaux (II) en euros-infractions se justifie.

I- La cybercriminalité

529. Présentation générale - Non mentionnée dans les anciens articles 29 ou 31 TUE, les liens de la criminalité informatique avec diverses autres formes de criminalité expressément visées par les anciens traités expliquent la volonté politique d'adopter les instruments juridiques adéquats à sa répression autonome²¹⁵⁶. La démarche initiée par une communication²¹⁵⁷, concrétisée par une

²¹⁵² FLORE, D., précité, p 159.

²¹⁵³ Voir supra, n°523.

²¹⁵⁴ Art. 5, §8 de la directive « exploitation sexuelle des enfants ».

²¹⁵⁵ Art. 5, §7 de la directive « exploitation sexuelle des enfants ».

²¹⁵⁶ Indépendamment de toute autre infraction commise via ou à l'aide d'un support informatique de toute nature, en matière de faux monnayage, de criminalité organisée ou de terrorisme, par exemple.

décision-cadre²¹⁵⁸ s'est poursuivie avec la directive 2013/40²¹⁵⁹ qui, en raison de la sophistication croissante d'une criminalité qui peut menacer gravement les intérêts publics²¹⁶⁰, a renforcé l'arsenal répressif de l'Union en créant deux nouvelles infractions. Cependant, tous les comportements décrits et incriminés ne peuvent être punissables que s'ils ont été commis « sans droit »²¹⁶¹, élément contextuel qui ménage une marge de licéité pour les actes qui s'inscriraient dans une compétence légale ou professionnelle et légitime²¹⁶².

530. Les infractions – Hors de telles circonstances, toute forme d'intrusion dans un système informatique sera constitutive d'une infraction qu'il s'agisse du simple accès illégal à tout ou partie d'un système²¹⁶³ à l'atteinte l'intégrité des données²¹⁶⁴ en passant par l'atteinte portée à l'intégrité d'un système²¹⁶⁵, selon différents modes opératoires²¹⁶⁶ couvrant l'éventail des logiciels et autres procédés malveillants²¹⁶⁷. La directive érige également en infraction autonome, d'une part, un mode opératoire souvent utilisé dans un plan d'attaque informatique : l'interception de données, effectuée avec intrusion ou au moyen de l'utilisation de dispositifs d'écoutes ou de logiciels ou processus espions²¹⁶⁸, et d'autre part, la complicité de cyber-euro-infractions, en incriminant toute fourniture (de la production à la mise à disposition) de moyens (des programmes informatiques

²¹⁵⁷ Communication « créer une société de l'information plus sûre en renforçant la sécurité des infrastructures de l'information et en luttant contre la cybercriminalité » - (COM[2000] 890 final).

²¹⁵⁸ Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, JOUE L 69 du 16.3.2005, p. 67–71.

²¹⁵⁹ Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil JOUE L 218 du 14 août 2013, p. 8–14.

²¹⁶⁰ V. point 5 du préambule de la directive.

²¹⁶¹ Définie par l'art. 2, d) de la directive comme le défaut d'autorisation du propriétaire, d'un autre titulaire de droits ou du droit national.

²¹⁶² Le rapport explicatif de la convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001, qui comprend une mention analogue, précise que cette expression renvoie surtout « à un comportement qui ne repose sur aucune compétence (législative, exécutive, administrative, judiciaire, contractuelle ou consensuelle) ». Elle exclut les agissements motivés, par exemple, par « un but de maintien de l'ordre public, de protection de la sécurité nationale ou dans le cadre d'une instruction pénale » ou encore « les activités légitimes et ordinaires inhérentes à la conception des réseaux ainsi que les pratiques d'exploitation ou de commerce légitimes et ordinaires » (point 38).

²¹⁶³ Art. 3 de la directive.

²¹⁶⁴ Art. 6 de la directive. La notion de « données informatiques » recouvre « une représentation de faits, d'informations ou de concepts sous une forme qui se prête à un traitement informatique, y compris un programme de nature à faire en sorte qu'un système d'information exécute une fonction » (art. 2, b) de la directive).

²¹⁶⁵ Art. 4 de la directive.

²¹⁶⁶ En introduisant, en transmettant, en endommageant, en effaçant, en détériorant, en altérant, en supprimant ou en rendant inaccessibles des données informatiques.

²¹⁶⁷ Ainsi, un « cheval de Troie » est un procédé malveillant utilisant un logiciel dont l'apparence légitime permettra d'introduire une « charge utile » qui pourra avoir pour effet d'altérer, de supprimer, de détourner, etc... des données. Un vers est un autre type de logiciel malveillant dont la propriété est de se reproduire de manière autonome et qui, à l'image d'un virus ou d'un cheval de Troie, pourra poursuivre différents résultats dommageables. En revanche, une bombe de décompression (dont le but est de ralentir), un logiciel espion (dont le but est de collecter des informations) ou encore les DoS (attaques par déni de service qui consistent en la paralysation d'un système, par quelque mode que ce soit) ne viseront alternativement ou cumulativement que certains des résultats énumérés.

²¹⁶⁸ Art. 6 et point 9 du préambule de la directive.

conçus ou adaptés pour permettre la commission d'une cyber-euro-infraction, comme des données permettant d'accéder à tout ou partie d'un système d'information) dans l'intention de commettre l'une des euros-cyber-infractions²¹⁶⁹, ce, afin de ne pas couvrir les faits qui auraient une finalité légitime, notamment tester la fiabilité de produits.

II- Le blanchiment

531. Contexte législatif - Le blanchiment de capitaux a été défini par le droit de l'Union avant même l'adoption du traité de Maastricht. Cependant, faute, à l'époque, de pouvoir « légiférer » dans le champ pénal, c'est sur le fondement de la régulation de la libre circulation des capitaux et des services financiers, qu'une première directive fût adoptée²¹⁷⁰. Cette affiliation au marché intérieur, qui a perduré jusqu'au traité de Lisbonne²¹⁷¹, était cependant quelque peu artificielle, ou à tout le moins, opportuniste²¹⁷². En effet, si le blanchiment de capitaux est une forme de criminalité grave, cela tient probablement plus de ce qu'elle alimente des formes de criminalité plus graves encore, que de ce qu'elle utilise un système financier sans le mettre structurellement et directement en danger²¹⁷³. Pour autant que depuis 1991, des directives de l'ex-premier pilier ont successivement « défini » le blanchiment en énumérant les comportements qui le matérialise²¹⁷⁴, la prévision de sanctions pénales dût attendre l'adoption du Traité d'Amsterdam et d'une décision-cadre du troisième pilier.

532. La sanction pénale du blanchiment par le droit de l'Union par renvoi au droit du conseil de l'Europe – Le combiné directive/décision-cadre est toujours la base légale de l'euro-

²¹⁶⁹ Art. 7 de la directive et point 16 du préambule de la directive.

²¹⁷⁰ Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (JOUE L 166 du 28 juin 1991), telle que modifiée par la directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 (JOUE L 344 du 28 déc. 2001).

²¹⁷¹ En effet, bien que le plan d'action de Vienne et les conclusions de Tampere s'y intéressèrent en raison de ses liens étroits avec des formes de criminalités spécifiquement visées par le traité, le blanchiment de capitaux ne figurait pas parmi les articles 29 ou 31 TUE du traité d'Amsterdam. Il figure désormais à l'article 83, §1 TFUE.

²¹⁷² Le pilier communautaire présentait l'intérêt d'une plus grande normativité des actes adoptés sans le désavantage de la règle de l'unanimité.

²¹⁷³ Voir, en particulier : considérant 3 du préambule de la directive 91/308/CEE.

²¹⁷⁴ L'élément matériel du blanchiment est protéiforme ; trois types de comportement sont incriminés : la conversion ou le transfert des biens dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans cette activité à échapper aux conséquences juridiques de ses actes, d'une part, la dissimulation ou de leur nature, origine, emplacement, disposition, mouvement ou propriété réelle, d'autre part, et enfin l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens provenant, directement ou indirectement, d'une activité criminelle. Si comme toute infraction du droit pénal communautaire, les comportements doivent être intentionnels pour être punissables, l'exigence de la connaissance de l'origine criminelle des biens et la volonté de la dissimuler est néanmoins soulignée.

infraction qu'est le blanchiment de capitaux : la directive l'interdit mais n'exige qu'une sanction efficace, proportionnée et dissuasive²¹⁷⁵, la décision-cadre 2001/500²¹⁷⁶ prévoit des sanctions plus précises. Celle-ci n'est cependant pas le complément des directives communautaires, auxquelles il n'est fait aucune référence d'ailleurs, mais celui de la convention du Conseil de l'Europe²¹⁷⁷ à laquelle elle renvoie pour la définition des infractions²¹⁷⁸. Il en résulte que la détermination des sanctions prévues est difficilement compréhensible : il s'évince du complexe jeu de renvois entre le décision-cadre et la convention²¹⁷⁹ que le blanchiment du produit des infractions punies d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de plus d'un an ou d'un minimum de plus de six mois doit être sanctionné d'une peine d'un maximum d'au moins quatre ans²¹⁸⁰.

533. Conclusion du paragraphe - A l'issue de cette présentation des euro-infractions du droit pénal communautaire, l'identité pénale de l'Union européenne peut-être mieux précisée. Le droit pénal communautaire répond parfaitement au modèle pénal autoritaire, centré sur la protection de l'ordre public orchestrée par l'autorité publique. « très soucieu[x] de la cohésion de la communauté et de ses valeurs fondamentales comme la vie, l'intégrité de la personne ou le patrimoine »²¹⁸¹, ce modèle exprime sa spécificité notamment au regard des choix d'incrimination, en visant, en particulier, les comportements déviants/ou dangereux. Ces caractéristiques s'expriment particulièrement bien à travers cette branche du droit pénal spécial de l'Union qui incrimine, d'une part, des atteintes aux valeurs de l'Union et non à ces objectifs, et d'autre part, des comportements déviants, telles l'exploitation sexuelle des enfants ou la traite des êtres humains - ou dangereux, tels la provocation publique à la haine raciale, le trafic de drogues ou le financement du terrorisme entre autres exemple. Ce caractère autoritaire, le droit pénal

²¹⁷⁵ Art. 58 de la directive 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n°648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 (JOUE L309 du 25 nov. 2005), telle que modifiée par les directives 2007/64/CE du 13 nov. 2007 (JOUE L 319 du 5 déc. 2007), 2008/20/CE du 11 mars 2008 (JOUE L 76 du 19 mars 2008) 2009/110/CE du 16 sept. 2009 (JOUE L 267 du 10 oct. 2009) et 2010/78/UE du 24 nov. 2010 (JOUE L 331 du 15 déc. 2010), ayant elle-même abrogé la directive 91/308/CEE précitée.

²¹⁷⁶ Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JOUE L 182 du 5 juill. 2001).

²¹⁷⁷ Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime du 8 novembre 1990, remplacée par la convention homonyme du 16 mai 2005.

²¹⁷⁸ Art. 6, §1, points a) et b) la convention - On observera cependant que les infractions de la convention visées sont presque mots pour mots que celles des directives, y compris pour ce qui concerne les diverses formes de participation à l'infraction (participation, incitation, facilitation, aide, tentative, etc...).

²¹⁷⁹ En effet, l'article 2 de la décision-cadre renvoie à l'article 6, §1 a) et b) de la convention tel qu'il résulte de l'article 1 er, b) de la décision-cadre renvoyant lui-même à la convention.

²¹⁸⁰ Par combinaisons des articles suscités.

²¹⁸¹ PRADEL, J., Droit pénal comparé, n°670.

communautaire le partage, sous un autre aspect cependant, avec la seconde sous-branche du droit pénal spécial de l'Union : le droit communautaire pénal.

§3- L'EDIFICATION D'UN DROIT COMMUNAUTAIRE PENAL

534. *Logique de classification* – Bien qu'elles soient disséminées dans les traités et les actes de droit dérivé, les infractions du droit communautaire pénal ont pour point commun de protéger les intérêts et les politiques de l'Union, et non des Etats membres. C'est en s'appuyant sur ceux-ci que l'on peut catégoriser les infractions du droit communautaire pénal en trois branches principales protégeant respectivement les intérêts financiers de l'Union (A), des politiques de l'Union (B) ou encore de l'autorité de l'Union (C). Un examen exhaustif ne présentant pas nécessairement d'intérêt, les infractions choisies permettront d'illustrer la présente section, et de faciliter l'appréhension des suivantes.

A- LA PROTECTION DU SYSTEME FINANCIER DE L'UNION

535. *Contexte législatif général* - L'institution des Communautés puis de l'Union a nécessité la mise en place du système financier nécessaire à son fonctionnement, un système d'autant plus complexe et titanesque que l'Union a mis place d'importantes aides financières pour divers opérateurs économiques. Sans surprise, elle s'est rapidement retrouvée confrontée aux problèmes de fraudes et à la corruption²¹⁸². Les premières actions, initiées par le truchement du droit national, n'ayant eu les effets escomptés compte tenu, notamment, de la faible implication des Etats membres qui percevaient la problématique comme leur étant extérieur²¹⁸³, une approche centralisée fut convenue. Les contours de la notion d'atteintes aux intérêts financiers ont été d'abord tracés par la définition de la fraude aux intérêts financiers par la convention du 26 juillet

²¹⁸² La part détournée du budget de l'Union est généralement évalué à 1,5%, (BRUNET, C., La protection des intérêts financiers des Communauté européennes, th. dactyl., Université Lyon III, 2003, p. 104 ; 1, 4% pour JEAN-PIERRE, D., « la lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics », in Commentaire des dernière conventions internationale ratifiées par la France, D.2000, p. 307 ; pour DOUAT, E., elle oscillerait entre 0.8 et 2.2% : Préface in GARCIN, E., « la répression de la fraude au préjudice du budget communautaire, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2004, p. 4) soit plus ou moins 1 milliards d'euros par an (<http://www.economie.gouv.fr/dnlf/presentation-lolaf-office-europeen-lutte-contre-fraude>).

²¹⁸³ CATALA, N., Rapport d'information n°1948, Lutter contre la fraude : un impératif pour la Communauté, Assemblée nationale, délégation pour l'Union Européenne.

1995²¹⁸⁴ (I), reprise par les instruments de lutte contre la corruption (II). Entendu plus largement, la protection des intérêts financiers inclut la protection du système financier dans son ensemble, à commencer par la sécurité de la monnaie et des autres moyens de paiement (III), dès lors qu'aucun système financier ne peut prospérer sans la confiance de ses usagers à son égard.

I- La fraude aux intérêts financiers

536. *Présentation générale* - La fraude aux intérêts financiers peut être définie en empruntant au règlement 2988/95²¹⁸⁵ ce qu'il qualifie d'« irrégularités », c'est-à-dire « toute violation d'une disposition du droit communautaire résultant d'un acte ou d'une omission d'un opérateur économique qui a ou aurait pour effet de porter préjudice au budget général des Communautés ou à des budgets gérés par celles-ci, soit par la diminution ou la suppression de recettes provenant des ressources propres perçues directement pour le compte des Communautés, soit par une dépense indue »²¹⁸⁶. La directive²¹⁸⁷ destinée à remplacer la convention de 1995²¹⁸⁸, quant à elle, contient les incriminations ci-après présentées et entrant toutes dans la définition générique du règlement.

537. *Les infractions de fraudes* – Au-delà de l'apparente complexité des infractions constituant une fraude aux intérêts financiers de l'Union, on remarquera rapidement qu'en réalité trois comportements, seulement, sont érigés en infractions, quadruplé selon l'objet de l'atteinte : les dépenses liées ou non à une passation de marché public, les recettes de l'Union et la TVA²¹⁸⁹. Le premier comportement incriminé concerne l'utilisation ou à la présentation de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets²¹⁹⁰. Le second vise la non-communication d'une

²¹⁸⁴ Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, Acte du Conseil, 26 juillet 1995 ; JOUE 27 nov. 1995.

²¹⁸⁵ Règlement (CE, EURATOM) n°2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOUE L 312, 23 déc. 1995).

²¹⁸⁶ Art. 1, §2 du règlement n°2988/95 précité.

²¹⁸⁷ Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal (JOUE L 198 du 28 juill. 2017).

²¹⁸⁸ Acte du Conseil du 26 juillet 1995 établissant la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOUE C 316 du 27 nov. 1995).

²¹⁸⁹ Art. 2, §2 de la directive « PIF ».

²¹⁹⁰ i) des art. 3, §2, a), b), c) et d) de la directive « PIF ». Antérieurement : 1^{ème} tiret des art. 1, a) et b) de la convention « PIF ».

information en violation d'une obligation spécifique²¹⁹¹. Le dernier incrimine le détournement de fonds, d'avoirs, d'avantages ou de TVA²¹⁹². L'adoption de la directive semble s'accompagner d'une autre extension que l'inclusion de la fraude à la TVA : les infractions ne semblent plus exiger de résultat préjudiciable – une diminution des recettes ou une augmentation des dépenses de l'Union – qui était antérieurement expressément exigé par le texte ou nécessairement induit par le comportement infractionnel²¹⁹³. De manière distincte, la directive incrimine le détournement de fonds ou d'avoirs confiés en gestion à un agent public²¹⁹⁴.

538. Initiée par la convention et le règlement de 1995, l'action de l'Union contre les atteintes à ses intérêts financiers s'est rapidement étendue à la répression de la corruption publique.

II- La corruption publique

539. *Autonomisation de la corruption publique* - Les Etats membres étant « conscients du fait que les intérêts financiers des Communautés européennes peuvent être atteints ou menacés par d'autres infractions »²¹⁹⁵, la catégorie des fraudes aux intérêts financiers fut étendue à la corruption active et passive de fonctionnaires²¹⁹⁶ communautaires comme nationaux²¹⁹⁷. Exigeant une atteinte effective ou potentielle aux intérêts financiers de l'Union, tel est le bien juridique premier protégé par l'action de l'Union en ce domaine²¹⁹⁸ justifiant donc le rattachement de cette infraction au droit communautaire pénal dans le cadre du présent paragraphe.

²¹⁹¹ ii) des art. 3, §2, a), b), c) et d) de la directive « PIF ». Antérieurement : 2^{ème} tiret des art. 1, a) et b) de la convention « PIF ».

²¹⁹² iii) des art. 3, §2, a), b), c) et d) de la directive « PIF ». Antérieurement : 3^{ème} tiret des art. 1, a) et b) de la convention « PIF ».

²¹⁹³ Si la dernière infraction, qui consiste en « le détournement de fonds à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été initialement octroyés » ne mentionne pas cette exigence, il convient cependant de la considérer comme implicitement exigée dans la mesure où « le détournement consiste en une mauvaise utilisation des fonds qui, par hypothèse, bien que licitement octroyés, ont été par suite dissipés ou utilisés à d'autres fins que celles pour lesquelles ils ont été versés. De tels détournements peuvent être considérés comme équivalant à une rétention induite » (Rapport explicatif de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes -Texte approuvé par le Conseil le 26 mai 1997, JOUE C 191 du 23 juin 1997).

²¹⁹⁴ Art. 4, §3 de la directive « PIF ».

²¹⁹⁵ Préambule du protocole additionnel du 27 septembre 1996 à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JOCE C 313 du 23 oct. 1996), prochainement remplacé par la directive « PIF ».

²¹⁹⁶ Protocole du 27 septembre 1996 précité. ; incriminations précisées et modifiées par le deuxième protocole du 19 juin 1997 à la convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union Européenne (JOCE C 195, 25 juin 1997), prochainement remplacé par la directive « PIF ».

²¹⁹⁷ Art. 4, §4 de la directive « PIF ».

²¹⁹⁸ Art. 3, §2, 4, §2 et §3 de la directive « PIF ». Dans le même sens antérieurement : art. 2, §1 et 3, §1 du protocole de 1996.

540. *Un binôme d'infractions en miroir : corruption active ou passive* - La corruption publique active est définie comme le fait « promettre, de proposer, ou de donner, directement ou par l'intermédiaire de tiers, un avantage, de quelque nature que ce soit, à un agent public, pour lui-même ou pour un tiers, pour que cet agent public accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte relevant de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union »²¹⁹⁹. En écho, la corruption passive consistera le fait, pour un agent public, directement ou par interposition de tiers, de solliciter ou de recevoir des avantages, de quelque nature que ce soit, pour lui-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse, pour accomplir ou ne pas accomplir un acte relevant de sa fonction ou un acte dans l'exercice de sa fonction qui porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte aux intérêts financiers de l'Union²²⁰⁰. L'élément matériel des infractions comporte donc deux éléments : l'un relatif à l'avantage – promis, donné, sollicité ou accepté - suivi d'un autre relatif à la contrepartie – accomplir « un acte de [la] fonction ou un acte dans l'exercice de [la] fonction ».

541. La fraude et la corruption porte directement atteinte aux intérêts financiers de l'Union. Elles ne sont pas les seules. Une autre forme de criminalité les menace également, moins directement, en portant atteinte au système financier dans son ensemble.

III-La contrefaçon des moyens de paiement

542. *Affiliation au droit communautaire pénal* - Bien que la contrefaçon des moyens de paiement n'était pas visée par l'ex-article 29, TUE, il fut entendu qu'elle pouvait être incluse dans une acception large de la « criminalité financière » contre laquelle le Conseil entendait agir²²⁰¹. L'euro relevait du premier pilier, mais l'appréhension plus large du faux-monnayage, dans une Union ne comprenant pas comme unique monnaie la « monnaie unique », d'une part, et le fait que la contrefaçon des moyens de paiement ne se limite pas qu'au faux-monnayage et constitue une forme globale de criminalité grave et transfrontière, d'autre part, justifiaient amplement le rattachement au troisième pilier. Relevant désormais de la compétence pénale autonome de

²¹⁹⁹ Art. 4, §2, b) de la directive « PIF ». Dans le même sens antérieurement : art. 3 du protocole de 1997.

²²⁰⁰ Art. 4, §2, a) de la directive « PIF ». Dans le même sens antérieurement : art. 2 du protocole de 1997.

²²⁰¹ Point 48 des conclusions du conseil européen de Tampere.

l'Union²²⁰², cette forme de criminalité est néanmoins classée dans le droit communautaire pénal dans la mesure où elle concourt à la protection des intérêts (financiers) de l'Union. En effet, l'objectif premier de cet ensemble législatif est très clairement la protection de l'euro²²⁰³, aussi bien sous forme d'espèces « sonnantes et trébuchantes » comme en flux dématérialisé ; la protection des autres monnaies n'étant qu'une préoccupation subsidiaire²²⁰⁴.

543. Contrefaçon de l'euro et des autres monnaies - Les incriminations désormais contenues par la directive 2014/62²²⁰⁵ n'ont jamais rien eu de novatrices, n'ayant fait que reprendre celles contenues par la convention de 1929²²⁰⁶ afin de les rendre applicables à l'union monétaire²²⁰⁷. Une première infraction réprime toute fabrication de fausse monnaie, par production originale ou altération, quel que soit le moyen employé²²⁰⁸. Une seconde vise sa mise en circulation qui ne peut être constitutive d'une infraction pénale qu'à la condition qu'elle soit frauduleuse²²⁰⁹. La directive incrimine ensuite le « trafic de fausse monnaie »²²¹⁰ (importer, exporter, transporter, recevoir ou se procurer de la fausse monnaie). Le dol général souligné (« en sachant qu'elle est fausse ») et le dol spécial mentionné (« dans le but de la mettre en circulation »)²²¹¹ offrent ainsi une défense aux malheureux exportateurs ou importateurs de fausse monnaie qui, ignorant la contrefaçon, sont plus victimes que délinquants. Enfin, sont érigés en infractions des comportements liés aux moyens de fabrication de fausse monnaie. Fabriquer, réceptionner, se procurer ou posséder, soit, tout procédés destinés par nature au faux-monnayage (instruments, objets, programmes ou données informatiques, par exemple), soit, tout élément servant à protéger la monnaie de la

²²⁰² Art. 83, §1 TFUE.

²²⁰³ En effet, le paragraphe unique faisant office de préambule de la directive 2014/62, est exclusivement centrée sur la problématique de la contrefaçon de l'euro et du préjudice financier qui en résulte. Le préambule de la décision-cadre remplacée allait également en ce sens.

²²⁰⁴ Mais néanmoins imposée par le principe de non-discrimination énoncé l'article 5 de la Convention de 1929, prescrivant une répression identiquement sévère de la falsification de toute monnaie. Partant, à l'image des Etats parties à la convention, contraint de sanctionner de manière identique la contrefaçon de leur devise et des devises étrangères, l'Union (dont tous les Etats membres sont partis à ladite convention) ne pouvait intervenir que contre le faux-monnayage de l'euro, et non de toute monnaie.

²²⁰⁵ Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon (JOUE L 151 du 21 mai 2014), et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil, du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (JOUE L 140 du 14 juin 2000), telle que modifiée par la décision-cadre 2001/888/JAI du 6 décembre 2001 (JOUE L 329 du 14 déc. 2001).

²²⁰⁶ Convention internationale pour la répression du faux monnayage du 20 avril 1929.

²²⁰⁷ En ce sens : préambule de la décision-cadre, mais surtout : Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et à la Banque centrale européenne - Protection de l'euro - Lutte anti-contrefaçon [COM/98/0474 final], p.12 et Résolution du Conseil du 28 mai 1999 visant à renforcer le cadre pénal pour la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (1999/C 171/01), JOUE C 171 du 18 juin 1999.

²²⁰⁸ Art. 3, §1, a) de la directive 2014/62.

²²⁰⁹ Art 3, §1, b) de la directive 2014/62.

²²¹⁰ FLORE, D., Droit pénal de l'Union Européenne, Larcier, 2009, p. 191.

²²¹¹ Art. 3, §1 c) de la directive 2014/62.

falsification (dispositifs de sécurité tels que les hologrammes et filigranes)²²¹² doivent être incriminés. Dernière précision, la notion de faux-monnayage comprend aussi bien la production originale de monnaie contrefaite que la production illicite de vraie monnaie²²¹³, c'est-à-dire des pièces ou de billets qui n'ont pas encore été émis mais qui sont destinés à l'être²²¹⁴.

544. Contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces - Complétant la protection du système financier de l'Union, la décision-cadre 2001/413²²¹⁵ vise à protéger les moyens de paiement autres que les espèces, tels que les cartes bancaires, les chèques, les chèques de voyages ou encore les lettres de change²²¹⁶. La décision-cadre commence naturellement par imposer l'incrimination de l'appropriation frauduleuse (vol ou obtention illégale) et de la contrefaçon (ou falsification) frauduleuse d'instruments de paiements. Deux incriminations sont des infractions de conséquence, prenant appui sur les deux précédentes qui en sont alors une condition préalable²²¹⁷ : le « trafic » (« recevoir, obtenir, transporter, vendre ou céder à un tiers ou détenir ») ou une simple utilisation frauduleuse d'instruments de paiements frauduleusement obtenus ou contrefaits. En raison de la dématérialisation des flux monétaires, l'article 3 de la décision-cadre est consacré aux infractions liées à l'utilisation de l'informatique. Toutefois, quoiqu'intitulé au pluriel, il n'y a qu'une seule infraction (« effectuer ou faire effectuer un transfert d'argent ou de valeur monétaire, causant ainsi de manière illicite une perte de propriété à un tiers ») pouvant être réalisée selon deux modes opératoires : soit « en introduisant, altérant, effaçant ou supprimant des données informatiques(...) », soit « perturbant le fonctionnement d'un logiciel ou d'un système informatique ». L'élément matériel portant sur la réalisation d'un transfert d'argent ou de valeur monétaire préjudiciable²²¹⁸, un dol spécial (« dans le but de procurer un avantage économique illégal ») est mentionné, quoiqu'il ne soit pas nécessaire

²²¹² Art. 3, §1, d) de la directive 2014/62.

²²¹³ Autrement dit, elle étend ainsi le champ d'application des infractions définies lorsqu'il s'agit des billets de banque ou des pièces de monnaie fabriqués en utilisant des installations ou du matériel légaux, en violation des droits ou des conditions en vertu desquels les autorités compétentes peuvent émettre des pièces ou des billets (art. 4 de la décision-cadre).

²²¹⁴ Cette circonstance était spécifiquement destinée à la protection de la future nouvelle monnaie (point 8 et 9 du préambule de la décision-cadre 2000/383) mais n'a pas perdu toute utilité du fait de la mise en circulation de celle-ci, notamment en cas de nouvelles adhésions à l'union monétaire.

²²¹⁵ Décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces, JOUE L 149 du 2 juin 2001.

²²¹⁶ Art. 2 de la décision-cadre. L'art. 1^{er} de la décision-cadre définit les moyens de paiement autres que les espèces comme « tout instrument corporel (...) qui permet (...) d'effectuer un transfert d'argent ou de valeur monétaire (...) et qui est protégé contre les imitations ou les utilisations frauduleuses ».

²²¹⁷ « Un instrument de paiement volé ou obtenu illégalement, faux ou falsifié ».

²²¹⁸ « Causant ainsi de manière illicite une perte de propriété ».

d'établir l'effectivité du profit recherché²²¹⁹. Enfin, est incriminée de manière autonome toute aide à la contrefaçon de moyens de paiements, qu'il s'agisse de fabriquer, recevoir, obtenir, vendre, céder ou détenir illégalement, tout moyen (instruments, outils ou logiciels, notamment) permettant de commettre les infractions précédemment évoquées.

545. Eriger la protection pénale des intérêts financiers de l'Union comme sous-branche du droit pénal de l'Union n'a rien de révolutionnaire ; l'ouverture des compétences des Communautés au domaine pénal était notamment motivée par ce besoin normatif. Aborder la protection pénale des politiques de l'Union comme une sous-branche à part entière, suffisamment étoffée pour être catégorisée comme telle, peut être plus étonnant dans la mesure où ce n'est que depuis le traité de Lisbonne que l'Union est officiellement compétente en ce domaine.

B- LA PROTECTION DES POLITIQUES DE L'UNION

546. *Logique de structuration* - Alors que, jusqu'en 2005, l'Union n'aurait jamais prétendue s'intéresser au domaine pénal qu'à des fins d'amélioration de la coopération pénale, il est désormais acté son besoin normatif d'assurer le respect de ses politiques par la menace pénale. Cette sous-branche du droit communautaire peut être structurée en regroupant les infractions en autant de sous-catégories qu'il y a de politiques unionistes ayant fait l'objet d'une mesure d'accompagnement pénal. Afin de ne faire qu'illustrer la démarche de structuration, sans verser dans une exhaustivité dépourvue de toute autre finalité, on ne s'intéressera qu'à la protection du marché intérieur (I), de la libre circulation des personnes (II) et de l'environnement (III).

I- La protection du marché intérieur

547. *Définition et présentation du droit de la protection pénale du marché intérieur* – Le droit de la protection pénale du marché intérieur s'entend comme toutes les euro-infractions pénales par nature remplissant les conditions de l'article 83, §2 TFUE : garantir le respect d'une politique de l'Union ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation. S'il n'est pas étonnant que

²²¹⁹ Il n'est mentionné que « dans le but de procurer un avantage économique illégal » et non « ayant procuré... ».

l'Union ait souhaité faire bénéficier l'un des objectifs premiers de la construction européenne de la protection du droit pénal, il est plus étonnant de constater que celle-ci ne soit pas uniquement constituée des abus de marché, seules euro-infractions adoptées sur la base de l'article 83, §2 TFUE. L'euro-incrimination de la corruption privé et les euro-infractions portant atteintes à la concurrence relèvent elles aussi de la protection pénale du marché intérieur, bien que l'une relève de l'article 83, §1 TFUE et que l'autre, de dispositions primaires spéciales et prétendument non pénales.

a) Les atteintes à la concurrence

548. *Première approche* - Le droit de la concurrence est une discipline juridique à part entière, technique et sophistiquée, notamment en ce qu'elle est composée d'infractions aux règles substantielles du droit de la concurrence, d'une part, et des infractions aux procédures d'enquêtes de la Commission, d'autre part. S'agissant d'explorer les infractions protégeant le marché intérieur, seules les premières seront évoquées ici ; les secondes, protégeant un autre bien juridique, seront abordées dans une autre subdivision. Ainsi, ce sont aux deux infractions définies par le traité lui-même - l'entente illicite et l'abus de position dominante – et à la troisième pratique prohibée, issue d'un règlement cette fois-ci - la concentration illicite d'entreprises – que sera dédiée l'étude des infractions portant atteinte à la concurrence. La matière faisant l'objet de nombreux écrits, la présentation des infractions se limitera aux éléments permettant de les différencier les unes des autres ; d'autres éléments constitutifs, et plus techniques, qu'elles partagent ne seront pas évoqués, car peu utiles pour la présente recherche²²²⁰.

549. *Les infractions* - Quoique la convention de langage ait retenue l'appellation d' « entente illicite », l'article 101 TFUE n'emploie pas ce terme mais ceux d' « accord entre entreprises », de « décision d'associations d'entreprises » et de « pratiques concertées ». Si la forme des pratiques peut varier, la notion d'entente est unique : elle suppose une convergence des volontés de deux entreprises au moins²²²¹, indifféremment des notions pénales d'auteur, co-auteur, complice²²²², caractérisée dès la simple participation, « même sans jouer un rôle actif, à une réunion au cours de

²²²⁰ A savoir : l'affectation du commerce entre Etats membres et la restriction, potentielle ou avérée, de la concurrence.

²²²¹ GAVALDA, C. et PALEANI, G., Droit des affaires de l'Union Européenne, Litec, coll. Manuel, 2010, n°470 et s.

²²²² TPI, 8 juill. 2008, AC Treuhand, aff. T-99/04, not. §§115-123.

laquelle une concertation illicite a été évoquée », à moins de prouver s'en être ouvertement distancée²²²³. L'article 102 TFUE, de son côté, interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises²²²⁴ d'exploiter de façon abusive une position dominante²²²⁵ sur tout ou partie du marché commun. La situation de position dominante en elle-même n'est pas répréhensible²²²⁶ ; seul son abus, défini par la jurisprudence²²²⁷, l'est, ce qui est, par exemple, présumé dès lors que l'entreprise concernée détient de manière durable au moins 50% du marché²²²⁸. Enfin, le règlement 139/2004²²²⁹ mais les concentrations d'entreprises au contrôle par la Commission ; celles réalisées en violation de la procédure de contrôle et d'autorisation préalable, sont infractionnelles. Cependant, sous l'appellation générique de « concentration illicite », on peut distinguer quatre infractions : la concentration non notifiée²²³⁰, celle non autorisée²²³¹, la concentration illicite par nature (concentration incompatible avec le marché intérieur)²²³² ou en raison des conditions de réalisation (non-réalisation des mesures ordonnées par la Commission ou non-respect des conditions et charges imposées par la Commission)²²³³.

²²²³ Notamment : TUE, 16 juin 2011, FMC Foret SA c/ Commission, aff. T-191/06, §159 ; 15 mars 2000, Cimenteries c/ Commission, aff. T-25/95, §3199 ; 29 avril. 2004, SGL Carbon e. a., aff. T-236/01 e. a., §333.

²²²⁴ Visant aussi bien le groupe de sociétés (CJCE, 14 févr. 1978, United Brands c/ Commission, aff. 27/76, §100) , que les positions dominantes « collectives » caractérisée par « une unité d'action » entre entreprises autonomes tant sur les plans juridique et économique (CJCE, 27 avr. 1994, Almelo, aff. C-393/92, §42 ; 16 mars 2000, Compagnie maritime belge transports E.A. c/ Commission, aff. jointes C-395/96 P et C-396/96 P, §§35 et 36 ; TPI, 7 oct. 1999, Irish Sugar, aff. T-228/97, §§46-49).

²²²⁵ Définie comme « une situation de puissance économique [donnant] le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective [en] fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » - en particulier : CJCE, United Brands Company, précité, §65 ; 13 fév. 1979, Hoffman La Roche c/ Commission, aff. 85/76, §38.

²²²⁶ Notamment : CJCE, 9 nov. 1983, Michelin c/ Commission, aff. 322/81, §57 ; 2 avr. 2009, France Télécom c/ Commission, aff. C-202/07 P, §105 ; 27 mars 2012, Post Danmark, aff. C-209/10, §23.

²²²⁷ Le traité ne définissant pas la notion autrement que par une énumération, non exhaustive (« ces pratiques peuvent notamment consister à... », selon l'article 102. En ce sens également : CJCE, 21 févr. 1973, Europemballage et Continental Can c/ Commission, aff. 6/72, §26.), la Cour de Justice a considéré que « la notion d'exploitation abusive (...) vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale de produits et de services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché et au développement de cette concurrence » - CJCE, 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche c/ Commission, aff. 85/76, §6.

²²²⁸ Elle est en revanche présumée exclue lorsqu'elle couvre moins de 10% du marché. V. : CJCE, 3 juill. 1991, Azko, aff. 62/86 ; TPI, 30 janv. 2007, France Télécom c/ Commission, aff. T-340/03.

²²²⁹ Le traité de Rome ne contenait pas de dispositions relatives aux concentrations d'entreprises. Cependant, la Cour ayant progressivement soumis ces opérations aux restrictions des articles 81 et 82 TCE, désormais 101 et 102 TFUE, le Conseil finit par adopter un règlement de procédure de contrôle préventif des concentrations (Règlement (CEE) n°4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JOCE L 395 du 30 déc. 1989)). Cependant, sa mise en œuvre ayant mis en évidence ses insuffisances et sa perfectibilité (Voir en particulier : Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 11 décembre 2001, COM(2001) 745 final), ce premier règlement fut remplacé en 2004 par le règlement 139/2004, toujours en application (Règlement (CE) n°139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises JOUE L 24 du 29 janv. 2004).

²²³⁰ Art. 14, §2, a) du règlement 139/2004.

²²³¹ Art. 14, §2, b) du règlement 139/2004.

²²³² Art. 7, §2 c) du règlement 139/2004.

²²³³ Art. 7, §2, c) et d) du règlement 139/2004.

550. La nature pénale des infractions au droit de la concurrence fait de la protection du marché intérieur l'une des branches historiquement première du droit communautaire pénal. Celle-ci compte désormais également l'infraction de corruption privée qui, bien qu'adoptée dans le cadre du troisième pilier et mentionnée à l'article 83, §1 TFUE, protège le marché intérieur ainsi que l'indiquent le préambule de la décision-cadre²²³⁴ et la possibilité pour les Etats membres de n'incriminer la corruption que lorsqu'elle implique ou pourrait impliquer de fausser la concurrence²²³⁵.

b) La corruption privée

551. *Incriminations en miroir : corruption privée active et passive* - Suivant la même logique que l'incrimination de la corruption publique, la décision-cadre relative à la corruption privée incrimine en miroir une forme active et passive de la corruption dans des termes quasi-identiques²²³⁶. La corruption privée ne visant évidemment plus un fonctionnaire mais une personne exerçant « une fonction de direction ou un travail, à quelque titre que ce soit, pour une entité du secteur privé », le corrompu doit donc être lié par un contrat de travail avec l'entité du secteur privé²²³⁷. Le corrupteur, quant à lui, peut aussi bien être une personne physique que morale, de droit privé ou public²²³⁸, sauf les Etats, les organisations internationales et les entités de droit public dans le cadre de l'exercice de prérogatives de puissance publique²²³⁹. Quant à l'acte corruptif demandé, il convient de l'apprécier à la lumière du cadre de référence qui est celui de

²²³⁴ « La corruption fausse la concurrence déloyale et compromet les principes d'ouverture et de liberté des marchés, et en particulier le bon fonctionnement du marché intérieur, et va également à l'encontre de la transparence et de l'ouverture du commerce international » - 4ème « considérant » du préambule de l'action commune du 22 décembre 1998 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé. Dans le même sens, le préambule de la décision-cadre du 22 juillet 2003 relative à la corruption dans le secteur privé considère qu'elle « constitue une distorsion de la concurrence en relation avec l'achat de biens ou de services commerciaux, et représente un obstacle à un sain développement économique ».

²²³⁵ Art. 2, §3 de la décision-cadre.

²²³⁶ La corruption active est ainsi « le fait de promettre, d'offrir ou de donner, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, (...) un avantage indu de quelque nature que ce soit, pour elle-même ou pour un tiers, afin que cette personne accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses obligations » ; la corruption passive sera, alors, « le fait pour une personne (...) de solliciter ou de recevoir, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers, un avantage indu de quelque nature que ce soit, pour elle-même ou pour un tiers, ou d'en accepter la promesse afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses obligations ». Voir pour comparaison, n°540.

²²³⁷ La notion de secteur privé comprend « les entités à but lucratif ou non lucratif » (art. 2, §2 de la décision-cadre). La notion d'entité n'est cependant pas définie et laisse les Etats membres libres de choisir si d'y inclure les entités dépourvues de personnalité juridique.

²²³⁸ Puisque la décision-cadre envisage également la responsabilité des personnes morales selon les clauses standards (art. 5 et 6 de la décision-cadre).

²²³⁹ Puisque la décision-cadre définit la personne morale en excluant celle de droit public (art. 1 de la décision-cadre).

l'activité professionnelle considérée, mais n'a pas nécessairement à être lié au contrat de travail. Les « obligations » peuvent être d'origines légales comme « les règles ou directives professionnelles qui s'appliquent dans le cadre de l'activité » de l'entité, du secteur privé²²⁴⁰.

552. Le droit pénal de la protection du marché intérieur comporte également les abus de marchés, désormais incontestablement des euro-infractions pénale par nature²²⁴¹. Cela étant, ces infractions sont relativement techniques et ne présentent pas d'originalité pénale particulière. C'est pourquoi il apparaît plus opportun de renvoyer leur approfondissement aux études spécialisées²²⁴² et poursuivre la découverte du droit communautaire pénal en s'intéressant aux infractions protégeant une autre politique, celle de la libre circulation des personnes.

II- La protection de la libre circulation des personnes

553. Affiliation au droit communautaire pénal - La répression pénale de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier est désormais un vestige des désagréments liés à la pilarisation des compétences sous l'empire des anciens traités²²⁴³. En effet, si le traité d'Amsterdam avait communautarisé le domaine « visa, asile et immigration », autorisant la définition et la simple interdiction de l'aide à l'immigration illégale²²⁴⁴, la compétence pénale demeurait

²²⁴⁰ D. FLORE voit dans « obligation légale ou, selon le cas, la violation de règles ou de directives professionnelles » une alternative imprécise ; les obligations légales étant « plus restrictives et dirigistes – dans laquelle le respect de la loi est la référence », les règles ou directives professionnelles étant, elles, plus « libérales » et « repose davantage sur l'autorégulation du secteur concerné » (FLORE, D., précité, p. 184). Cela étant, le « ou » nous apparaît être une alternative non excluante signifiant que la violation peut indifféremment porter sur une obligation d'une source aussi bien que de l'autre. Quant au grief de l'imprécision, la mention vient, assez certainement, enfermer les « obligations légales » et les « règles et directives professionnelles » dans le cadre national de référence du droit national applicable. En effet, quoiqu'harmonisée, les infractions issues de décisions-cadres ont (normalement) été transposées et ce sont les infractions des codes pénaux nationaux qui sont les bases légales des condamnations prononcées.

²²⁴¹ Voir supra n°359.

²²⁴² Notamment : BELLEZZA, A., Les timides apports de la directive et du règlement communautaire du 16 avril 2014 en matière de répression des abus de marché, RSC 2015, pp. 383-391 ; BENEDICTE, F., Abus de marché, Revue des sociétés, 2014, p. 410-414 ; LASSERRE CAPDEVILLE, J., Présentation succincte de la réforme du droit pénal financier, AJ pénal 2016, p. 424 et s.

²²⁴³ La question d'une éventuelle compétence pénale accessoire à une politique communautaire n'avait été pas encore été soulevée devant la Cour de Justice (ultérieurement : CJCE, 13 sept. 2005, Commission c/ Conseil, aff. C-176/03. Les critiques émises suite à l'adoption de ce doublons d'outils juridiques ne sont sans doute pas étrangères à la démarche ultérieure de la Commission de contester le choix de la voie intergouvernementale plutôt que communautaire, pour l'adoption de sanctions pénales accessoires à un domaine de compétence communautaire.

²²⁴⁴ Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JOUE L 328 du 05 déc. 2002 - La nature pénale ou non pénale n'est pas précisée ; la version anglaise parle d'ailleurs d'« infringement » (trad. : infraction, certes, mais entendu comme synonyme de non-respect, contravention, violation, transgression) et non d'« offence » (trad. : infraction, entendu comme synonyme de délit, crime, etc... Le terme d'« offence » comporte intrinsèquement une connotation pénale que le terme d'« infringement » ne comprend pas).

intergouvernementale de sorte que la prévision de sanctions pénales semblait ne pouvoir relever que du troisième pilier²²⁴⁵. Néanmoins, l'objectif de protection de l'ordre public de l'Union, et non des Etats membres²²⁴⁶, le fait que l'état de situation illégale ne soit pas une euro-infraction en soi²²⁴⁷, la mise en adéquation de la politique migratoire de l'Union avec la sanction pénale de ses transgressions par la Cour de Justice²²⁴⁸, et le fait que l'article 83, §1 TFUE ne mentionne pas l'aide à l'immigration illégale confirment l'affiliation indiscutable des infractions à la libre circulation des personnes au droit communautaire pénal²²⁴⁹.

554. Présentation générale La protection pénale de la libre circulation des personnes s'articule autour de la notion de ressortissant tiers, défini comme toute personne qui n'est ni un citoyen de l'Union au sens de l'article 17, §1, du traité, ni une personne jouissant du droit communautaire à la libre circulation, telle que définie à l'article 2, point 5, du code frontières Schengen²²⁵⁰. Celui-ci sera en séjour irrégulier en étant présent sur le territoire d'un Etat membre sans remplir les conditions de séjour ou de résidence dans cet Etat membre. Le droit pénal de l'Union n'incrimine que les comportements favorisant l'immigration illégale : l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier et l'emploi de travailleurs en situation irrégulière.

555. Aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers - S'inscrivant dans le prolongement de l'article 27, §1 des accords de Schengen²²⁵¹, qu'elle a abrogé d'ailleurs²²⁵², la directive 2002/90

²²⁴⁵ Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers, JOUE L 328 du 05 déc. 2002.

²²⁴⁶ Voir les conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 26 mai 2016 dans l'aff. C-218/15, Paoletti, §§21-26.

²²⁴⁷ En ce sens : CJUE 28 avr. 2011, El Dridi, C-61/11 PPU et 6 déc. 2011, Achughbabian c/ Préfet du Val de Marne, aff. C-329/11 – voir également sur cette question : MORIN, M.-E., Les évolutions récentes du droit des étrangers sous l'influence du droit de l'Union Européenne (2011-2012), Bull. d'Aix, 2012-4.

²²⁴⁸ Il est ici fait référence aux arrêts de la Cour de Justice concernant la compatibilité des peines d'emprisonnement prévus par les droits internes des Etats membres pour diverses infractions au droit des étrangers, notamment pour séjour irrégulier, avec le droit de l'Union (v. CJUE, 28 avr. 2011, El Dridi, C-61/11 PPU ; 6 déc. 2011, Achughbabian c/ Préfet du Val de Marne, aff. C-329/11 ; 23 avril 2015, Zaizoune, aff. C-38/14 ; 1^{er} oct. 2015, Celaj, aff. C-29/014 ; 7 juin 2016, Affum, aff. C-47/15).

²²⁴⁹ En ce sens également, FLORE, D., droit pénal de l'Union Européenne, Larcier, 2009 p. 205. *Contra* : le préambule de la directive 2002/90 inscrit l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier dans à la lutte contre la traite d'être humain et l'exploitation sexuelle des enfants.

²²⁵⁰ C'est-à-dire : les citoyens de l'Union, au sens de l'article 17, §1, du traité, ainsi que les ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union exerçant son droit à la libre circulation, auxquels s'applique la directive 2004/38/CE et les ressortissants de pays tiers et les membres de leur famille, quelle que soit leur nationalité, qui, en vertu d'accords conclus entre la Communauté et ses Etats membres, d'une part, et ces pays tiers, d'autre part, jouissent de droits en matière de libre circulation équivalents à ceux des citoyens de l'Union (art. 2, §5 du règlement 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes – JOUE L 77 du 23 mars 2016).

²²⁵¹ En effet, comme cet article des accords Schengen, la directive n'incrimine pas l'immigration illégale en elle-même, elle ne s'intéresse qu'à l'aide qui y est apportée.

²²⁵² Art. 5 de la directive 2002/90.

définit l'aide à l'entrée et au transit irrégulier²²⁵³, d'une part, et l'aide au séjour irrégulier, d'autre part²²⁵⁴. Dans cette seconde infraction, la finalité lucrative est expressément exigée, quoiqu'il reste *a priori* loisible aux Etats membres d'ajouter une incrimination analogue non conditionnée par un tel but²²⁵⁵. L'aide à l'entrée et au transit irréguliers, en revanche, couvre toute forme d'aide gracieuse apportée par la famille ou les amis à l'immigration irrégulière dictée par des motifs économiques et, éventuellement, familiaux ; seule l'aide apportée pour des motifs humanitaires peut ne pas être punissable, à discrétion des Etats membres²²⁵⁶.

556. *L'emploi illégal de ressortissant tiers* - En outre, afin de lutter contre les incitations à l'immigration irrégulière, tout ressortissant tiers en séjour irrégulier qui exercera une activité « de travail ou d'occupation réglementé par le droit national ou selon une pratique établie »²²⁵⁷ exposera son employeur, c'est-à-dire « toute personne physique ou morale, y compris les agences de travail temporaire²²⁵⁸, pour le compte ou sous la direction et/ou sous la surveillance de laquelle l'emploi est exercé »²²⁵⁹ aux sanctions prévues par la directive 2009/52²²⁶⁰. Outre l'emploi illégal « simple »²²⁶¹, la directive incrimine cinq formes d'emploi illégal que l'on peut qualifier « d'aggravés ». L'emploi illégal régulier – c'est-à-dire répété ou persistant dans le temps -, d'envergure – c'est-à-dire concernant un « nombre significatif » d'étrangers en situation irrégulière²²⁶² - ou d'un mineur n'appellent pas véritablement d'observations²²⁶³. L'emploi illégal

²²⁵³ Définit comme le fait « [d'aider] sciemment une personne non ressortissante d'un État membre à pénétrer sur le territoire d'un État membre ou à transiter par le territoire d'un tel État, en violation de la législation de cet État relative à l'entrée ou au transit des étrangers » (art. 1^{er}, §1, a) de la directive 2002/90. Cette infraction « se trouve réalisée matériellement lorsque le ressortissant d'un pays tiers franchit la frontière extérieure de l'Union » (CJUE, 6 oct. 2016, Paoletti, aff. C-218/15, §39).

²²⁵⁴ Définit comme le fait « [d'aider] sciemment, dans un but lucratif, une personne non ressortissante d'un État membre à séjourner sur le territoire d'un État membre en violation de la législation de cet État relative au séjour des étrangers » (art. 1^{er}, §1, b). Etant précisé que l'aide au séjour se trouve réalisée lorsque « lui (le ressortissant tiers) sont remis les documents, frauduleusement obtenus, qui lui permettent d'offrir l'apparence du droit à bénéficier des avantages attachés à la citoyenneté de l'Union ou à la qualité de travailleurs étrangers en situation régulière » (CJUE, 6 oct. 2016, Paoletti, aff. C-218/15, §39).

²²⁵⁵ L'article L 622-1 du CESEDA (Fr.), par exemple, l'a fait en adoptant une incrimination large et commune aux trois comportements visés par la directive (aide à l'entrée, au transit et au séjour) : « Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 Euros ».

²²⁵⁶ Art. 1^{er}, §2 de la directive. L'option d'incrimination concerne aussi bien l'aide à l'entrée et au transit que l'aide au séjour irrégulier.

²²⁵⁷ Art. 1^{er}, §1, c).

²²⁵⁸ Définie comme « toute personne physique ou morale qui, conformément au droit national, conclut des contrats d'emploi ou des relations d'emploi avec des travailleurs d'agences temporaires afin de les affecter à des entreprises clientes pour qu'ils y travaillent à titre temporaire sous leur supervision et direction » - art. 1^{er}, h).

²²⁵⁹ Art. 1^{er}, §1, e).

²²⁶⁰ Directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

²²⁶¹ C'est-à-dire « l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » (art. 3, §1 de la directive). Sur le rattachement pénal de cette infraction pour laquelle le droit de l'Union n'impose que le standard de la sanction effective, proportionnée et dissuasive, voir supra n°360-362.

²²⁶² L'appréciation de ce qu'il convient d'entendre par « significatif » relèvera manifestement des juges du fond.

dans des conditions « particulièrement abusives »²²⁶⁴ s'appliquera lorsqu'il existera, d'une part, une différence flagrante de traitement avec les travailleurs légalement employés²²⁶⁵, et, d'autre part, qui aura porté atteinte à la dignité humaine. Enfin, l'emploi illégal d'une victime de traite des êtres humains complète, mais ne recoupe pas, l'arsenal répressif de la lutte contre la traite des êtres humains en en sanctionnant le soutien indirect²²⁶⁶. Et si le fait d'être accusé ou condamné pour traite des êtres humains n'est pas une condition préalable ou un élément constitutif de cette dernière infraction²²⁶⁷, le fait qu'elle soit intentionnelle implique nécessairement la connaissance de ce contexte infractionnel.

557. Après s'être intéressé à la protection pénale du marché intérieur et de la libre circulation des personnes, l'illustration de la structuration du droit communautaire pénal peut se poursuivre en s'appuyant sur une politique moins bien connue – l'environnement – qui, contre toute attente et par décision de la Cour de Justice, fut la première politique non pénale de l'Union autorisée à être pénalement protégée.

III- La protection de l'environnement

558. *Présentation générale*- L'intervention pénale de l'Union dans le domaine de l'environnement n'est pas passée inaperçue dans le monde juridique ; c'est à cette occasion que la Cour de Justice autorisa la protection pénale accessoire à un domaine de compétence communautaire sur ce fondement et annula les décisions-cadres 2003/80/JAI et 2005/667/JAI²²⁶⁸. Son contenu, en revanche, est relativement méconnu puisque l'intérêt qu'elle suscita porta sur la légalité de la base juridique des actes adoptés, désormais les directives

²²⁶³ Art. 9, §1, a), b) et e) de la directive.

²²⁶⁴ Art. 9, §1, c) de la directive.

²²⁶⁵ Pouvant résulter de discriminations fondées sur le genre ou sur d'autres facteurs, des conditions de travail ayant, par exemple, une incidence sur la santé et la sécurité des travailleurs.

²²⁶⁶ Il convient en particulier ne pas la confondre avec le travail forcé.

²²⁶⁷ La formulation tend même à faire précisément de l'absence de poursuites ou de condamnation un élément de l'infraction : « l'infraction est commise par un employeur qui, tout en n'ayant pas été accusé d'une infraction établie conformément à la décision-cadre 2002/629/JAI ni condamné pour celle-ci, utilise le travail ou les services d'un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier en sachant que cette personne est victime de la traite des êtres humains » (art. 9, §1, d) de la directive.

²²⁶⁸ Par les arrêts du 13 sept. 2005 (aff.C-176/03, Commission c/ Conseil) et du 23 octobre 2007 (aff. C-440/05, Commission c/ Conseil). Dans ce dernier, la Cour opta pour un rattachement à la politique des transports (§§52-74). Cependant, et quoiqu'il ressorte du préambule de la décision-cadre annulée et de ses articles 2, 3 et 5, qu'elle avait pour objectif et contenu l'amélioration de la sécurité maritime en même temps que le renforcement de la protection de l'environnement marin contre la pollution, le bien juridique protégé par les infractions apparaît clairement être l'environnement et non la sécurité maritime, moyens de transports ou personnes.

2008/99/CE²²⁶⁹ et 2005/35/CE²²⁷⁰ assurant respectivement la protection pénale de l'environnement et la sanction pénale de la pollution causée par les navires.

559. La protection de l'environnement par le droit pénal – Exprimant le caractère profondément accessoire à la politique de l'environnement de l'Union des infractions définies, les comportements décrits par la directive « protection de l'environnement par le droit pénal » ne peuvent être considérés comme des infractions pénales que s'ils « sont illicites », c'est-à-dire enfreignant la législation communautaire ou nationale adoptée conformément au TCE ou au traité Euratom (et énumérés en annexe)²²⁷¹. On en déduit donc que, faute de contrevenir à l'une de ces dispositions, la commission, fut-elle intentionnelle, de n'importe quel des faits décrits n'est pas une euro-infraction²²⁷². S'agissant, plus précisément, des euro-incriminations protégeant l'environnement, la directive incrimine quatre types pollution (la pollution ionisante, par déchets, par matière dangereuse ou radioactive²²⁷³) que l'on peut génériquement définir par extraction des éléments communs comme le fait de causer, ou avoir été susceptible de causer, la mort ou de graves lésions à des personnes, ou une dégradation substantielle de la qualité de l'air, du sol, de l'eau, de la faune ou de la flore²²⁷⁴. Sont également incriminés le transfert illicite d'une quantité non négligeable de déchets²²⁷⁵ et diverses atteintes à la faune et à la flore protégées²²⁷⁶ (mise à mort, destruction, commerce, possession ou capture de spécimens protégées), sauf dans les cas où les actes portent sur une quantité négligeable de ces spécimens et ont un impact négligeable sur l'état de conservation de l'espèce. Ces infractions sont pour ainsi dire « matérielle par

²²⁶⁹ Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JOUE L 328 du 6 déc. 2008 – ci-après dénommée « directive « protection de l'environnement par le droit pénal » ».

²²⁷⁰ Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions, telle que modifiée par la directive 2009/123/CE du 21 oct. 2009 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions (JOUE L 280 du 27 oct. 2009) adoptée afin de « combler le vide juridique créé par l'arrêt » (point 3 du préambule de la directive 2009/123) – ci-après dénommée « directive « pollution par les navires » ».

²²⁷¹ Art. 2, a) de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal ».

²²⁷² L'article 3 de la directive dispose « les États membres font en sorte que les actes suivants constituent une infraction pénale lorsqu'ils sont illicites et commis intentionnellement ou par négligence au moins grave: (...) ».

²²⁷³ Respectivement art. 3, a), b), d), et e) de la directive 2008/99.

²²⁷⁴ Les autres éléments des incriminations décrivent les comportements matérialisant l'infraction et varient en fonction des matières polluantes considérées. Ainsi, par exemple, la pollution ionisante résultera, assez génériquement, de tout rejet, c'est-à-dire l'émission ou l'introduction, de substances ou radiations ionisantes aussi bien dans l'atmosphère, le sol que dans les eaux.

²²⁷⁵ Art. 3, c) de la directive 2008/99.

²²⁷⁶ Définis par référence à l'annexe IV de la directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 sur la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages et l'annexe I de la directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages et visées à l'article 4, paragraphe 2, de ladite directive ou comme les espèces énumérées à l'annexe A ou B du règlement (CE) 338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce, selon l'élément matériel (art. 2, b) de la directive).

inversion » en ce sens que ce n'est pas tant qu'un résultat dommageable (impact sur l'état de conservation de l'espèce) est exigé que l'absence d'un tel résultat les dépénalise. Enfin, on regroupera sous la catégorie d'« infractions contre la nature », la dégradation importante d'un habitat au sein d'un site protégé²²⁷⁷ et les atteintes à la couche d'ozone²²⁷⁸.

560. *Pollution par les navires* - A la suite au naufrage du pétrolier « Prestige » en novembre 2002, la pollution causée par les navires est expressément devenue une priorité de l'Union²²⁷⁹. Son intervention centralisée était d'autant plus opportune que la mise en œuvre des dispositions de la convention MARPOL 73/78²²⁸⁰ connaissait des différences notables entre les Etats membres. Naturellement, donc, les incriminations de cette directive renvoient toute à cette convention. Ainsi, tout déversement provenant d'un navire²²⁸¹ d'une substance polluante visée à l'article 2 de la convention, quelle qu'en soit la cause, dans l'une des zones visées²²⁸², est une infraction pénale²²⁸³. Toutefois, s'il s'agit d'un rejet de faible importance, les faits, même répétés, n'en deviennent pénalement punissables que s'il en résulte une détérioration de la qualité de l'eau²²⁸⁴.

561. La sous-branche qu'est le droit des infractions protégeant une politique de l'Union est indiscutablement la branche du droit pénal spécial qui possède le plus grand potentiel d'extension compte tenu de la rédaction de l'article 83 TFUE. D'ailleurs, on aurait également pu ajouter les abus de marchés précédemment évoqués²²⁸⁵, protégeant le marché intérieur, ou encore les infractions à la formation des gens de mer, comme infractions protégeant la sécurité maritime.

²²⁷⁷ Lequel, s'entend de « tout habitat d'une espèce pour lequel une zone est classée en zone de protection spéciale conformément à l'article 4, paragraphe 1 ou 2, de la directive 79/409/CEE, ou tout habitat naturel ou tout habitat d'une espèce pour lequel un site est désigné comme zone spéciale de conservation conformément à l'article 4, paragraphe 4, de la directive 92/43/CEE » (art. 2, c) de la directive).

²²⁷⁸ Définie comme « la production, l'importation, l'exportation, la mise sur le marché ou l'utilisation de substances appauvrissant la couche d'ozone », cette infraction de résultat confine à l'infraction matérielle.

²²⁷⁹ Conclusions du Conseil européen de Copenhague des 12 et 13 décembre 2002, pt 32 à 34 et déclaration du Conseil JAI du 19 septembre 2002.

²²⁸⁰ Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973 telle que complétée par les protocoles de 1978 et 1997, dite MARPOL, ou MARPOL 73/78.

²²⁸¹ Etant précisé que les navires de guerre et navires de guerre auxiliaires, les navires appartenant à ou exploité et affecté à un service public non commercial par un Etat n'entrent pas dans le champ d'application de la directive (art. 3, §2).

²²⁸² A savoir : - les eaux intérieures, y compris les ports, d'un Etat membre, dans la mesure où le régime MARPOL est applicable ; les eaux territoriales d'un Etat membre ; les détroits utilisés pour la navigation internationale soumis au régime du passage en transit, conformément à la partie III, section 2, de la convention des Nations unies sur le droit de la mer de 1982, dans la mesure où un Etat membre exerce une juridiction sur ces détroits ; la zone économique exclusive, ou une zone équivalente, d'un Etat membre, établie conformément au droit international ; la haute mer (art. 3, §1 de la directive).

²²⁸³ Art. 5 bis, par renvoi à l'art. 4, §1 de la directive. Sous réserve toutefois d'un rejet effectué dans les conditions énoncées à l'article 5, c'est-à-dire dans certaines zones et conformément à certaines règles de la convention MARPOL, ou MARPOL 73/78.

²²⁸⁴ Art. 4, §2 et 3 de la directive.

²²⁸⁵ Voir n°359.

Toutefois, le droit de punir de l'Union ne signifierait pas grand-chose s'il n'existait pas d'infractions garantissant le respect de son autorité.

C- LA PROTECTION DE L'AUTORITE DE L'UNION

562. *Présentation générale* - Comme les droits pénaux nationaux, le droit pénal de l'Union contribue au respect de l'autorité de l'Union et de ses institutions. En conséquence logique, ces infractions ne peuvent donner lieu qu'à des sanctions communautaire, prononcées par les institutions de l'Union. Deux types d'euro-infractions illustrent cette sous-branche du droit communautaire pénal : le double manquement d'Etat (I) et les entraves à une procédure d'infraction au droit de la concurrence (II).

I- Le (double) manquement d'Etat

563. *Affiliation à la protection de l'autorité de l'Union* – Le double manquement ayant déjà été précédemment présenté²²⁸⁶, on se limitera présentement à rappeler que cette euro-infraction ne consiste pas seulement à sanctionner l'inexécution par l'Etat membre de ses obligations d'exécution du droit de l'Union mais également, et surtout, à sanctionner l'inexécution de l'arrêt en constatation de manquement. Ce sont donc deux « résistances » distinctes à l'autorité de l'Union qui sont alors réprimées : celle exprimée par la persistance du manquement à la primauté du droit de l'Union et celle exprimée par l'inexécution de l'arrêt à l'égard de l'autorité de la Cour.

564. D'autres résistances peuvent être opposées à l'autorité de l'Union, de son droit et de ses institutions. C'est notamment le cas en matière de concurrence.

II- Les entraves à une procédure d'infraction au droit de la concurrence

565. *Affiliation à la protection de l'autorité de l'Union* - Les articles 23 du règlement n°1/2003 et 14 du règlement 139/2004 sanctionnent différentes formes d'entrave aux pouvoirs

²²⁸⁶ Voir supra, n°334-339.

d'enquêtes et de vérifications de la Commission en matière de concurrence. Quoique ces infractions relèvent de la législation de la concurrence, le bien juridique protégé ici est moins la libre concurrence que l'autorité de la Commission, et derrière elle de l'Union en tant qu'autorité de puissance publique. En effet, les infractions dites « de procédure » en droit de la concurrence ne sanctionnent pas les entraves faites à la libre concurrence mais celles dirigées contre les pouvoirs d'enquête de l'autorité de contrôle de la libre concurrence.

566. *Les infractions* – Plus précisément, on peut identifier cinq formes d'entraves à une procédure d'enquête en droit de la concurrence : la fourniture de renseignements ou de documents inexacts, dénaturés ou incomplets²²⁸⁷, le refus de fournir un renseignement ou un document²²⁸⁸, l'entrave ou le refus de se soumettre aux opérations de contrôle et vérifications²²⁸⁹, le bris des scellés apposés à ces occasions²²⁹⁰ et enfin, le non-respect d'une décision de la Commission prise dans le cadre d'une procédure d'infraction aux articles 101 ou 102 TFUE²²⁹¹. Comme les infractions aux règles substantielles du droit de la concurrence, ces infractions nécessitent un élément moral : l'intention ou la négligence.

567. *Conclusion du paragraphe* - Les infractions du droit communautaire pénal se présentent donc comme un ensemble plus hétérogène que les infractions du droit pénal communautaire. Bien qu'elles puissent être axiologiquement regroupées, cette classification ne permet pas de mettre en exergue la dualité du régime d'exécution. En effet, alors que toutes les infractions de droit pénal communautaire voient leur mise en œuvre déléguée à la justice pénale Etats membres, celles de droit communautaires pénales sont, pour certaines, d'exécution administrative unioniste. Une telle distinction aurait pu être ajoutée mais aurait alourdi et complexifié l'appréhension du droit pénal spécial de l'Union européenne sans présenter d'intérêt particulier.

²²⁸⁷ Art. 23, §1, a), b), d) du règlement 1/2003 et art. 14, §1, a), b), c) et e) du règlement 139/2004.

²²⁸⁸ Art. 23, §1, b), c) du règlement 1/2003 et art. 14, §1, c) et d) du règlement 139/2004.

²²⁸⁹ Art. 23, §1, c) et d) 3^{ème} tiret du règlement 1/2003 et art. 14, §1, d) et e) 3^{ème} tiret du règlement 139/2004.

²²⁹⁰ Art. 23, §1, e) du règlement 1/2003 et art. 14, §1, f) du règlement 139/2004.

²²⁹¹ Art. 23, §1, b) et c) du règlement 1/2003.

CONCLUSION DE LA SECTION

568. *Modèle* - La structuration interne de chaque sous-branche du droit pénal de l'Union européenne, exclusivement axiologique, permet en revanche d'affiner le modèle identitaire pénal déjà discernée à l'issue du précédent paragraphe, un modèle a tendance autoritaire. En effet, l'une des caractéristiques du modèle autoritaire est la multiplication des infractions et du recours à la sanction pénale dans les législations techniques. Or, précisément, le droit communautaire pénal est celui qui a le plus évolué, qui s'est le plus étoffé, ces dernières années, en particulier afin de pénaliser des comportements réglementés par des législations techniques, ainsi que l'ont fait les directives « pollution par les navires », « protection pénale de l'environnement » et « formation des gens de mer », par exemple. En outre, le recours à la sanction pénale, en lieu et place ou en associations avec les sanctions administratives exigées antérieurement, telle que l'a fait la directive « abus de marché », par exemple, exprime une confiance dans la répression, typique de ce modèle²²⁹².

569. *Du droit pénal spécial au droit pénal général* - L'exercice qui a cherché à ordonner les euro-infractions s'est articulé autour de deux sous-branches du droit pénal de l'Union européenne. La logique sous-tendant l'architecture ainsi donnée au droit pénal spécial conduit à s'interroger sur celle ayant conduit à l'insertion de la compétence pénale « accessoire » dans un chapitre dédié à la coopération pénale. La question sera approfondie ultérieurement. Plus immédiatement, dans l'effort de théorisation du système pénal de l'Union, la modélisation d'un droit pénal spécial conduit nécessairement à s'interroger sur la possibilité d'en extraire un droit pénal général.

SECTION 2- LA MODELISATION D'UN DROIT PENAL GENERAL

570. *De l'existence de dispositions dispersées à l'existence d'un socle de règles de droit pénal général expressive de l'identité du système pénal de l'Union* – Actuellement, aucune harmonisation des règles de droit pénal général n'a été initiée. Une telle perspective a toutefois

²²⁹²

suscité l'intérêt des institutions de l'Union. Un groupe de réflexion rédigea un projet de conclusions du Conseil dont les réflexions partagées à titre liminaire par les rédacteurs du texte se suffisent à elles-mêmes afin de justifier la pertinence de la démarche : l'extension progressive du champ de l'harmonisation des infractions « pourrait entraîner l'apparition, dans la législation de l'UE, de dispositions pénales divergentes et incohérentes (...) [s'écartant] de manière injustifiable du libellé normalement utilisé dans la législation pénale de l'UE [et] suscitant ainsi des difficultés inutiles lors de la mise en œuvre et de l'interprétation du droit de l'UE. (...) [C]onscient de la nécessité (...) de garantir une utilisation cohérente et constante des dispositions de droit pénal dans la législation de l'UE [, il] serait utile à cet effet que le Conseil s'accorde sur des lignes directrices et des dispositions types pour ses travaux dans le domaine du droit pénal »²²⁹³. Cela étant, les dispositions types proposées ne sont, finalement, qu'en nombre limité et d'un maigre apport puisqu'elles ne font que formaliser une standardisation déjà effective. Mais pour autant qu'il semble difficile de réfuter l'existence d'un droit (pénal) général des euro-infractions relevant de l'article 83 TFUE, celui-ci est-il généralisé, ou généralisable, à l'ensemble du champ pénal de l'Union européenne ? D'autres éléments relevant classiquement du droit pénal général peuvent-ils étoffer le socle existant ? Ces questions aiguilleront l'examen des règles de relative à la responsabilité pénale (§1) et à la sanction (§2)²²⁹⁴, ce qui contribuera, d'asseoir l'existence d'un système pénal de l'Union européenne plus complet et sophistiqué que l'on peut le penser, mais également de confirmer et d'affiner, ou au contraire d'infirmer et de complexifier, l'identification du modèle pénal de l'Union européenne.

§1- LA RESPONSABILITE PENALE

571. De la responsabilité pénale à la modélisation du système pénal de l'Union européenne – L'étude de la responsabilité pénale en droit de l'Union ne répond pas uniquement aux exigences de cohérence et d'unité du système pénal de l'Union. En effet, derrière la question de la (im)possibilité de dégager des règles générales relatives à la responsabilité pénale pour

²²⁹³ Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal, Conseil des 29 novembre et 1^{er} décembre 2009, 16542/2/09 REV 2 JAI 868 DROIPEN 160.

²²⁹⁴ Traditionnellement, le droit pénal général est structuré selon le tryptique « loi pénale, responsabilité, sanction ». Toutefois, les questions liées à la loi pénale seront abordées ultérieurement – voir n°742-787.

l'ensemble du champ pénal de l'Union européenne, le panel des personnes responsables (A) et les conditions d'engagement de leur responsabilité en termes de participation à l'infraction (B) comme de culpabilité (C), sont autant d'éléments qui permettent d'identifier l'idéologie du système pénal de l'Union européenne: autoritaire, libérale ou hybride.

A- LES PERSONNES PENALEMENT RESPONSABLES : L'ASCENDANT DU MODELE
AUTORITAIRE

572. *Les différents délinquants communautaires* - Il ne saurait y avoir de droit sans destinataire. Il n'est donc pas de droit pénal sans délinquant à qui on n'en destine l'application²²⁹⁵. Puisque l'Union érige des comportements en infraction pénalement sanctionnée, qui est donc ce délinquant qui trouble l'ordre public de l'Union ? Si d'une façon générale, l'homme a longtemps été le sujet naturel du droit²²⁹⁶, la personne juridique ne se confond plus nécessairement avec la personne physique²²⁹⁷, y compris en droit pénal, même celui de l'Union européenne, où le délinquant communautaire peut être une personne physique (I) ou morale (II).

I- Les règles implicites de l'imputabilité des personnes physiques

573. *Présentation générale* – Sujet naturel du droit pénal, la personne physique et ses caractéristiques personnelles suscitent moins l'intérêt en droit pénal de l'Union qu'en droit pénal interne. Malgré le silence des textes sur l'âge ou de la capacité à répondre de ses actes, un modèle de responsabilité pénale s'esquisse.

574. *Le principe implicite de la majorité du délinquant communautaire* - Toutes les législations, du moins en Europe, s'accordent sur deux points : d'une part, qu'en dessous d'un certain âge, un mineur ne peut être tenu pénalement responsable de ses actes et, d'autre part, que par la suite, sa responsabilité doit être graduée en fonction de son âge, jusqu'à la pleine

²²⁹⁵ Il ne s'agit pas de s'intéresser au(x) destinataire(s) des actes juridiques mais aux destinataires des normes substantielles, des règles posées, ceux à qui sont imposés les interdits pénalement sanctionnés. Cette distinction n'a pas lieu d'être en droit interne mais existe en droit de l'Union compte tenu de la nature des directives et décisions-cadres destinées en premier lieu aux Etats membres.

²²⁹⁶ CARBONNIER, J., Droit civil, Thémis, tome 1, p. 175.

²²⁹⁷ MARTIN, R., Personne et sujet de droit, RTD civ. 1981, p. 785.

responsabilité conférée par la majorité²²⁹⁸. De manière atypique, le droit pénal de l'Union reconnaît sans pour autant réellement connaître le mineur délinquant. Le droit des garanties procédurales pénales dans l'Union reconnaît expressément que les enfants peuvent être pénalement responsables²²⁹⁹, en ayant établi des règles minimales relatives à leurs droits procéduraux²³⁰⁰. En revanche, aucune disposition de fond ne vise expressément que les majeurs, n'exclut les mineurs, ni ne fixe de seuil de responsabilité. C'est néanmoins indirectement le principe de la majorité du délinquant communautaire qui se déduit d'autres textes, en adéquation avec la convention internationale sur les droits de l'enfant à laquelle tous les Etats membres sont parties. En prescrivant l'adaptation du traitement pénal à l'âge et à la situation personnelle de l'enfant, ce régime dérogatoire des mineurs délinquants se fait l'exception qui infirme la règle d'une majorité pénale fixée à 18 ans²³⁰¹. Par ailleurs, si cette directive s'appliquera aux procédures pénales nationales, qu'elles concernent une euro-infraction ou non, elle ne s'appliquera pas aux sanctions pénales prononcées par les institutions de l'Union²³⁰². Cela étant, celles-ci sont peu susceptibles d'être commises par des mineurs dès lors qu'elles sont liées à des activités professionnelles, économiques et/ou commerciales, qui impliquent d'être majeur.

575. La capacité à répondre de ses actes : condition préalable et indispensable, implicitement mais nécessairement sous-entendue - Le droit pénal de l'Union européenne connaît encore moins des personnes souffrant de troubles mentaux, sauf ponctuellement en tant que victimes²³⁰³. L'indifférence confine à plus la parfaite ignorance. La question relève donc, *a*

²²⁹⁸ PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, précité, p. 142 et s.

²²⁹⁹ En effet, en permettant la remise d'un mineur, la décision-cadre « MAE » indiquait déjà que le droit pénal de l'Union européenne n'a, *a priori*, rien contre le principe de sa responsabilité pénale.

²³⁰⁰ Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales – voir supra, n°414-415.

²³⁰¹ Cela résulte de la combinaison d'une directive qui, d'une part, définit l'enfant comme tout mineur de 18 ans (art. 3 de la directive.) et, d'autre part, fait de l'adaptation du traitement pénal de l'enfant en fonction de son âge, de son développement et de sa situation personnelle un des fils rouges du texte (v. par exemple : art. 10, §1 : s'agissant du recours à la privation de liberté d'un enfant : « l'âge et la situation personnelle de l'enfant (...) sont dûment pris en compte » ; art. 13, §2 : les Etats membres veillent à ce que les enfants soient traités (...) d'une manière adaptée à leur âge, à leurs besoins particuliers, à leur maturité et à leur degré de compréhension). Dans le sens de la reconnaissance européenne de ce principe : CEDH, 16 déc. 1999, T c/ R.-U., req. n°24724/94, §72 ; 16 déc. 1999, V c/ R.-U., req. n°24888/94, §74 : la condamnation d'un mineur de 10 ans à une peine privative de liberté à durée indéterminée n'empêche pas en soi violation de l'article 3 de la convention sur les traitements inhumains tant qu'il est tenu compte de l'âge, de la maturité et ses capacités intellectuelles, voire émotionnelles, de l'enfant.

²³⁰² Il s'agit d'une directive de rapprochement des législations nationales, basées sur l'article 82, §2 TUE, qui s'adressent aux Etats membres et non aux institutions de l'Union.

²³⁰³ A notre connaissance, seule la directive 2011/92 « exploitation sexuelle des enfants » prend expressément en considération l'existence d'un handicap ou d'un trouble mental chez la victime (art. 3, §5, ii et 9, a)).

priori, du droit pénal national. Nonobstant le silence des textes, la capacité à répondre de ses actes serait implicitement mais nécessairement exigée. En effet, pour l'avocat général BOT, l'imposition d'une sanction répressive présuppose que « se trouvent réunies, chez l'auteur, une conscience et une volonté libres, c'est-à-dire qui ne soient pas annihilées par un trouble mental (...). Par définition, nous considérons que cette condition préalable et indispensable est implicitement, mais nécessairement, sous-entendue. En effet, bien qu'elle ne soit pas littéralement exprimée par le texte, l'ensemble du dispositif serait contraire aux droits fondamentaux reconnus aux individus tant par les conventions internationales que par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, si ladite condition n'était pas prise en compte »²³⁰⁴. Cela étant, que la capacité à répondre de ses actes soit, en principe, une condition préalable nécessairement prise en compte par le droit de l'Union n'ôte rien au fait que, faute d'être textuellement prévue, rien de permet de garantir son respect.

576. L'admission de la responsabilité pénale des mineurs, quoiqu'adaptée, et l'incertitude entourant la question de la capacité à répondre de ses actes (les conditions de sa prise en compte, comme de ses conséquences, le cas échéant) inscrivent le droit pénal de l'Union européenne dans un modèle autoritaire, soucieux de pouvoir punir quiconque troublerait l'ordre public. La prévision de la responsabilité des personnes morales pour la commission d'une euro-infraction va également dans ce sens.

II- Les règles explicites de la responsabilité des personnes morales

577. *Un régime de responsabilité dépourvue de nature* – Faute d'être connue de l'ensemble des Etats membres²³⁰⁵, le droit pénal de l'ESLJ n'exige pas que la responsabilité de la personne morale soit de nature pénale²³⁰⁶, et rien n'autorise à penser qu'il en sera différemment dans un

²³⁰⁴ Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 16 novembre 2011 dans l'affaire C-72/11, Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof c/Afrasiabi, Sahabi et Kessel (mesures restrictives), §§83-84.

²³⁰⁵ Seuls les pays de common law, les Pays-Bas, la France et la Belgique l'ont admis de manière générale.

A ce propos : PRADEL, J., Droit pénal comparé, Dalloz, 1995, n°216 et s. ; TIEDMANN, K., La criminalité du comportement collectif, *in* : De DOELDER et TIEDMANN, K., La criminalisation du comportement collectif, Kluwer, 1996, p. 26 et s. ; PRADEL, J., CORSTENS, G., et VERMULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, 2009, n°677.

L'Allemagne, par exemple, ne connaît pas la RPPM mais seulement un système de contravention administrative (LEBLOIS-HAPPE, J., PIN, X., WAKTHER, J., Chronique de droit pénal allemand –RIDP, 2007, p. 627.

²³⁰⁶ Communication de la Commission du 20 sept. 2011, Vers une politique de l'Union Européenne en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'Union au moyen du droit pénal », COM(2011)573 final : « La question du régime de la responsabilité à appliquer aux personnes morales » peut être indifféremment « pénale ou civile » car « dans la

futur proche. En dehors du droit du rapprochement des infractions, l'Union n'étant pas censée disposer de compétences pénales, la responsabilité des entreprises, de l'Etat ou de toute autre personne morale n'est évidemment pas qualifiée de pénale, lorsqu'elle est qualifiée, ce qui est rarement le cas. En somme, de manière parfaitement uniforme et éminemment paradoxale, le droit de l'Union envisage la commission de n'importe quelle euro-infraction par une personne morale (a) et prévoit les conditions d'engagement de sa responsabilité (b) sans jamais en mentionner la nature.

a) Les personnes morales responsables

578. *L'exclusion des personnes morales de droit communautaire* - Transposant à l'échelle unioniste le principe de droit pénal selon lequel le détenteur du droit de punir n'y est pas lui-même soumis²³⁰⁷, les institutions et organes communautaires ne sont pas soumis à une accusation ou condamnation en matière pénale au sens de la convention EDH²³⁰⁸.

579. *L'Etat, sujet exceptionnel du système pénal de l'Union européenne* – Si l'Etat n'est pas le détenteur du droit de punir dans le système juridique de l'Union, il convient cependant de distinguer deux situations. Lorsque l'Etat se voit déléguer le droit et le pouvoir de punir – ou plus exactement, se voit charger d'un devoir de punir – par l'Union, celui-ci n'est pas pénalement responsable. De manière comparable à la situation des collectivités locales de l'article 121-2 alinéa 2 du code pénal français, il agit alors en déléataire des prérogatives de puissances publiques transférées à l'Union par les traités. Ainsi, tous les outils de rapprochement des infractions pénales excluent que l'Etat et, plus largement, les entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique, soient des sujets du droit pénal de l'Union européenne²³⁰⁹.

législation existante, le choix a toujours été laissé aux Etats membres du type de responsabilité pesant sur les personnes morales ».

²³⁰⁷ Quoique les justifications de cette règle demeurent discutées. Voir sur cette question, notamment : LEGUNEHEC, F et DESPORTES, F., Droit pénal général, Economica, 2007, n°584 ; PICARD, E., La responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Fondements et champ d'application, Revue des sociétés 1993, p. 261 et s. ; CORIOLAND, S., Responsabilité pénale des personnes publiques (infractions non intentionnelles), Rep. Resp. de la puissance publique, Dalloz, Avril 2016, n°49-51 ; BERNADINI, R., Personne morale, Rep. droit pén. et proc. pén., Dalloz, oct. 2014, n°34-35.

²³⁰⁸ Le recours en annulation ne conduit qu'au rétablissement de la légalité par l'annulation d'un acte invalide ; le recours en carence ne conduit qu'à un constat judiciaire déclaratoire ; le juge ne peut prononcer d'injonction ; le recours en responsabilité contractuelle et extra-contractuelle est réparatrice.

²³⁰⁹ Disposition-type relative à la responsabilité pénale de la personne morale, Conclusion du Conseil du 30 novembre 2009 ; art. 1, b) décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiement » ; art. 1 de la décision-cadre « corruption privée » ; art. 5, §4 des décision-cadres « criminalité organisée » et « racisme et xénophobie » ; art. 2, g) de la directive « emploi illégal » ; art. 5, §4 de la

En revanche, lorsqu'ils ne sont pas les délégataires du droit et du pouvoir de punir de l'Union, l'Etat est bien sujet du système pénal de l'Union ainsi qu'il a été démontré précédemment²³¹⁰.

580. La personne morale de droit privé – Quant à la responsabilité pénale de la personne morale de droit privée, son admission est de principe en droit de l'Union. En effet, les décisions-cadres et directives d'harmonisation des infractions l'envisagent toutes²³¹¹. En dehors du droit pénal de l'ELSJ, le contentieux des politiques communautaires offrent de nombreux exemples de la responsabilité des personnes morales, notamment pénale²³¹². En revanche, plus délicate est la question de la notion de « personne morale ». En effet, le droit du rapprochement des infractions recourt à la terminologie de « personne morale », génériquement définie comme celles dotée de la personnalité juridique en référence au droit national applicable²³¹³. Le droit communautaire use plus volontiers du terme d'« entreprise »²³¹⁴, c'est-à-dire toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement²³¹⁵, les personnes physiques pouvant donc être considérées comme des entreprises²³¹⁶. Cela étant,

directive « traite des êtres humains » : art. 2, f) de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 2, b) de la directive « contrefaçon de l'euro ».

²³¹⁰ Voir supra n°333-344, 579.

²³¹¹ Art. 7 des décision-cadre « terrorisme » et « contrefaçon des moyens de paiement » ; art. 5 des décision-cadres « corruption privée », « criminalité organisée », « racisme et xénophobie », de la directive « traite des êtres humains » ; art. 6 de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art. 12 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 10 de la directive « cybercriminalité » ; art. 7 du règlement 2988/95 ; art. 2 de la directive « contrefaçon de l'euro » ; art. 8 de la directive « abus de marché » ; art. 2) de la décision-cadre « immigration illégale » ; art. 11 de la directive « emploi illégal » ; art. 6 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal » ; art. 8 de la directive « pollution par les navires ».

La décision-cadre « blanchiment » ne prévoit pas de sanctions applicables aux personnes morales cependant, la directive « blanchiment » de 2015 imposent la sanction « effective, dissuasive et proportionnée » pour toute transgression de ses dispositions qui s'adressent notamment à des personnes morales pouvant inclure des sanctions de nature pénale (art. 58, spéc. §1 et 2 de la directive).

²³¹² De manière tout à fait singulière, par exemple, les art. 14, §1 et 29, combinés, de la directive 2008/106/CE du Parlement et du Conseil du 19 novembre 2008 concernant le niveau minimal de formation des gens de mer (refonte) (JOUE L 323 du 3 déc. 2008) impose aux compagnies maritimes diverses obligations dont l'irrespect doit être pénalement sanctionné ; ce sont donc des euros-infractions spécialement destinées à ces personnes morales que l'article 14 prévoit.

²³¹³ Art. 2, 2) de la directive « infractions terroristes » ; art. 5, §4 de la décision-cadre « criminalité organisée » ; art. 5, §4 de la directive « traite des êtres humains » ; 2, f) de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 1, 3) de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art. 5, §4 de la décision-cadre « racisme et xénophobie » ; art. 2, c) de la directive « cybercriminalité » ; art. 2, b) de la directive « protection de l'euro par le droit pénal » ; art. 2, §1, b) de la directive « PIF » ; art. 1 de la décision-cadre « corruption privée » ; art. 2, d) de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal ». Les directives « abus de marché » et les décision-cadres « terrorisme », ou encore « immigration illégale » ne la définissent pas, quoiqu'elles l'envisagent (respectivement art. 10, art. 8 ; art. 7, art. 6 et art. 2). La convention PIF de 1995 ne l'envisageait.

²³¹⁴ Par exemple : art. 101 à 106 TFUE (« Règles applicables aux entreprises ») ; art. 49 TFUE (le droit d'établissement) ; art. 96 TFUE (droit des transports) ; art. 173 TFUE (industrie). Dans le secteur de la pêche, le règlement 2371/2002 vise les organisations de producteurs ou de groupements de producteurs qualifiés de personnes morales.

²³¹⁵ Notamment : CJCE 23 avril 1991, Hofner et Elser, aff. C-41/90, §21 ; 2 oct. 1991, Vandevenne e.a., aff. C-7/90, §9 ; 17 fév. 1993, Poucet et Pistre c/ AGF et Cancava, aff. jointes C-159/91 et C-160/91, §§17 et 18 ; 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission, aff. jointes C-189/02 P, e.a., §112 ; 29 sept. 2011, Elf Aquitaine c/ Commission aff. C-521/09 P, §53.

²³¹⁶ Tels que les médecins (CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov E.A., aff. jointes C-180/98 à C-184/98), les architectes (CJCE, 29 nov. 2001, Conte, aff. C-221/99 ; décis. 2005/8 de la Commission, 24 juin 2004, Ordre des architectes belge), les avocats (CJCE, 19 févr. 2002, Wouters E.A., aff. C-309/99 et Arduino, aff. C-35/99), des agriculteurs (déc. 2003/600 de la Commission,

l'entreprise-personne-non-physique ne peut être qu'une personne morale, impliquant la personnalité juridique. Si les textes ne l'exigent pas tous, la pratique l'impose : « il est toujours nécessaire (...) d'identifier une entité dotée de la personnalité juridique. Il pourrait être extrêmement difficile de percevoir une amende (...) si la décision n'était pas adressée à une entité juridique »²³¹⁷. Ce critère déterminant est confirmé par la jurisprudence des groupements d'entreprise : le critère de l'unité économique intervient dans l'attribution des responsabilités²³¹⁸ ou pour éviter la fraude à la disparition de la personne morale²³¹⁹ mais une amende doit nécessairement avoir comme destinataire une entité possédant la personnalité juridique²³²⁰.

581. La responsabilité pénale des entités non physiques est bien celle de la personne morale pour l'ensemble du droit pénal de l'Union. Reste à déterminer si les modalités d'engagement de leur responsabilité sont systématisables et cohérentes.

b) La responsabilité des personnes morales

582. Les modèles de responsabilité d'une personne morale – Les hypothèses dans lesquelles la responsabilité d'une personne morale peut être engagée fait l'objet d'une systématisation quasi-parfaite, bien qu'informelle²³²¹. En effet, deux natures de responsabilité sont toujours envisagées pour les personnes morales : l'une directe, l'autre, indirecte. La responsabilité est « directe » lorsque, d'une manière assez proche du modèle d'imputation par identification de

2 avr. 2003, Viandes bovines françaises, JOCE du 19 Aout 2003), des agents de joueurs de football (TPICE, 26 janv. 2005, Laurent Piau c/ Commission, aff. T-193/02, §73), des pharmaciens (TUE, 26 oct. 2010, Cons. nat. pharmaciens, aff. T-23/09, §71).

²³¹⁷ Décisions de la Commission du 21 décembre 1988 PVC et PEBD, §55, JO L 74 du 17 mars 1989 - dans le même sens : TPICE, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/Commission, aff. jointes T-305/94 e. a., §978 ; CJCE, 16 nov. 2000, Cascades c/Commission et SCA Holding/Commission, aff. C-279/98 P, §78, §27 ; 17 mai 2011, Elf Aquitaine c/Commission, §§250-251 ; 7 janv. 2004, Aalborg Portland e.a. c/ commission, aff. jointes C-204/00 P e. a., §60 ; conclusions de l'av. gén. CRUZ VILLALON présentées le 17 juillet 2014 dans l'affaire C-93/13 P, Versalis SpA e.a. , §86.

²³¹⁸ L'unité économique caractérisée par l'existence d'un lien entre les sociétés, une identité au moins partielle du personnel de direction des sociétés et l'absence d'autonomie de certaines par rapport à une autre permet de faire remonter la responsabilité à la société (CJCE, 10 sept. 2009, Akzo Nobel, C-97/08, §§45-58 et jurisprudence citée).

²³¹⁹ En cas de fusion, la société absorbante répond des agissements de la société absorbée à une double condition : l'existence d'une continuité économique et que la société absorbée demeure un centre de profit distinct au sein de la société absorbante à qui la Commission inflige la sanction (Décision de la Commission du 23 avril 1986 Polypropylène - JO L230 18 aout 1986 ; CJCE, 16 déc. 1975, Suiker Unie c/ Commission, aff. C-40/73).

²³²⁰ Conclusion de l'avocat général M. Tesouro, CJCE 19 janvier 1994 Fluggesellschaft, aff. C-364/92.

²³²¹ En ce sens, également : MANACORDA, S., La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques, in : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, S. (dir.), Responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales, Société des législations comparées, 2013, pp. 37-38.

l'article 121-2 du code pénal français, une personne agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale en cause, et qui exerce un pouvoir de direction, fondé sur un pouvoir de représentation, de direction ou de contrôle, commet une infraction pour le compte de la personne morale. La responsabilité est indirecte lorsque, mêlant responsabilité de la personne morale et celle du chef d'entreprise ou inspirée du modèle de responsabilité propre de la personne morale, l'infraction est matériellement commise par un subordonné mais imputée à la personne morale en raison du défaut de surveillance ou de contrôle d'une des personnes pouvant directement engager la responsabilité de la personne morale²³²². C'est donc un « système complet »²³²³ de responsabilité des personnes morales qui a été établi en droit de l'Union, appliqué aussi bien en droit du rapprochement des infractions, qu'en droit de la concurrence²³²⁴ ou encore du double manquement d'Etat²³²⁵.

583. Les modèles d'imputation à la personne morale - En revanche, les modalités d'engagement de la responsabilité d'une personne morale ne sont pas parfaitement uniformes. En droit du rapprochement des infractions, selon le modèle d'imputation par ricochet et par identification adopté par le droit pénal français²³²⁶, il faut démontrer, d'une part, que l'infraction a été commise « pour le compte » de la personne morale, c'est-à-dire que la personne morale en est

²³²² Engageant la responsabilité du groupe à raison de l'infraction commise par une seule entité exerçant un pouvoir de directive et agissant pour le compte du groupe : CJCE, 10 sept. 2009, Akzo Nobel, C-97/08, §§45-58 et jurisprudence citée. A propos de la responsabilité de la société mère du fait de sa filiale lorsqu'elle n'a pas elle-même participé : CJUE, Evonik Degussa, aff. C-155/14 P, §§33-42.

²³²³ FLORE, D., précité, p. 220.

²³²⁴ MANACORDA, S., La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques, in : GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.), Responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales, Société des législations comparées, 2013, pp. 29 et s., 42 et s.

²³²⁵ En effet, « conformément à une jurisprudence constante, le recours (...) ne vise que le gouvernement de [l']État membre, quand bien même le manquement résulterait de l'action ou de l'inaction des autorités d'un État fédéré, d'une région ou d'une communauté autonome (CJCE, ord., 21 mars 1997, Région Wallonne c/ Commission, aff. C-95/97 ; CJCE, 21 mars 1997, Commission c/ Belgique, aff. C-95/97, §7), des instances législatives (pour un manquement du fait des Assemblées parlementaires, CJCE, 5 mai 1970, aff. 77/69), des autorités judiciaires (CJCE, 30 sept. 2003, Kobler ; confirmé par : CJCE, 9 déc. 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00 ; 12 nov. 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-154/08. Toutefois, comme il a été souligné, la Commission a la diplomatique prudence de n'engager ce genre de procédure qu'avec parcimonie – C. Blumann, L. Dubouis, Droit institutionnel de l'Union Européenne, Litec, coll. Manuel, 4^{ème} édition, n°947) ou encore douanières (CJUE, 8 juill. 2010, Commission c/ Italie, aff. C-334/08). L'ensemble de ces entités ayant un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle au nom de l'Etat, l'Etat est donc responsable des infractions commises par des personnes physiques ou morales agissant pour son compte, sur la base d'un pouvoir de représentation de l'Etat, de prise de décision en son nom ou de contrôle en son sein, en parfaite adéquation avec le droit du rapprochement des infractions.

²³²⁶ Le modèle d'imputation par identification suppose de pouvoir identifier la personne physique matériellement auteur de l'infraction. Ce modèle est le plus restrictif puisque l'identification de la personne physique n'est pas toujours possible, surtout en matière de faute non intentionnelle (en ce sens : LEGUNEHEC, F. et DESPORTES, D., Droit pénal général, Economica, 2007, p. 557).

Le modèle d'imputation par ricochet signifie que la responsabilité de la personne morale n'est responsable que si l'un de ses dirigeants a commis ou a permis par défaut de surveillance, qu'une infraction soit commise (en ce sens : PRADEL, J., Droit pénal comparé, Dalloz, coll. Précis, 2008, p. 171, n°125).

la bénéficiaire, d'une manière ou d'une autre, mais pas nécessairement au sens financier du terme²³²⁷. D'autre part, l'infraction doit être imputable à l'une des personnes « de pouvoir » au sein de l'entreprise c'est-à-dire une personne qui, soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, dispose d'un pouvoir de représentation de la personne morale, d'un pouvoir de décision au nom de la personne morale ou d'un pouvoir de contrôle au sein de la personne morale²³²⁸, qu'il s'agisse de la responsabilité directe ou indirecte²³²⁹. En dehors du droit de l'ELSJ, en revanche, l'approche est sensiblement différente. En droit de la concurrence, même si les personnes physiques qui auront, en fait, décider du comportement infractionnel remplissent très certainement les critères précités, il n'est pas nécessaire de les identifier. Suivant un modèle d'imputation autonome²³³⁰, ces dernières disparaissent complètement derrière l'écran de la personne morale et c'est exclusivement à son endroit de que les charges sont retenues. Le droit du manquement d'Etat semble s'inscrire, quant à lui, entre les deux approches : « conformément à une jurisprudence constante, le recours (...) ne vise que le gouvernement de [l']État membre, quand bien même le manquement résulterait de l'action ou de l'inaction des autorités d'un État fédéré, d'une région ou d'une communauté autonome²³³¹. De sorte que si, en fait, le responsable factuel du manquement sera le plus souvent connu et identifié, cela ne semble pas impératif.

²³²⁷ Le rejet d'une conception de l'expression « pour le compte » restreinte à un avantage financier ou matériel est appuyé par l'abandon d'une expression clairement plus limitative. En effet, la décision-cadre « cybercriminalité », mentionnait « au profit de », suggérant que l'infraction ait généré quelque chose de positif dans le chef de l'entreprise. Son abrogation par la directive homonyme, la directive 2013/40, y a substitué l'expression « pour le compte de » (art. 10). De même, la décision-cadre « corruption dans le secteur privé », usait de l'expression « au bénéfice de » (art. 5, 2)) mais a été remplacée par le terme de « profit » (art. 6, §1 par la directive « PIF » du 5 juillet 2017.

²³²⁸ Paragraphe 1 des articles 7 de la décision-cadre « terrorisme », 19 de la directive « terrorisme », 5 de la directive « traite des êtres humains », 12 de la directive « exploitation sexuelle des enfants », 5 de la décision-cadre « criminalité organisée », 4 de la décision-cadre « racisme et xénophobie », 10 de la directive « cybercriminalité », 6 de la décision-cadre « trafic de drogues », 6 de la directive « protection de l'euro contre la contrefaçon », 6 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal », 11 de la directive « emploi illégal de ressortissants tiers », 2 de la décision-cadre « aide à l'immigration illégale », 8 de la directive « abus de marché ». La directive « pollution par les navires » n'évoque pas expressément la responsabilité des personnes morales ; elle n'est pas non exclut puisque l'incrimination dispose « quiconque » (art. 8). En outre, en recourant à l'obligation de « sanction effective, proportionnée et dissuasive » (art. 8), les personnes morales ne sont pas nécessairement exclut. Du reste, eu égard à l'objet de la directive, il est hautement improbable que le droit de l'Union ait entendu laisser les personnes morales hors du champ d'application de la directive.

²³²⁹ La disposition standard relative à la responsabilité indirecte des personnes morales veut « qu'une personne morale puisse être tenue pour responsable lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 [ndla :c'est-à-dire en toute logique, une personne dotée d'un pouvoir de représentation, de direction ou de contrôle a rendu possible la commission de l'une des infractions visées (...), pour le compte de ladite personne morale, par une personne soumise à son autorité » ; il faut donc identifier le subordonné et la personne « visée au paragraphe 1 ».

²³³⁰ Ou théorie de la faute autonome ; voir : PRADEL, J., précité, p. 174, n°127.

²³³¹ Voir notamment, CJCE, 21 mars 1997, Commission c/ Belgique, aff. C-95/97, §7.

584. La responsabilité des personnes morales à raison d'une euro-infraction n'est parfaitement systématique à raison de la coexistence de différents modèles d'imputations. Leur coexistence n'est cependant pas dénuée d'explication : le droit de la concurrence vise aussi bien l'intentionnalité que la négligence ; or la négligence ne permet pas toujours, très souvent en réalité, d'identifier une personne physique en particulier. L'imputation par identification réduirait certainement le nombre de condamnation. En droit du rapprochement des infractions en revanche, très majoritairement intentionnelles, la difficulté est moindre. Cette coexistence de modèles d'imputation est plutôt perçue comme une marque d'inachèvement, voire un manque de cohérence globale²³³². La critique est difficile à soutenir considérant que les droits pénaux nationaux ont tendance à se dispenser de l'identification de la personne physique lorsqu'il en va de l'utilité de la répression²³³³. En se départissant d'une logique de l'exclusif qui exige l'adoption d'un modèle unique, quand bien même plusieurs ne seraient pas incompatibles, il est cependant possible d'y voir à l'inverse, l'expression d'une identité pénale autoritaire, maximisant les possibilités de punition en adaptant les modalités d'engagement de la responsabilité à la réalité de la criminalité visée. Sur le principe de la responsabilité des personnes morales à raison d'une euro-infraction, en revanche, la mise en perspective de l'ensemble du système pénal de l'Union révèle une cohérence parfaite. Les directives de rapprochement des droits procéduraux bénéficient à toute personne informée par les autorités compétentes qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale ; en l'absence de mention contraire, elles bénéficient donc aussi bien aux personnes physiques que morales²³³⁴. De même, en matière de reconnaissance mutuelle des décisions répressives, le fait que la décision concerne une personne morale et que l'Etat d'exécution en connaisse pas la responsabilité pénale de la personne morale ne constitue pas un

²³³² MANACORDA, S., Responsabilité des personnes morales et harmonisation pénale européenne, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, S., (dir.), Responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales, Société des législations comparées, 2013, p. 44 ; FIORELLA, A., Une norme modèle sur les critères d'imputation ? *in* : idem, p. 67-69.

²³³³ En droit comparé : PRADEL, J., Droit pénal comparé, précité, p. 174, n°127. En droit pénal français, par exemple : LEGUNEHEC, F. et DESPORTES, F., Droit pénal général, précité, p. 553-554, n°600-601.

²³³⁴ Art. 1, §2 de la directive « droit à l'interprétation et à la traduction » ; art. 2, §1 des directives « droit à l'information » et « droit à l'assistance d'un avocat », et art. 2, a) de la directive « droit à l'aide juridictionnelle ». Seule la directive « droit à la présomption d'innocence » opère cette distinction et limite son champ d'application *rationne personae* aux personnes physiques (art. 2 de la directive, explicité par les points 13 à 15 de son préambule), rompant avec la jurisprudence des cours européennes. En effet, la Cour de Justice en fait application en matière de concurrence, et donc aux personnes morales (v. par ex. : CJCE, 18 oct. 1989, aff. 394/97, Orkem). Quant à la Cour EDH, elle en accorde le bénéfice en matière pénale sans distinguer les personnes physiques ou morales (v. par ex. : CEDH Jussila c/ Finlande, précité ; Menarini Diagnostics c/ Italie, précité). Pour autant, cela ne devrait pas réellement préjudicier aux personnes morales dans la mesure où sa mention dans la Charte, supérieure à la directive, ne distingue pas les bénéficiaires.

motif de non-reconnaissance²³³⁵. Cette systématique limitée au principe de la répression mais pas aux modalités de la sanction concerne également les différents modes de participation à une infraction.

B- LA PARTICIPATION A L'INFRACTION : L'INCERTITUDE DU MODELE

585. *Prévision et sanction de différents modes de participation à une infraction* - Les dispositions types proposées en conclusions du Conseil du 30 novembre et 1^{er} décembre 2009 estiment, concernant les modes de participation à une infraction, que « le fait d'inciter à commettre cette infraction de manière intentionnelle ou de s'en rendre complice devrait normalement être aussi érigé en infraction. La tentative de commettre délibérément une infraction devrait être érigée en infraction si cela s'avère nécessaire et proportionné en relation avec l'infraction principale »²³³⁶. La prévision de différents modes de participation à l'infraction oriente immédiatement vers un modèle d'inspiration autoritaire. Le fait de distinguer, ou non, les diverses formes de participation à l'infraction apporte tout autant d'informations. Toutefois, s'agissant du droit pénal général de l'Union, le modèle de référence est, actuellement, relativement indéterminé. En effet, si plusieurs modes de participation à l'infraction sont (re)connus, rares sont ceux étant d'application générale et uniforme (I) ; leur sanction n'est guère plus révélatrice (II).

I- L'incertitude du modèle esquissée par la prévision des différents modes de participation

586. *Une systématisation insatisfaisante*- Le droit du rapprochement des infractions distingue, en règle générale, les participations du décideur (a) et du complice (b), la participation incomplète qu'est la tentative (c) et la participation incitatrice ou instigatrice (d). Si ces différents modes de participation trouvent des échos en dehors du droit du rapprochement des infractions, le droit pénal de l'Union n'a pas réellement tranché entre le modèle « unitaire » ou « distinctif ».

²³³⁵ Art. 9, §3 de la décision-cadre « sanction pécuniaire » ; art. 12, §3 de la décision-cadre « confiscation » et art. 4, d) de la directive « DEE ».

²³³⁶ Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal, Conseil des 29 novembre et 1^{er} décembre 2009, 16542/2/09 REV 2 JAI 868 DROIPEN 160, p. 6.

a) La responsabilité du décideur

587. *Présentation générale* - La responsabilité pénale du « chef d'entreprise », ou plus largement du décideur, signifie que l'infraction matériellement imputable à un tiers est moralement attribuée à celui qui, se trouvant en position de prendre les décisions nécessaires pour faire respecter le droit en vigueur, n'a pas exercé ce pouvoir et a ainsi commis une faute de négligence ou un défaut de surveillance. « Le fondement de cette responsabilité se rattache donc à la fois à la théorie de la faute et à la théorie du pouvoir, car la faute de défaut de surveillance n'est reprochée au décideur qu'en raison de la relation d'autorité qui l'unit à l'auteur matériel de l'infraction²³³⁷ ». Ce mode de responsabilité pouvant s'analyser comme une forme de responsabilité pénale du fait d'autrui, incompatible avec les principes de responsabilité personnelle et de culpabilité, cette responsabilité n'est pas unanimement reconnue²³³⁸, pas même au sein des Etats membres²³³⁹.

588. *La responsabilité du décideur en droit de l'Union* – Malgré cela, la Cour de Justice s'est prononcée à titre général sur sa compatibilité avec le droit de l'Union²³⁴⁰. De manière atypique, la responsabilité indirecte du décideur est de principe s'agissant des personnes morales uniquement, nonobstant l'absence de texte à portée générale en ce sens. Systématiquement prévue en droit du rapprochement des infractions²³⁴¹, la responsabilité de la société mère du fait de sa/ses filiale(s), en droit de la concurrence, relève totalement de la responsabilité du « décideur » lorsqu'elle n'a pas elle-même participé²³⁴² tout comme l'Etat peut être responsable d'un manquement matériellement commis par une/des personnes ou autorités autres que l'exécutif central²³⁴³. La

²³³⁷ DELMAS-MARTY, M., TEITGEN-COLLY, C., Vers un droit administratif pénal ? *in* : Commission, Etudes sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les EM des CE, OPOCE Lux. 1994.

²³³⁸ Sur le plan international, la Suisse et le Brésil, par exemple, excluent totalement cette forme de responsabilité pénale. Le Japon ne l'admet qu'en palliatif à l'irresponsabilité pénale de la personne morale. Le droit israélien a établi une présomption, réfragable, de responsabilité pénale du dirigeant pour les infractions commises au sein de sa société (PRADEL, J., Droit pénal comparé, précité, p.121, n°86).

²³³⁹ L'Autriche, par exemple, ne l'a introduite qu'en raison de ses obligations envers l'Union, notamment en matière fiscale et de concurrence déloyale. La France, l'Angleterre, la Belgique, l'Espagne, et la Grèce l'ont admise dans sa forme subjective. Les Pays-Bas l'ont admise jusque dans sa forme objective (*Ibid.*).

²³⁴⁰ CJCE 10 juillet 1989 Hansen, C-326/88 ; 27 fév. 1997, Ebony Maritime, aff. C-177/95, §36 ; 11 juill. 2002, Kaserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00, §47.

²³⁴¹ Voir supra n°582-583.

²³⁴² Voir supra n°618.

²³⁴³ Voir supra, note n°2332.

responsabilité du chef d'entreprise – ou décideur-personne physique -, en revanche, n'est pas envisagée²³⁴⁴.

589. *Le modèle d'engagement de la responsabilité du décideur* – Malgré un manque de prévision générale, les conditions d'engagement de cette responsabilité sont uniformes. En droit du rapprochement des infractions, la responsabilité « indirecte » de la personne morale suppose, outre les conditions générales de la responsabilité des personnes morales²³⁴⁵, que l'infraction ait été matériellement commise par une personne sous l'autorité de celle pouvant engager la responsabilité directe de la personne morale, en raison d'un défaut de surveillance ou de contrôle de celle-ci²³⁴⁶. Le même modèle se retrouve en droit du manquement d'Etat où « le comportement de tout organe de l'État est, en principe, attribuable à ce dernier. (..) La circonstance que, par son comportement, une telle personne ou entité, habilitée à l'exercice de prérogatives de puissance publique et agissant en cette qualité, enfreigne la loi, détourne ses compétences ou contrevienne aux instructions de ses supérieurs hiérarchiques n'est pas de nature à infirmer cette conclusion »²³⁴⁷, sauf à établir que toutes les diligences nécessaires avaient été prises afin d'éviter le manquement²³⁴⁸. En droit de la concurrence comme des mesures restrictives, le comportement matériellement adopté par une ou plusieurs filiales peut être reproché à la société mère, même si elle n'a pas directement accompli les faits reprochés²³⁴⁹.

590. La responsabilité indirecte du décideur, personne morale uniquement, se présente donc comme un modèle de responsabilité uniforme en droit pénal de l'Union. Il en va cependant différemment s'agissant des autres modes de participation, à commencer par la complicité.

²³⁴⁴ Certains auteurs ont plaidé en faveur de son introduction en droit de la concurrence: WILLS, W.-P.-J., « does the effective enforcement of articles 81 and 82 require not only fines on undertaking but also individual penalties, in particular imprisonment ? », in EHLERMANN, C.-D., *European competition law annual 2001 : effective private enforcement of EC antitrust law*, Hart Publishing 2002 ; « E.C. competition fines ; to deter or not to deter », *Yearbook of competition law* (1995).

²³⁴⁵ Voir n°582-584.

²³⁴⁶ Ibid.

²³⁴⁷ CJUE, 8 juill. 2010, *Commission c/ Italie*, aff. C-334/08§39.

²³⁴⁸ Ibid, §49.

²³⁴⁹ En droit de la concurrence, notamment : CJCE, 8 juill. 1999, *Anic Partecipazioni*, aff. C-49/92 P, §145 ; 10 sept. 2009, *Azko Nobel NV*, aff. C-97/08 P, §56 ; 20 janv. 2011, *General Química SA*, aff. C-90/09 P, §§36, 37, 52 ; 29 sept. 2011, *Elf Aquitaine*, aff. C-521/09 P, §§53 et 54. Pour une décision de gel des fonds de la société mère d'une filiale finançant un régime politique contre lequel l'Union a décidé de prendre des mesures restrictives, par exemple : TUE, 18 sept. 2015, *IOC-UK c/ Conseil*, aff. T-428/13, §§98-101 ; 5 mars 2015, *Petropars c/ Conseil*, aff. T-433/13, §§68-71.

b) La complicité

591. *Dualité d'appréhension* – Bien que la complicité soit quasi-systématiquement réprimée par le droit pénal de l'Union, à tout le moins lorsque les infractions s'y prêtent, elle ne peut prétendre à une modélisation satisfaisante pour l'ensemble de la matière. En droit du rapprochement des infractions, le principe est sa punissabilité, pour les personnes physiques²³⁵⁰ comme morales²³⁵¹, à l'exception de la directive « pollution par les navires » qui n'envisage que celle des personnes physiques lorsque l'auteur principal est une personne morale²³⁵². En revanche, dans aucun instrument, la complicité n'est définie. Le droit de la concurrence, de son côté, n'a qu'assez tardivement usé du vocable relatif à cette forme de participation à l'infraction²³⁵³ car c'est « une autre voie dogmatique » qui a été empruntée par la Commission, consistant à tenir compte « de la « gravité » de la contribution à l'infraction » pour fixer l'amende²³⁵⁴. « Le résultat est néanmoins le même »²³⁵⁵, puisqu'il s'agit bel et bien de réprimer les comportements ayant « pour effet d'encourager la continuation de l'infraction et de compromettre sa découverte »²³⁵⁶. Aussi retrouve-t-on le terme de complicité en doctrine²³⁵⁷. Mieux défini(ssabl)e en ce domaine, elle peut s'exprimer de manière active, par fourniture d'aide, lorsqu'une entreprise alimente à un système d'échange d'informations qui permet de réduire l'incertitude inhérente à la concurrence

²³⁵⁰ Art. 14, §1 de la directive « infractions terroristes » ; art. 3 de la directive « traite des êtres humains » ; art. 7, §1 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 3, §1 de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art. 8, §1 de la directive « cybercriminalité » ; art. 2, §2 de la décision-cadre « racisme et xénophobie » ; art. 1, §3 de la convention PIF ; art. 5, §1 de la convention « corruption publique » ; art. 5, §1 de la directive « PIF » ; art. 5 de la décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiement » qui, visant « la participation » inclue la complicité ; art. 4, §1 de la directive « protection de l'euro contre la contrefaçon » ; art. 6, §1 de la directive « abus de marché » ; art. 3 de la décision-cadre « corruption privée » ; art. 2 de la directive « aide à l'immigration illégale » ; art. 4 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal ». La complicité de blanchiment de capitaux est assimilée à l'infraction principale (art. 1, §3 de la directive « blanchiment » de 2015). La décision-cadre « criminalité organisée » ne mentionne pas la complicité mais celle-ci est comprise dans l'infraction de participation à une organisation criminelle.

²³⁵¹ Outre que la rédaction des articles sus-cités n'exclut pas les personnes morales, la complicité d'une personne morale est expressément mentionnée par les dispositions relatives à leur responsabilité, dans chaque outil de rapprochement des infractions, par visa de la disposition incriminant les modes de participation. Voir articles de référence note n°2335.

²³⁵² Art. 11, §3 de la directive.

²³⁵³ CJUE, 22 janv. 2016, Eturas e.a., aff. C-74/14, §28 ; 22 oct. 2015, AC-Treuhand AG c/ Commission, aff. C-194/14P, §31 ; Dansk Rørindustri, précité, §173 ; Aalborg Portland A/S e.a. c/ Commission, précité, §84.

²³⁵⁴ Conclusions de l'av. Gén. STIX-HACKL présentées le 26 sept. 2002 dans l'aff. C-195/99P, Krupp Hoesch Stahl AG c/ Commission, note n°15.

²³⁵⁵ *Ibid.*

²³⁵⁶ Notamment : TPICE, 8 juill. 2008, AC-Treuhand AG c/ Commission, aff. T-99/04, §130 ; Dansk Rørindustri ; précité ; AC-Treuhand, précité.

²³⁵⁷ Notamment : DECOCQ, A., Une entreprise de conseil peut être complice d'une entente, C.C.C., 2016, n°1, com. 16 ; IDOT, L., Chronique droit européen de la concurrence : le contentieux des cartels toujours au cœur de l'actualité, RTD eur., 2015, p. 817 et s. ; DEZOBRY, G., Chronique de jurisprudence communautaire : article 81 et 82 TCE – année 2008, RMCUE 2010, p. 49 et s. ; BLAISE, J.-B. et IDOT, L., Chronique de droit communautaire de la concurrence, RTD eur. 2008, p. 313 et s. n°141 ; MALAURIE-VIGNAL, M., Précision sur le consentement à l'entente lors de la présence d'une entreprise à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel, C.C.C. 2007, n°2, comm. 57 ; CLAUDEL, E., La participation à une réunion fait-elle la preuve d'une entente: le droit français entre singularité et mimétisme, RTD com. 2004, p. 455 et s.

idéale²³⁵⁸ comme de manière passive, lorsqu'une entreprise de conseil contribue, par sa prestation de service, à une entente²³⁵⁹ ou lorsqu'une entreprise assiste à des réunions ayant pour objet l'organisation d'une entente sans se distancier publiquement de l'infraction, ni la dénoncer aux autorités administratives²³⁶⁰.

592. En droit du manquement d'Etat et des mesures restrictives, en revanche, la complicité n'existe pas²³⁶¹. Elle ne peut être considérée comme un mode de participation sanctionné de manière générale en droit de l'Union européenne. La tentative n'est pas non plus envisagée pour l'ensemble des euros-infractions. En revanche, ce constat peut être logiquement modélisé.

c) La tentative

593. Modélisation complexe – L'appréhension de la tentative en droit de l'Union est complexe. Pour le comité d'experts réunis pour l'élaboration de dispositions types relatives au droit pénal général, la tentative « devrait être érigée en infraction si cela s'avère nécessaire et proportionné en relation avec l'infraction principale », en gardant à l'esprit qu'un « comportement laissant seulement supposer l'existence d'un danger abstrait auquel serait exposé le droit ou l'intérêt protégé ne devrait être érigé en infraction que si cela est approprié compte tenu de l'importance particulière que revêt le droit ou l'intérêt faisant l'objet de la protection »²³⁶². Par ailleurs, recherchant la rationalité dans le choix de l'incrimination obligatoire, optionnelle ou néante de la tentative en droit du rapprochement des infractions, il a été observé qu'en présence d'infractions instantané, la tentative sera incriminée²³⁶³; lorsqu'elles sont plus continues, relèvent d'attitudes générales ou sont l'expression d'une pensée²³⁶⁴, la tentative ne sera généralement pas

²³⁵⁸ TPICE, 11 mars 1999, Krupp Hoesch c/ Commission, aff. T-147/94, §§101-106.

²³⁵⁹ TPICE, 8 juill. 2008, AC-Treuhand AG c/ Commission, aff. T-99/04, §§112-136; CJUE, AC-Treuhand AG c/ Commission, précité.

²³⁶⁰ Notamment : CJUE, AC-Treuhand AG c/ Commission, précité, §31 ; Dansk Rørindustri c/ Commission, précité §143 ; Aalborg Portland A/S e.a., précité §81 ; 8 juill. 1999, Hüls c/ Commission, aff. C-199/92-P, §155 ; Krupp Hoesch Stahl c/ Commission, précité.

²³⁶¹ Entant néanmoins précisé que si les mesures restrictives anti-terrorisme peuvent être analysées comme la répression autonome de la complicité par fourniture de financement, la directive « infractions terroristes » impose cependant aux Etats membres de réprimer la complicité de financement du terrorisme (art. 14 de la directive).

²³⁶² Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types, précité, p. 5-6.

²³⁶³ Tel est notamment le cas de la tentative de commettre une infraction terroriste primaire, le vol, l'extorsion et faux et usage de faux en vue de commettre une infraction terroriste primaire (art. 4, §3 de la décision-cadre « infractions terroristes » repris par l'article 16, §3 de la proposition de directive « infractions terroristes »).

²³⁶⁴ Ainsi, la tentative d'incitation publique à la haine et l'apologie/négation/banalisation grossière d'un crime international n'est pas incriminée (art. 2 de la décision-cadre 2008/913 « racisme et xénophobie). L'incitation publique à commettre une infraction terroriste (art. 3, §2, non mentionné par l'article 4 de la décision-cadre « infractions terroristes », repris par les articles 5

incriminée²³⁶⁵; là où l'incrimination de la tentative est facultative, elle se fait surtout l'expression d'une incapacité des Etats membres ou des institutions à se mettre d'accord sur l'obligation d'incriminer ou non²³⁶⁶. Ces logiques ne sont cependant pas les seules à l'œuvre. L'absence d'obligation d'incriminer la tentative semble parfois tenir d'un élément matériel défini d'une manière telle que l'incrimination de la tentative est inopportune en pratique, comme c'est le cas en matière de corruption de fonctionnaires²³⁶⁷. De manière proche, l'incrimination autonome de la tentative n'a aucune utilité lorsqu'elle est intégrée à la définition même d'une infraction intégralement consommée, ainsi qu'a été défini le blanchiment de capitaux²³⁶⁸. Et parfois, pour certaines infractions, telle la menace de commettre une infraction terroriste, le principe même de la tentative apparaît difficilement concevable.

594. *Modélisation imparfaite* – Ces observations ne sont cependant pas absolues. D'une part, au sein du droit du rapprochement des infractions certaines incohérences peuvent être relevées. Ainsi, par exemple, la tentative de faire assister un enfant à des activités ou abus sexuels ne doit pas impérativement être incriminée, bien que rien ne semble l'expliquer. A l'inverse, la tentative d'exploitation de l'être humain, infraction continue, doit être incriminée²³⁶⁹, encore qu'ainsi que le recommande le projet de disposition types, le comportement ne relève pas d'un « danger abstrait » et menace un bien juridique d'importance. D'autre part, en dehors du droit du rapprochement des infractions, la tentative est, pour ainsi dire, inexistante. Le double manquement d'Etat, infraction continue, ne connaît pas la tentative ; l'infraction ne s'y prête guère. En droit de la concurrence, si l'on peut effectivement lire que la tentative est punissable²³⁷⁰,

et 16, §3 de la proposition de directive « infractions terroristes ») ou encore la recommandation d'initié (art. 3, §6, non mentionné par l'art. 6, §2 de la directive « abus de marché ») non plus.

²³⁶⁵ Tel l'emploi illégal de ressortissants tiers (directive 2009/52/CE), la participation à une organisation criminelle et la concertation criminelle (aucune disposition de la décision-cadre « criminalité organisée » n'est consacrée aux modes de participation ou de consommation), les infractions liées à un groupe terroriste, la provocation à commettre une infraction terroriste, ou encore recevoir un entraînement terroriste (art. d'incrimination non visé par l'art. 14, §3 de la directive « infractions terroristes » dédié à la tentative), le recel d'instrument de paiement volé ou obtenu illégalement, faux ou falsifié (art. 2, c), non mentionné à l'article 5, de la décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces »).

²³⁶⁶ FLORE, D., *Droit pénal européen*, Larcier, 2009, p. 218.

²³⁶⁷ Par exemple, étant donné que la corruption de fonctionnaires consiste à faire des promesses, que celles-ci soient ou non effectivement tenues ou accomplies, il n'a pas été jugé nécessaire d'imposer l'incrimination de la tentative - Rapport explicatif concernant la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, explication de l'article 5.

²³⁶⁸ Art. 2, §1 de la directive « blanchiment de capitaux » de 2005 : « Aux fins de la présente directive, sont considérés comme blanchiment de capitaux les agissements ci-après énumérés, commis intentionnellement : d) (...) les tentatives de le perpétrer ».

²³⁶⁹ Art. 3 de la directive.

²³⁷⁰ Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2003, Études thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels, p. 62 ; DECOQC, G., La tentative d'abus de position dominante est punissable, *Contrats Concurrence Consommation* n°5, Mai 2010, comm. 129.

présenter la sanction d'une clause contractuelle ayant pour objet de restreindre la concurrence qui n'a pas été mise en œuvre par les cocontractants comme telle²³⁷¹ a quelque chose de dérangeant. Ces faits évoquent bien plus la consommation complète d'une infraction formelle²³⁷², qu'un commencement d'exécution inachevé pour des raisons ne relevant pas d'un renoncement volontaire.

595. Finalement, la tentative, mode de participation expressif d'un modèle distinctif, sophistiqué et autoritaire de responsabilité pénale, ne sort pas véritablement du champ d'application du droit du rapprochement des infractions. Le traitement de l'instigation ou l'incitation s'en distingue et se rapproche plus de celui de la complicité.

d) L'incitation, l'instigation

596. *Systématisation partielle* - En droit du rapprochement des infractions, l'incitation et/ou l'instigation doivent, généralement, être sanctionnées²³⁷³ mais ne sont ni distinguée, ni définies. En droit la concurrence, en revanche, l'incitation et l'instigation sont des circonstances aggravantes distinctes²³⁷⁴ et définies : « alors que le rôle d'incitateur a trait au moment de l'établissement ou de l'élargissement d'une entente, le rôle de meneur a trait au fonctionnement de celle-ci »²³⁷⁵. Ainsi, la qualification d'instigateur a été attribuée à l'entreprise qui a joué de manière décisive dans la conception et la mise en place de l'entente et dans son élargissement²³⁷⁶ ;

²³⁷¹ Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2003, Études thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels, p. 62 citant comme illustration : CJCE du 21 fév. 1984, Hasselblad, 86/82 ; 11 janv.1900, Sandoz prodotti Farmaceutici, aff. 277/97.

²³⁷² En effet, l'entente illicite et l'abus de position dominante prohibent des pratiques ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel ; il n'est donc pas nécessaire, pour considérer ces infractions comme intégralement consommé qu'il y ait eu restriction effective de la concurrence.

²³⁷³ Art. 4, §1 de la décision-cadre « infractions terroristes » ; art. 16 de la directive « infractions terroristes » ; art. 3 de la directive « traite des êtres humains » ; art. 7, §1 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 3, §1 de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art. 8, §1 de la directive « cybercriminalité » ; art. 2, §1 de la décision-cadre « racisme et xénophobie » ; art. 1, de la convention PIF ; art. 5, §1 de la convention « corruption publique » ; art. 5, §1 de la directive « PIF » ; art. 4, §1 de la directive « protection de l'euro contre la contrefaçon » ; art. 7, §1 de la décision-cadre contrefaçon des moyens de paiement » ; art. 6, §1 de la directive « abus de marché » ; art. 3 de la décision-cadre « corruption privée » ; art. 2 de la directive « aide à l'immigration illégale » ; art. 4 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal ». L'incitation au blanchiment de capitaux est assimilé à l'infraction principale (art. 1, §3 de la directive « blanchiment » de 2015).

²³⁷⁴ Point 2 des lignes directrices. En jurisprudence, notamment : TPICE 15 mars 2006, BASF c/ Commission, aff. T-15/02, §316 ; 15 juin 2005, SGL Carbon e.a. c/ Commission, aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, §§317-318 ; conclusions de l'av. gén. MENGOZZI, présentées le 6 nov. 2008 dans l'aff. aff. C-511/06P, Archer Daniels Midland c/ Commission, §58.

²³⁷⁵ TPICE, BASF c/Commission, précité, §316 – voir par exemple : TPICE, 26 avril 2007, Bolloré e.a. c/ Commission, aff jointes T-109/02, e.a, §584 ; 18 juin 2008, Hoechst/Commission, T-410/03, §423.

²³⁷⁶ TPICE, 15 juin 2005, Tokai Carbon e.a. c/ Commission, aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, §§313-314.

celle de « meneur » a qualifié l'entreprise qui a exercé des fonctions de coordinateur en organisant le secrétariat chargé de la mise en œuvre concrète de l'entente²³⁷⁷, ou encore à celle qui a contrôlé, mis en œuvre et s'est assurée du respect d'un certain nombre de mesures visant à limiter le commerce parallèle²³⁷⁸.

597. Ainsi que l'avait observé le Tribunal en 2008 en matière de concurrence, le droit de l'Union ne s'est pas prononcé, de manière explicite, sur l'adoption d'un modèle « unitaire », qui englobe toute personne ayant contribué à la commission d'une infraction, ou celle d'un modèle distinguant les « auteurs » des « complices » ou tout autre participant à l'infraction²³⁷⁹. En effet, si le droit du rapprochement des infractions a clairement opté pour un modèle « distinctif » au stade de la détermination de la responsabilité, le reste du droit de l'Union ne distingue pas systématiquement l'auteur du complice ou de l'instigateur. Cela étant, dans la mesure où le manquement d'Etat et les mesures restrictives ne s'y prêtent qu'assez peu, leur indifférence n'est pas significative. De la sorte, si l'on ne peut pas dire que le droit pénal de l'Union a opté pour le modèle « distinctif », il n'a pas non plus opté pour le modèle « unitaire ». La sanction de ces différents modes de participation n'est guère moins désordonnée.

II- L'incertitude du modèle confirmé par les sanctions prévues pour les différents modes de participation

598. Les modèles de référence - La question de la participation à l'infraction peut être traitée de deux manières : la méthode unitaire ne distingue pas l'auteur principal des autres participants ; la méthode distinctive, elle, graduera la sanction des différents modes de participation à l'infraction selon la gravité attribuée à chacun d'eux.

599. Le modèle unitaire : la sanction du décideur - La responsabilité du décideur distingue, certes, l'auteur direct de l'indirect ; cependant, au stade de la sanction, le décideur est sanctionné

²³⁷⁷ TPICE, 9 juill. 2003, Archer Daniels Midland c/Commission, T-224/00, §246 et 247 ; Alstom c/ Commission, aff. T-117/07, §285-287.

²³⁷⁸ TUE, 30 avril 2009, Nintendo c/ Commission, aff. T-13/03, §128.

²³⁷⁹ En ce sens : TPICE, 8 juill. 2008, AC-Treuhand c/ Commission, aff. T-99/04, §117.

comme l'auteur direct²³⁸⁰. Cette responsabilité est, par ailleurs, non exclusive puisque, sauf en matière de manquement d'Etat, la responsabilité du décideur est cumulable avec celle du préposé ayant matériellement commis l'infraction si celui-ci se révèle être complice ou co-auteur de l'infraction²³⁸¹.

600. Les modèles d'inspiration distinctive : sanction de la complicité et de l'incitation –

Deux modes de participation à l'infraction sont sanctionnés de manière distincte de l'auteur principal : la complicité et l'incitation/instigation. Pour ces deux modes de participation, le droit du rapprochement des infractions ne prescrit, généralement, que le principe d'une sanction effective, proportionnée et dissuasive²³⁸², là où l'auteur principal voit sa sanction plus précisément prévue. En droit de la concurrence, la complicité peut être prise en compte au stade du calcul de l'amende, au titre d'une participation moindre, et permettre une réduction de l'amende²³⁸³ ; à l'inverse, mais toujours suivant un schéma distinctif, le rôle de meneur ou d'instigateur joue comme circonstance aggravante lors du calcul du montant de l'amende, « dans la mesure où les

²³⁸⁰ En droit du rapprochement des infractions : art. 7, §2 de la décision-cadre « terrorisme » ; art. 5, §2 de la décision-cadre « criminalité organisée » ; art. 5, §2 de la directive « traite des êtres humains » ; art. 12, §2 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 6, §2 de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art.10, §2 de la directive « cybercriminalité » ; art. 5, §2 de la décision-cadre « racisme et xénophobie » ; art.5, §2 de la décision-cadre « corruption privée » ; art.7, §2 de la décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiements » ; art.6, §2 de la directive « protection de l'euro par le droit pénal » ; art. 8, §2 de la directive « abus de marché » ; art. 2, §2 de la décision-cadre « aide à l'immigration illégale » ; art. de la directive « emploi illégal de ressortissants tiers » ; art. 6, §2 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal ».

En droit de la concurrence : « C'est sans commettre d'erreur de droit que le Tribunal a jugé, au point 156 de l'arrêt attaqué, qu'il ressort de la jurisprudence que la Commission dispose d'une marge d'appréciation pour étendre la responsabilité d'une infraction à une société mère, en plus de la société directement impliquée dans le comportement anticoncurrentiel » (CJCE, 11 juill. 2013, Team Relocation c/ Commission, aff. C-444/11P, §161). Voir également : décision 2001/418/CE de la Commission, du 7 juin 2000, Affaire COMP/36.545/F3 – Acides aminés ; décision 2006/902/CE de la Commission, du 21 déc. 2005, Affaire COMP/F/C.38.443 – Produits chimiques pour le traitement du caoutchouc ; décision 2005/566/CE de la Commission, du 9 déc. 2004, Affaire C.37.533 – Chlorure de choline.

Dans le domaine des mesures restrictives, « la filiale n'est inscrite que parce qu'elle est détenue à 100 % par sa société mère et qu'il existe un risque non négligeable, nécessairement présumé, que la société mère parvienne à contourner les mesures restrictives la frappant par l'intermédiaire de sa filiale » (conclusions de l'av. gén. MENGOZZI présentées le 29 nov. 2011 dans l'aff. C-376/10P, Pye Phyto Tay Za, §38).

²³⁸¹ Art. 7, §3 de la décision-cadre « terrorisme » ; art. 5, §3 de la décision-cadre « criminalité organisée » ; art. 5, §3 de la directive « traite des êtres humains » ; art. 12, §3 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 6, §3 de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art.10, §3 de la directive « cybercriminalité » ; art. 5, §3 de la décision-cadre « racisme et xénophobie » ; art.5, §3 de la décision-cadre « corruption privée » ; art.7, §3 de la décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiements » ; art.6, §3 de la directive « protection de l'euro par le droit pénal » ; art. 8, §3 de la directive « abus de marché » ; art. 2, §3 de la décision-cadre « aide à l'immigration illégale » ; art. de la directive « emploi illégal de ressortissants tiers » ; art. 6, §3 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal » ; art. 47, §3 du règlement 1005/2008 du Conseil du 29 septembre 2008 établissant un système.

²³⁸² Pour la complicité : art. 5, §1 de la décision-cadre « terrorisme » ; art. 3 de la directive « traite des êtres humains » ; art. 7 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 2 et 3 de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art. 8 et 9, §1 de la directive « cybercriminalité » ; art. 2 et 3, 1 de la décision-cadre « racisme et xénophobie » ; art. 3 de la convention PIF ; art. 7, §1 de la directive « PIF » ; art. 3 et 4, §1 de la décision-cadre « corruption privée » ; art.4 de la convention « corruption publique » ; art. 5 de la décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiements » ; art. 6 de la directive « protection de l'euro par le droit pénal » ; art. 6 et 7 de la directive « abus de marché » ; art. 2 de la directive « aide à l'immigration illégale » ; art. 9, §2 de la directive « emploi illégal de ressortissants tiers ».

²³⁸³ TUE, 8 juill. 2008, AC-Treuhand AG c/ Commission, aff. T-99/04, §133.

entreprises ayant joué un tel rôle doivent, de ce fait, porter une responsabilité particulière par rapport aux autres entreprises »²³⁸⁴. Les lignes directrices ne précisent cependant pas avec quelle sévérité. La pratique de la Commission semble être celle d'une majoration de 50% du montant de base²³⁸⁵.

601. *L'absence de modèle : la sanction de la tentative.* S'agissant, ensuite, de la tentative, le droit du rapprochement des infractions, prescrit, comme pour la complicité, simplement qu'elle soit punissable d'une sanction effective, proportionnée et dissuasive²³⁸⁶. Ponctuellement, cependant, la même disposition sera applicable à la tentative et la consommation complète, sans graduation dans la sévérité de la sanction²³⁸⁷. En droit de la concurrence, la tentative n'étant appréhendée que de manière « accidentelle », elle relève alors de la consommation complète au titre d'auteur. Il n'y a donc pas de sanction spécifiquement prévue pour ce mode incomplet de participation à l'infraction.

602. La répression des modes de participation à une infraction manquent, avec évidence, de clarté et de cohérence. Le droit du rapprochement des infractions a clairement opté pour un modèle « distinctif » : diverses formes de participation à l'infraction sont envisagées, distinctement de la commission par l'auteur principal, et la prévision de la sanction déroge à celle de l'auteur principal en n'étant que celle d'une sanction effective, proportionnée et dissuasive, là où l'auteur principal encourt une peine privative de liberté dont le quantum est encadré. En droit de la concurrence, le modèle de détermination de la responsabilité serait « unitaire ». Ni le traité, ni les règlements n'envisagent la complicité, la tentative, l'incitation ou l'instigation. Cependant, la

²³⁸⁴ Notamment : CJCE, 8 nov. 1983, IAZ International Belgium e.a. c/ Commission, aff. jointes 96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, §§57-58 ; 16 no. 2000, Finnboard c/ Commission, aff. C-298/98 P, §45 ; TPICE, 14 mai 1998, Mayr-Melnhof c/ Commission, aff. T-347/94, §291.

²³⁸⁵ Ce taux de majoration de 50 % a été appliqué à, par exemple à Hoffmann-La Roche AG par la décision 2003/2/CE de la Commission, du 21 nov. 2001, affaire COMP/E-1/37.512 – Vitamines ; à Archer Daniels Midland e.a. par la décision 2001/418/CE de la Commission, du 7 juin 2000, aff. COMP/36.545/F3 – Acides aminés ; à Alstom par la décision C (2006) 6762 final de la Commission, du 24 janvier 2007, aff. COMP/F/38.899 – Appareillages de commutation à isolation gazeuse ou encore à SGL Carbon par la décision 2002/271/CE, du 18 juillet 2001, aff. COMP/E-1/36.490 - Électrodes de graphite.

²³⁸⁶ Art. 5, §1 de la décision-cadre « terrorisme » ; art. 3 de la directive « traite des êtres humains » ; art. 7 de la directive « exploitation sexuelle des enfants » ; art. 2 et 3 de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art. 8 et 9, §1 de la directive « cybercriminalité » ; art. 3 de la convention PIF ; art. 7 de la directive « PIF » ; art. 5 de la décision-cadre « contrefaçon des moyens de paiements » ; art. 6 de la directive « protection de l'euro par le droit pénal » ; art. 6 et 7 de la directive « abus de marché » ; art. 2 de la directive « aide à l'immigration illégale ».

²³⁸⁷ Ainsi, la tentative et divers formes de participation, d'aide, d'assistance sont assimilés au blanchiment (art. 1, §2, d) de la directive 2005/60 : la participation à l'un des actes visés aux points précédents, l'association pour commettre ledit acte, les tentatives de le perpétrer, le fait d'aider, d'inciter ou de conseiller quelqu'un en vue de le commettre ou le fait d'en faciliter l'exécution).

complicité et l'instigation affecte la détermination de la sanction. Ainsi, sous l'apparence d'un modèle « unitaire », se révèle un modèle à tendance « distinctive ». Toutefois, la volonté évidente de les prendre en compte exprime l'attitude d'un système pénal plutôt autoritaire qui entend appréhender toute forme de trouble à l'ordre public. Cette tendance autoritaire s'exprime également à travers l'étude de la culpabilité.

C- LA CULPABILITE : L'ASCENDANT DU MODELE LIBERAL

603. L'exigence d'une faute n'est pas un principe du droit de l'Union - Le principe *nulla poena sine culpa* n'est pas consacré par le droit écrit de l'Union. Il pourrait pourtant sans difficulté être reconnu comme un PGD unioniste pour être commun aux traditions constitutionnelles des Etats membres²³⁸⁸ ; plusieurs conclusions d'avocats généraux allaient d'ailleurs en ce sens²³⁸⁹. Bien que la Cour semble l'avoir implicitement admis²³⁹⁰, les occasions de le faire expressément n'ont pas été saisies²³⁹¹. Bien que n'étant pas un principe général du droit pénal de l'Union européenne, il est néanmoins « de principe » puisque la grande majorité des euro-infractions nécessitent la preuve d'une faute morale (I), qu'il existe des causes d'irresponsabilité (II), et que les « exceptions » relèvent plutôt d'aménagements fondés sur des présomptions de faute (III).

²³⁸⁸ PRADEL, J., Droit pénal comparé, Dalloz, coll. Précis, 2008, n°64 ; Conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans l'affaire Schenker & Co. AG e.a. (aff. C-681/11) et celles dans l'affaire Schindler (aff. C-501/11), respectivement §41 et §114.

²³⁸⁹ En particulier : Conclusions de l'av. gén. KOKOTT suscitées ; Conclusions de l'av. gén. STIX-HACKL du 27 nov. 2001 dans l'affaire Käserei Champignon Hofmeister, C-210/00, §§23 et s. (implicite) ; Conclusions de l'av. gén. SIR GORDON SLYNN, du 23 nov. 1981 dans l'affaire Estel NV c/ Commission, aff. 270/82, p. 1225.

Concluent à son application en droit de l'Union : Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER du 24 janv. 2008 dans l'affaire Michaeler e.a., C-55/07 et C-56/07.

²³⁹⁰ Conclusions de l'av. gén. VAN GERVEN du 15 sept. 1993 dans l'affaire Procédure pénale c/ Charlton, C-116/92, §18 s'appuyant sur les arrêts du 3 mars 1982, Alpha Steel/Commission (14/81, §29) et 17 mai 1984, Estel/Commission (83/83, §§38 à 43) ; Conclusions de l'av. gén. SHARPSTON présentées le 17 sept. 2009 dans l'aff. Pontina Ambiente Srl c/ Regione Lazio, C-172/08, (§63) citant l'arrêt Käserei Champignon Hofmeister (§§35-52).

Dans le même sens : la Commission, dans l'arrêt Käserei Champignon Hofmeister (11 juill. 2002, aff. C-210/00, §32) considère également le principe comme implicitement reconnu, notamment par l'arrêt du 27 oct. 1992, Allemagne/Commission (C-240/90, §§25-26).

²³⁹¹ Elle en a souvent écarté l'applicabilité, le principe ayant été invoqué à propos de sanctions considérées comme non pénales : CJCE, 10 juill. 1990, Hansen, aff. C-326/88, §14 ; 11 juill. 2002, Käserei Champignon Hofmeister, aff. C 210/00, §§35 et 44. Dans l'arrêt Maizena (18 nov. 1987, Maizena e.a., aff. 137/85, §14), la Cour ne le considéra que comme un des « principes typiques du droit pénal ». Dans l'arrêt Thyssen AG c/ Commission (6 nov. 1983, aff. 188/82, §13), elle écarta la question de l'exigence d'une faute en rejetant l'état de nécessité invoqué au motif qu'en tout état de cause la requérante ne pouvait invoquer l'état de nécessité d'un tiers. Dans l'affaire Ebony Maritime (27 fev. 1997, aff. C-177/95) le requérant invoquait précisément la violation du principe de culpabilité en tant que PGD communautaire ; la Cour botte en touche en renvoyant à l'autonomie des Etats membres pour fixer les modalités des sanctions des violations du droit communautaire dans le silence des traités.

I- Le principe : l'exigence d'une faute

604. De l'exigence d'une faute à l'identification des fautes exigées – Bien que le principe *nulla poena sine culpa* ne soit pas un PGD du droit de l'Union, il est néanmoins une règle implicite de droit pénal général puisque la répression des euros-infractions en exige toujours une (a). Dès lors, il est possible d'identifier les différentes fautes que prévoit le droit pénal de l'Union européenne (b).

a) La faute, élément constitutif des euro-infractions

605. Analyse systémique - En droit pénal communautaire, toutes les infractions sont intentionnelles. Cela n'est guère étonnant dans la mesure où les euro-infractions présentent nécessairement une particulière gravité²³⁹². Le droit communautaire pénal n'étant pas limité à cette exigence de gravité²³⁹³, il connaît la non-intention, ce qui n'en demeure pas moins un élément moral. Ainsi, en matière de concurrence, si l'illicéité objective suffit à constater l'existence d'une infraction²³⁹⁴, seule l'illicéité subjective - intention délibérée ou négligence - autorise sa punition par l'imposition d'une amende²³⁹⁵, qu'il s'agisse des infractions aux règles de fond ou de procédure²³⁹⁶. Il en va de même en matière de fraudes aux intérêts financiers²³⁹⁷, d'atteintes à

²³⁹² Art. 83, §1 TFUE.

²³⁹³ Sauf pour les infractions précédemment affiliées au droit communautaire pénal mais relevant de l'article 83, §1 TFUE. Cela concerne : la corruption, le blanchiment, le trafic d'armes et la contrefaçon de moyens de paiements.

²³⁹⁴ Il est communément entendu que les infractions de la concurrence « ne renferment que des éléments constitutifs matériels » n'exigeant donc aucune faute morale (BOUSCANT, R., La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen, RTD Eur. 2000 p.67. Dans le même sens : DAVID, E., Elément de droit pénal international et européen, précité, p. 1495, n°19.58 ; GAVALDA, C et PARLEANI, G., Droit des affaires de l'Union Européenne, précité, n°647). Selon la définition jurisprudentielle ayant toujours cours, l'abus de position dominante « est une notion objective qui vise les comportements » (CJCE, Hoffmann-LaRoche, précité – voir également : CJUE, 19 avr. 2012, Tomra E.A. c/ Commission, aff. C-549/10 P, §22 ; TPI, 12 déc. 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, aff. T-128/98, §173).

De même, afin de caractériser une entente illicite, dès 1966, la Cour de Justice ne recherchait qu'un « ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait » (CJCE 30 juin 1966, Société technique minière (LTM) c/ Maschinenbau ULM GMBH (MBU), aff. 56-65). Dans le même sens : décision de la Commission du 28 novembre 1990, Bayer Dental, JOCE L 351/46, 15 déc. 1990.

Enfin, l'appréciation de la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun dépend d'un critère unique qui est un critère matériel : l'influence de la concentration sur la concurrence effective. (...) Il n'existe là encore aucune référence à la faute commise par les auteurs de l'opération de concentration, seul compte l'effet de l'opération sur la structure concurrentielle » (BOUSCANT, R., précité).

²³⁹⁵ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 28 fév. 2013 dans l'aff. C-681/11, Schenker & Co., §42 : « en matière d'ententes, le principe *nulla poena sine culpa* trouve aussi bien son expression à l'article 15, paragraphe 2, de l'ancien règlement no 17 qu'à l'article 23, paragraphe 2, du règlement no 1/2003 actuellement en vigueur » ; Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 18 avril 2013 dans l'aff. C-501/11P, Schindler Holding c/ Commission, §122 : « Il est constant qu'en cas de doute la faute de l'entreprise au regard de sa participation à l'entente doit, conformément au principe *nulla poena sine culpa*, être séparément établie ».

²³⁹⁶ Art. 23, §1 et §2 du règlement 1/2003 et art. 14, §1 et §2 du règlement 139/2004.

²³⁹⁷ Les irrégularités doivent avoir été commises « intentionnellement ou par négligence » (art. 5 du règlement 2988/95).

l'environnement²³⁹⁸, ou encore d'abus de marché²³⁹⁹. S'agissant du droit du double manquement d'Etat, l'imposition d'une somme forfaitaire prenant notamment en compte le comportement de l'Etat membre²⁴⁰⁰, il semble difficile de soutenir que le double manquement d'Etat est parfaitement dépourvu de tout élément moral.

606. L'exigence d'une faute peut donc être considérée « de principe » en droit pénal de l'Union européenne. Bien que celui-ci n'ait pas pris soin de définir celle(s) qu'il exige, cela peut néanmoins être déterminé.

b) Les fautes exigées

607. *L'intention* – « Toutes les législations s'accordent pour décider – même dans le silence des codes, ce qui est très fréquent – que la faute intentionnelle ou intention ou encore *dol*²⁴⁰¹ est la conscience de l'illicéité de l'acte et la volonté de l'accomplir cependant en vue d'obtenir le résultat prohibé »²⁴⁰². Bien que ni le législateur, ni les juges de l'Union n'aient donné jusqu'ici une définition générale de l'intention²⁴⁰³, la Cour de Justice a, en revanche, défini les termes « sciemment »²⁴⁰⁴ et « volontairement » comme impliquant un élément de connaissance et, d'autre part, un élément de volonté²⁴⁰⁵. En conséquence, « il peut être déduit de [cet arrêt] que (...) même sans que l'élément de la connaissance soit expressément évoqué, la notion d'acte intentionnel

²³⁹⁸ Art. 3 de la directive « protection pénale de l'environnement » et art. 4 de la directive « pollution par les navires ».

²³⁹⁹ La Cour de Justice a récemment considéré que l'exigence d'un élément moral à l'opération d'initié, non expressément prévu par la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (JOUE L 96 du 12 avril 2003), se présumait de la réunion des autres éléments constitutifs de l'infraction quoique la présomption puisse être renversée (CJUE, 23 déc. 2009, Spector Photo Group NV et Chris Van Raemdonck c/ Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA), aff. C-45/08, §§36 et 54). L'élément intentionnel est désormais expressément exigé par la directive pénale « abus de marchés » (art. 3, §1, 4, §1 et 5, §1 de la directive).

²⁴⁰⁰ Notamment : CJUE, 19 déc. 2012, Commission c/ Irl., aff. C-347/11, §§46-47 ; 11 déc. 2012, Commission c/ Espagne, précité, §142 ; 31 mars 2011, Commission c/ Grèce, aff. C-407/09, §30 ; 7 juill. 2009, Commission c/ Grèce, aff. C-369/07, §145 ; 9 déc. 2008, Commission c/ France, aff. C-121/07, §64.

²⁴⁰¹ Intention et *dol* sont ici considérés comme synonymes par le Professeur Pradel, lequel s'appuie en particulier sur le droit pénal italien : « il delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando... » (le délit est dolosif, avec intention, quand...) (art. 43 c. pén. Italien).

²⁴⁰² PRADEL, J., Droit pénal comparé, Dalloz, coll. Précis, 2008, n°66.

²⁴⁰³ En ce sens : Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 24 oct. 2013 dans l'aff. C-396/12, Van der Ham, §33.

²⁴⁰⁴ Employé par exemple en matière d'aide à l'immigration irrégulière (art. 1^{er} de la directive « aide à l'immigration illégale » et art. 9 de la directive « emploi illicite de ressortissants tiers »).

²⁴⁰⁵ CJUE, 21 déc. 2011, Afrasiabi, aff. C-72/11, §§66-67 : « Ces deux éléments cumulatifs de connaissance et de volonté sont réunis lorsque la personne participant à une activité visée (...) recherche délibérément l'objet ou l'effet, direct ou indirect, de contournement attaché à celle-ci. Ils sont également remplis lorsque la personne en cause considère que sa participation à une telle activité peut avoir cet objet ou cet effet et qu'elle accepte cette possibilité ». Dans le même sens : CJCE, 18 mai 2006, Commission c/ Espagne, aff. C-221/04, §71.

englobe ces deux éléments, à savoir la connaissance et la volonté. Cela repose sur une conviction commune européenne suffisante, de sorte qu'il y a lieu de supposer qu'elle guide le législateur de l'Union lorsqu'il emploie la notion d'acte intentionnel²⁴⁰⁶. En effet, les euro-infractions harmonisées respectent cette conception. Par exemple, le blanchiment suppose une connaissance de l'origine criminelle des biens et la volonté de la dissimuler²⁴⁰⁷. De même, en exigeant que les infractions liées à l'informatique et/ou aux techniques d'information et de communication soient commises « sans droit »²⁴⁰⁸, c'est-à-dire hors les cas où la commission des faits poursuit, par exemple, un objectif légitime - répressif²⁴⁰⁹, préventif²⁴¹⁰, ou encore professionnel²⁴¹¹ - c'est bien la connaissance de l'illicéité de l'acte et la volonté de l'accomplir en vue d'obtenir le résultat prohibé qui sont exigés. Ou encore, le caractère intentionnel du trafic de fausse monnaie suppose que les faits aient été commis « dans le but de la mettre en circulation et en sachant qu'elle est fausse »²⁴¹². Dans le domaine de la concurrence, en revanche, ces deux éléments sont moins visibles ; l'infliction d'une amende exigeant que soit établi que l'infraction a été commise « de propos délibéré ou par négligence grave », « cette condition est remplie dès lors que l'entreprise en cause ne peut ignorer le caractère anticoncurrentiel de son comportement, qu'elle ait eu ou non conscience d'enfreindre les règles de concurrence du traité »²⁴¹³. Cette formulation laissait entendre que l'intention suppose la conscience du caractère illicite du comportement, ce que confirmera ensuite, par exemple, la jurisprudence relative aux ententes secrètes²⁴¹⁴. Quant au droit

²⁴⁰⁶ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT dans l'aff. Van der Ham, précitées, §35. Dans le même sens, déjà, conclusions de l'av. gén. MAYRAS présentées le 29 oct. 1975 dans l'aff. 26/75, *General Motors Continental c/ Commission* ; CJCE, 28 oct. 2010, *SGS Belgium*, aff. C-367/09, §57 (« si (...) il apparaît que l'exportateur ignorait le caractère erroné de l'attestation de mise à la consommation (...) il ne saurait être considéré que cet exportateur a intentionnellement transmis des données fausses au sens de l'article 11, §1, premier alinéa, b), du règlement n°3665/87 »).

²⁴⁰⁷ Art. 1, §3 de la directive 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n°648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (JOUE L 141 du 5 juin 2015).

²⁴⁰⁸ Art. 2, d) (définition), et 3 à 7 (incriminations) de la directive « cybercriminalité » ; art. 5, §1 de la directive « exploitation sexuelle des enfants ».

²⁴⁰⁹ Lorsque les faits s'inscrivent dans le cadre d'une enquête ou de poursuites pénales (§17 du préambule de la directive « exploitation sexuelle des enfants »).

²⁴¹⁰ C'est-à-dire lorsque des faits liés à la pédopornographie s'inscrivent dans le contexte d'activités de signalement ou de détection des infractions, par exemple (§17 du préambule de la directive « exploitation sexuelle des enfants »).

²⁴¹¹ S'agissant des cyber-euro-infractions, les circonstances professionnelles sont celles, par exemple, qui ont vocation à tester la fiabilité de produits relevant des technologies de l'information ou la sécurité des systèmes d'information (§16 du préambule de la directive « cybercriminalité »). S'agissant des infractions liées à la pédopornographie, le motif professionnel est principalement d'ordre médical ou scientifique (§17 du préambule de la directive « exploitation sexuelle des enfants »).

²⁴¹² Art. 3, §1, c) de la directive « protection de l'euro contre la contrefaçon ».

²⁴¹³ Notamment : CJCE, 8 nov. 1983, *IAZ International Belgium e.a. c/ Commission*, aff. jointes 96 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, §45 ; 9 nov. 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c/ Commission*, aff. 322/81, §107 ; 14 oct. 2010, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. C-280/08 P, §124 ; 18 juin 2013, *Schenker and co.*, aff. C-681/11 P, §37.

²⁴¹⁴ « Le caractère secret de l'entente confirme le fait que les parties avaient conscience du caractère illicite de leur agissement » (CJCE, 18 sept. 2003, *Volkswagen AG c/ Commission*, aff/ C-338/00P, §29 ; Conclusions de l'av. gén.

du double manquement d'Etat, infraction consistant, pour un Etat membre, à se maintenir en infraction au droit institutionnel de l'Union, nonobstant le prononcé d'un arrêt en constatation de manquement ; un tel comportement exprime la conscience de transgresser le droit de l'Union et une certaine volonté de se maintenir en état d'infraction en ne se conformant pas aux prescriptions de l'arrêt déclaratif, ni aux recommandations que la Commission adresse lors de la phase précontentieuse²⁴¹⁵. A n'en pas douter, pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation française, cela caractériserait l'intention coupable²⁴¹⁶.

608. La négligence - Prévue pour les infractions environnementales²⁴¹⁷, les atteintes aux intérêts financiers de l'Union²⁴¹⁸, ou encore les infractions de la concurrence²⁴¹⁹, la notion de négligence implique une action ou omission par laquelle la personne responsable viole l'obligation de diligence qu'elle aurait dû et aurait pu respecter compte tenu de ses qualités, de ses connaissances et de ses aptitudes²⁴²⁰. Compte tenu de ces éléments, il existe plusieurs degrés de négligence. La négligence peut être simple lorsque l'infraction procède de l'inexpérience de l'auteur²⁴²¹. Elle peut être « grave »²⁴²² lorsqu'elle « [implique] une action ou omission involontaire par laquelle la personne responsable viole, d'une manière caractérisée, l'obligation de diligence qu'elle aurait dû et aurait pu respecter compte tenu de ses qualités, de ses connaissances, de ses aptitudes et de sa situation individuelle »²⁴²³. Tout laisse à penser que cette définition

TRSTJENJAK présentées le 15 mai 2008 dans l'aff. C-510/06P, Archer Daniels Midland c/ Commission, §226). L'intention anti-concurrentielle a parfois un degré plus élevé, exprimant une volonté précise d'adopter un comportement déterminé que le/les auteur(s) sait (savent) expressément prohibé par les règles communautaires. Ainsi, dans sa première décision infligeant une amende, la Commission relève que l'infraction est commise de propos délibéré parce que les personnes agissant pour le compte des entreprises « étaient au courant de ce que les accords et pratiques concertées conclus par elles... constituaient des infractions à l'article 85 §1 et étaient par conséquent susceptibles de déclencher l'application de l'article 15 §2 du règlement 17 relatif aux amendes » (déc. Comm. du 16 juillet 1969, Entente internationale de la quinine, §37, JOCE L 192 du 5 août 1969 – voir également : déc. Comm. du 23 décembre 1977, BMW Belgium SA, §26, déc. Comm. du 13 juillet 1994, Carton, JOCE L 243 du 19 sept. 1994).

²⁴¹⁵ En ce sens également : Conclusions de l'av. gén. JÄÄSKINEN présentées le 21 mars 2013 dans l'aff. C-241/11, Commission c/ Rép. Tchèque, §49 : « un arrêt rendu en vertu de l'article 260, §2 TFUE (double manquement), et imposant des sanctions pécuniaires, est emprunt d'un élément subjectif, dès lors qu'il implique une appréciation de la culpabilité d'un État membre ».

²⁴¹⁶ En effet, selon une jurisprudence constante, « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du Code pénal » (voir, notamment : Cass. Crim., 12 juillet 1994, pourvoi n°93-85.262 ; 30 oct. 1995, pourvoi n°94-83.386 ; 28 juin 2005, pourvoi n°05-82.189).

²⁴¹⁷ Art. 4, §§6 et 7 de la directive 2005/35/CE « pollution par les navires ».

²⁴¹⁸ Art. 5 du règlement 2988/95 relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes.

²⁴¹⁹ Art. 23, §2, al 1^{er} du règlement 1/2003 ; art. 14, §2, al 1^{er} du règlement 139/2004.

²⁴²⁰ CJCE, 3 juin 2008, Intertanko e.a., C-308/06, §74 à 77 ; 16 déc. 2008, Masdar c/ Commission, aff. C-47/07 P, §90.

²⁴²¹ Décision 96/438/CE de la Commission du 5 juin 1996, IV/34.983 - FENEX, §86 - JOUE L 181 du 20 juillet 1996.

²⁴²² Notamment : Art. 4, §§6 et 7 de la directive « pollution par les navires » ; Art. 23, §2, al 1^{er} du règlement 1/2003 ; art. 14, §2, al 1^{er} du règlement 139/2004.

²⁴²³ CJCE, Intertanko, précité, §§75-77. Dans le même sens, antérieurement : conclusions de l'av. gén. MAYRAS, présentées le 29 oct. 1975 dans l'aff. 26/75, General Motors Continental c/ Commission : « la négligence doit être retenue

jurisprudentielle doit être considérée comme générale. En effet, d'une part, à l'occasion de cette interprétation, la Cour a précisé que « ces différentes notions, notamment celle de « négligence grave » visée par les questions posées, correspondent à des critères d'engagement de la responsabilité ayant vocation à s'appliquer à un nombre indéfini de situations qu'il est impossible d'envisager à l'avance et non à des comportements précis susceptibles d'être détaillés dans un acte normatif, de droit communautaire ou de droit national »²⁴²⁴. D'autre part, la définition donnée fait écho à des cas de négligence grave caractérisés en jurisprudence de l'Union en raison de l'expérience des entreprises²⁴²⁵ ou encore lorsque l'auteur de l'infraction « aurait dû savoir que son comportement violait une interdiction prévue par le traité »²⁴²⁶.

609. La témérité – Outre la négligence grave et l'intention, la directive « pollution par les navires »²⁴²⁷ vise la témérité²⁴²⁸ qui n'est pas non plus définie. Insérée entre l'intention et la négligence, la témérité s'inscrirait donc en intermédiaire²⁴²⁹. Alors que la négligence grave vise « un manquement particulièrement sérieux aux obligations de diligence », la témérité, en outre, « suppose la conscience qu'un dommage se produirait probablement »²⁴³⁰.

610. Bien que les euro-infractions exigent manifestement toutes une faute, en déduire que le principe *nulla poena sine culpa* constitue une règle de droit pénal général de l'Union serait péremptoire si d'autres éléments ne venaient assoir l'affirmation.

lorsque l'auteur de l'infraction, agissant sans intention d'accomplir un acte illégal, n'a pas prévu les conséquences de son action, alors qu'une personne normalement avisée et suffisamment attentive n'aurait pas manqué de le prévoir ».

²⁴²⁴ *Ibid.*, §§72-73.

²⁴²⁵ CJCE, Hoffmann-Laroche, précité : « si la requérante n'a pas été consciente du fait que son comportement était interdit, elle aurait pu s'en apercevoir moyennant l'effort voulu » (extrait du mémoire en défense de la Commission. Plus diplomate, la Cour retiendra que « la conviction de la requérante qu'elle n'occupait pas une position dominante ne pouvait être que le fruit soit d'un examen insuffisant de la structure des marchés sur lesquels elle opérait, soit d'un refus de prendre ces structures en considération » (§139).

²⁴²⁶ CJCE 14 déc. 1978, *United Brands c/ Commission*, §§300-301.

²⁴²⁷ Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions - JOUE L 255 du 30 sept. 2005.

²⁴²⁸ Art. 4 de la directive suscitée.

²⁴²⁹ En ce sens : Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 20 novembre 2007 dans l'affaire C-308/06 « Intertanko », §§97-112.

²⁴³⁰ *Ibid.*, spéc. §§104 et 98.

II- La confirmation : les causes d'atténuation ou d'annihilation de la culpabilité

611. Le principe de la prise en compte des causes subjectives d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité - Dès lors que le droit de l'Union reconnaît, même timidement, l'application du principe *nulla poena sine culpa*, il s'en suit qu'une personne « ne doit répondre d'une infraction commise objectivement par elle que si cette infraction peut également lui être reprochée du point de vue subjectif »²⁴³¹. Si le droit de l'Union reconnaît effectivement l'existence de causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité pénale, certaines du moins, il apparaît cependant que l'emploi d'un terme ne correspond pas toujours au concept qu'il est censé dénommer. Par exemple, le Tribunal a pu évoquer la notion de « contrainte » tout en y accolant une définition correspondant plutôt à celle de l'état de nécessité²⁴³², là où la Cour, de son côté, qualifie de « contrainte » ce qui semble plutôt relever de l'ordre de la loi ou du commandement de l'autorité légitime, à savoir la soumission légale des entreprises à la loi ou aux réglementations d'une autorité de régulation²⁴³³. Nonobstant les confusions parfois décelables entre une dénomination et la définition qui y est attachée²⁴³⁴, la contrainte ou la force majeure, l'erreur sur le droit, l'état de nécessité et la légitime défense sont les principales causes d'irresponsabilité pénale connues en droit de l'Union²⁴³⁵.

612. Assimilation de la contrainte et de la force majeure – Comme tous les droits pénaux²⁴³⁶, le droit de l'Union admet que la responsabilité pénale disparaisse lorsque l'agent opère dans des circonstances telles que sa volonté était annihilée par l'effet d'une force majeure ou d'une contrainte. Celles-ci opèrent en droit de la concurrence²⁴³⁷, en manquement d'Etat²⁴³⁸, ainsi

²⁴³¹ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 28 fév. 2013 dans l'affaire C-681/11, *Schenker and co. AG e.a.*, §44.

²⁴³² TPI, 14 mai 1998, *Cascades c/ Commission*, aff. T-308/94, §101 : « une entreprise ne [peut] échapper à l'application de l'article [101] au motif qu'elle a agi sous la contrainte que si ce comportement était indispensable pour écarter un péril dont l'entreprise était menacée, si les menaces étaient directes, si le péril était imminent et si aucune autre voie légale ne permettait d'y parer ».

²⁴³³ CJCE, 20 mars 1985, *Italie c/ Commission*, aff. 41/83, §19 ; 10 déc. 1985, *Stichting Sigarettenindustrie e.a. c/ Commission*, aff. 240/82, §27 à 29 ; 9 sept. 2003, *CIF*, aff. C-198/01, §67 ; 14 oct. 2010, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. C-280/08 P, §§81-85.

²⁴³⁴ Autre illustration, la légitime défense fut invoquée devant la Cour (12 juill. 1962, *Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena c/ Haute Autorité de la CECA*, aff. 16-61), néanmoins la définition donnée alors par la Cour de Justice relève plus de l'état de nécessité que de la légitime défense (« la légitime défense (...) présuppose un acte indispensable pour écarter un péril dont l'auteur du fait se trouve menacé et exige que les menaces soient directes, que le péril soit imminent et qu'aucune autre voie légale ne permette d'y parer »).

²⁴³⁵ L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime précédemment évoqué semble n'avoir été qu'effleuré.

²⁴³⁶ PRADEL, J., droit pénal comparé, n°114.

²⁴³⁷ En ce domaine, la « contrainte économique » a pu être analysée comme une cause d'exonération de responsabilité proche de la force majeure : GAVALDA et PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union Européenne*, Litec, Coll. Manuel, 6^{ème} édition, p. 317.

que ponctuellement en droit du rapprochement des infractions ou de la reconnaissance mutuelle²⁴³⁹. Selon la jurisprudence constante de la Cour, « la force majeure doit être entendue, d'une manière générale, dans le sens de circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées »²⁴⁴⁰, sous réserves de la nécessaire adaptation de cette définition aux exigences et spécificités du cadre légal unioniste propre à chaque matière²⁴⁴¹. Autrement dit, la force majeure unioniste exige trois éléments : extérieure à celui qui l'invoque²⁴⁴², imprévisible²⁴⁴³ et irrésistible²⁴⁴⁴. De manière très proche, deux directives permettent aux Etats membres de ne pas poursuivre ou de ne pas sanctionner une victime qui aurait pris part à des activités criminelles²⁴⁴⁵ dans la mesure où elle y aura été contrainte en conséquence directe du fait d'avoir été victime²⁴⁴⁶. Exiger que la contrainte soit la conséquence directe du fait d'avoir été victime caractérise l'extériorité ; exclure du bénéfice de la contrainte les victimes qui auraient délibérément pris part auxdites infractions, caractérise par la négative l'imprévisibilité aussi bien que l'irrésistibilité. Ainsi, en l'état du

²⁴³⁸ « Selon une jurisprudence constante, le seul moyen de défense susceptible d'être invoqué par un État membre contre un recours en manquement (...) est celui tiré d'une impossibilité absolue d'exécuter la décision en question (...) notion (...) à laquelle il est souvent fait référence par l'expression française «force majeure » » (Conclusions de l'av. gén. WAHL présentées le 13 fév. 2014 dans l'affaire C-527/12, Commission c/ RFA, §§47- 48). Sur la jurisprudence constante évoquée, voir notamment : CJCE 2 juillet 2002, Commission c/ Espagne, aff. C-499/99, §21 ; 5 oct. 2006, Commission c/ Allemagne, aff. C-105/02, §89 ; 18 oct. 2007, Commission c/ France, aff. C-441/06, §2).

Pour une illustration où la force majeure a exonéré un Etat de ses manquements : CJCE, 11 juill. 1985, Commission c/ Italie, aff. 101/84 – l'espèce concernait la destruction d'une base de données par un attentat terroriste, indiscutablement une circonstance étrangère, imprévisible et irrésistible, ayant rendu impossible la transmission des informations qu'elle contenait à la Commission en application d'une obligation imposée par le droit de l'Union.

²⁴³⁹ En matière de rapprochement des infractions : art 8 et point 14 du préambule de la directive 2011/92 « traite des êtres humains » et art. 14 de la directive 2011/93 « exploitation sexuelle des enfants ».

En matière de reconnaissance mutuelle : art. 23, §3 de la décision-cadre « MAE ».

²⁴⁴⁰ Plus précisément, elle comporte un élément objectif, relatif aux circonstances anormales et étrangères à l'opérateur, et un élément subjectif tenant à l'obligation, pour l'intéressé, de se prémunir contre les conséquences de l'événement anormal en prenant des mesures appropriées sans consentir des sacrifices excessifs (CJCE, 15 déc. 1994, Bayer AG c/ Commission, aff. C-195/91 P, §31 ; conclusions de l'av. gén. WAHL présentées le 13 fév. 2014 dans l'aff. C-527/12, Commission c/ RFA, §49).

²⁴⁴¹ Notamment : CJCE, 8 déc. 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône, aff. C-314/06, §25 ; 18 mars 2010, SGS Belgium e.a., aff. C-218/09, §45 ; 18 juill. 2013, Eurofit, aff. C-99/12, §32 ; 25 janv. 2017, Vilkas, aff. C-640/15, §54.

²⁴⁴² Ne remplissent pas la condition d'extériorité d'une situation de force majeure invoquée en matière de manquement d'Etat : le comportement frauduleux de certains de ses agents des douanes, à l'origine d'un manquement d'Etat (CJUE, 8 juill. 2010, Commission c/ Italie, aff. C-334/08, §49) ; les dispositions, pratiques ou situations de l'ordre juridique d'un Etat membre (Notamment CJCE, 27 nov. 2003, Commission c/ France, C-66/03, §12 ; 14 mai 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-266/07, §11).

²⁴⁴³ Ne remplit pas les conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité la situation dans laquelle un exportateur remplit, de bonne foi, une demande de restitutions à l'exportation sur la base d'informations erronées fournies par le fabricant des marchandises exportées, non vérifiables par l'exportateur ; la faute d'un cocontractant relève d'un risque commercial habituel (CJCE, 11 juill. 2002, Käserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00, §86).

²⁴⁴⁴ CJUE, 8 juill. 2010, Commission c/ Italie, précité : il n'avait pas été établi que les comportements frauduleux de certains de ses agents des douanes n'auraient pas pu être évitée malgré la diligence dont a pu faire preuve cet État membre.

²⁴⁴⁵ Art 8 et point 14 du préambule de la directive 2011/92 « traite des êtres humains » et art. 14 de la directive 2011/93 « exploitation sexuelle des enfants ».

²⁴⁴⁶ Cela « ne devrait pas exclure que les personnes qui ont délibérément commis des infractions ou y ont volontairement participé fassent l'objet de poursuites ou de sanctions » (art. 8 de la directive « traite des êtres humains » ; art. 14 de la directive « exploitation sexuelle des enfants »).

développement du droit de l'Union, la force majeure et de la contrainte partagent leurs caractéristiques au point de pouvoir être assimilées.

613. *Légitime défense* – Bien que les invocations de la légitime défense se soient révélées infructueuses, elles ont surtout été l'occasion, pour le Cour, de préciser à quelles conditions elle pourrait être amenée à lui faire produire un effet. Ainsi, tout d'abord, elle ne semble pas opposer à ce que la légitime défense protège la personne morale ; invoquées par des entreprises, la Cour ne le leur a jamais refusé de ce seul fait. Ensuite, définie comme « un acte de défense à l'encontre d'une attaque injustifiée »²⁴⁴⁷, la légitime défense exclut donc qu'une activité légale puisse constituer un tel péril, qu'il s'agisse d'une décision légale prise par une autorité publique compétente²⁴⁴⁸ ou de l'importation d'une marchandise légalement commercialisée dans un autre état membre²⁴⁴⁹. N'ayant rarement eu l'occasion d'aller plus loin que la constatation des défaillances des conditions de la menace, les indications sur les conditions relatives à la riposte - ou réponse - sont peu nombreuses. Néanmoins, il semble que certains comportements ne puissent en aucun cas être justifiés par la légitime défense, telle la participation à une entente illicite²⁴⁵⁰.

614. *L'état de nécessité* – La Cour de Justice n'est pas non plus opposée à examiner l'existence d'un état de nécessité. Là encore, les vaines invocations ont permis d'appréhender la conception qu'elle en a : une menace imminente que seule la violation d'une prescription légale pouvait écarter²⁴⁵¹. Plus précisément, la menace doit être réelle²⁴⁵² et étrangère à celui qui l'invoque²⁴⁵³.

²⁴⁴⁷ CJCE, 18 mars 1980, SpA Ferriera Valsabbia e.a. c/ Commission, aff. jointes 154, 205, 206, 226 à 228, 263 et 264/78, 39, 31, 83 et 85/79, §12.

²⁴⁴⁸ *Ibid.* « La notion de légitime défense, qui implique un acte de défense à l'encontre d'une attaque injustifiée, ne peut exonérer de leur responsabilité des opérateurs économiques qui violent sciemment une décision dont la régularité ne prête à contestation ni en elle-même (...). La légitime défense ne peut être opposée à une autorité publique agissant légitimement dans le cadre légal de ses compétences ».

²⁴⁴⁹ CJCE 7 juin 1983. - SA Musique Diffusion française c/ Commission, aff. jointes 100 à 103/80, §89 - dans le même sens : CJCE, 25 nov. 1971, Beguelin, aff. 22/71 ; 22 janv.1981, Dansk Supermarked, aff. 58/80.

²⁴⁵⁰ TPICE, 10 mars 1992, Montedipe SpA c/ Commission, aff. T-14/89, §385 ; id., Hoechst AG c/ Commission, aff. T-10/89, §385 ; id., Hüls AG c/ Commission, aff. T-9/89, §365.

²⁴⁵¹ CJCE SA Musique Diffusion française, précité, §90.

²⁴⁵² CJCE, SpA Ferriera Valsabbia e.a., précité, §§14 et 143-144 : le péril prétendument constitué par une décision de la Commission n'est pas réel lorsqu'aucune autre entreprise ayant respecté ladite décision n'a été en danger de faillite ou de liquidation.

²⁴⁵³ *Ibid.* - Une entreprise ne peut donc arguer de difficultés financières principalement dues à une restructuration qu'elle a opérée ; l'origine de ses difficultés étant l'appréciation erronée d'une conjoncture défavorable connue de tous.

615. L'erreur – Traditionnellement, l'erreur sur la licéité du comportement peut s'opposer à la sanction²⁴⁵⁴. L'erreur doit, cependant, être légitime – ou *excusable* ou *non reprochable* – c'est-à-dire qu'elle procède de la confiance légitime de l'intéressé dans la licéité de son comportement. Quoique celle-ci ait pu être invoquée en droit de la concurrence et en matière de manquement d'Etat²⁴⁵⁵, elle n'a jamais prospéré compte tenu de la rigueur manifeste avec laquelle la Cour de Justice entend reconnaître qu'une erreur puisse être légitime. En effet, l'avis juridique d'un avocat, ni celui des autorités nationales de la concurrence ou de la Commission, « en dehors des cas dans lesquels de telles compétences lui sont expressément attribuées » ne saurait fonder une confiance légitime dans le fait qu'un comportement ne viole pas l'article 101 TFUE ou ne donnera pas lieu à l'infliction d'une amende dans la mesure où, aussi avisés soient-ils, ceux-ci ne sont pas compétent pour statuer sur la licéité du comportement d'une entreprise²⁴⁵⁶. Si l'on ajoute que, pour la Cour, « on ne saurait (...) invoquer l'incertitude juridique (...) contre laquelle le traité donne les moyens d'agir »²⁴⁵⁷, l'erreur sur le droit semble destinée à demeurer une cause d'exonération quasi-chimérique.

616. Bien que les causes d'atténuation ou de de disparition de la responsabilité pénale en droit de l'Union voient leurs existences limitées aux infractions communautaires, le fait qu'il en existe abonde dans le sens du principe de l'exigence d'une faute. Celui-ci s'est vu implicitement consacré par le projet de conclusions du Conseil relatives à l'établissement de dispositions types pour

²⁴⁵⁴ Voir en droit comparé : PRADEL, J., Droit pénal comparé, précité, n°116 et s.

²⁴⁵⁵ L'erreur sur le droit ne figure pas parmi les exposés des faits justificatifs avancés par les Etats membres lors d'une procédure en manquement (Voir, MICHEL, V., Manquement (recours en constatation), Rep. Dalloz. Droit européen, avril 2015, n°31 et ; SIMON, D., JCL Europe – Traité, fasc. 380 : Recours juridictionnels – recours en constatation de manquement – nature du manquement, n°35 et s.). Cependant, certains moyens de défense invoqués ne sont pas rappelés cette cause d'irresponsabilité. Ainsi, la Grèce a essayé de se prévaloir de « l'accord tacite » de la Commission qui n'avait pas critiqué certaines des modifications apportées à une loi litigieuse lors de la phase-précontentieuse (CJCE, 17 nov. 1992, Commission c/ Grèce, aff. C-105/91). L'Allemagne avança, pour sa défense, que « lors des réunions (...), certains fonctionnaires de la Commission se seraient prononcés sur la légitimité du comportement des autorités allemandes » (Conclusions de l'av. gén. SAGGIO présentées le 23 sept. 1999 dans l'affaire C-348/97, Commission c/ Allemagne (arrêt du 15 juin 2000), §32). Encore, le Royaume-Uni mis en avant une lettre de la Commission approuvant le comportement reproché par la suite au gouvernement anglais (CJCE, 22 avril 1999, Commission c/ R.-U., aff. C-340/96, §31). Derrière l'ensemble de ces arguments se trouve l'excuse d'une croyance en la licéité d'un comportement, en réalité, infractionnel.

²⁴⁵⁶ En effet, les autorités nationales de la concurrence ne pas compétente pour rendre une décision concluant à l'absence de violation de l'article 101 TFUE. Selon l'article 5, premier alinéa, du règlement, ces autorités, statuant sur le fond, peuvent : ordonner la cessation d'une infraction, ordonner des mesures provisoires, accepter des engagements et infliger des amendes, des astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national ou non-lieu à intervenir à l'exclusion de toute décision au fond disant pour droit qu'il n'y a pas eu violation du droit de l'Union de la concurrence (CJUE, 3 mai 2011, Tele2 Polska, aff. C-375/09, §§19 à 30).

Il en va sensiblement de même pour la Commission qui, en aucun cas, ne dispose du pouvoir d'autoriser des comportements contraires au droit communautaire » (Voir, notamment : CJCE, 22 avril 1999, Commission c/ R.-U., aff. C-340/96, §31 ; 15 déc. 1995, Bosman, C-415/93, §136).

²⁴⁵⁷ CJCE, 14 déc. 1971, aff. 7/71, Commission c/ France.

orienter le rapprochement des infractions pénales, recommanda que ne soient, en principe, sanctionnés que des actes commis délibérément ou par, exception, ceux commis par négligence, mais en aucun cas ceux commis en l'absence de toute faute²⁴⁵⁸. Cependant, il existe bien quelques régimes particuliers d'engagement de la responsabilité pénale, connus ou reconnus par le droit de l'Union, qui, quoiqu'en apparence objectifs, sont en réalité des confirmations de la règle.

III- Fausses exceptions, vraies confirmation : les fautes présumées

617. L'exemple de la « responsabilité pénale objective » - Pour la Cour de Justice, un système de responsabilité pénale objective n'est pas, en lui-même, incompatible avec le droit communautaire²⁴⁵⁹. Ceci n'est pas étonnant puisqu'on savait déjà que cela n'est pas incompatible avec le droit de la Convention EDH²⁴⁶⁰. Cela est-il absolument incompatible avec le principe *nulla poena sine culpa*²⁴⁶¹? Pas nécessairement. En effet, ce principe peut s'entendre de deux manières. Selon une acception stricte, il exige la démonstration d'une faute morale imputable au mis en cause, qu'il s'agisse de l'intention ou de la négligence. C'est le sens originel de l'article 121-3 al. 1 du code pénal français²⁴⁶². Une telle conception, même érigée en PGD, n'est pas forcément incompatible avec les jurisprudences qui viennent d'être évoquées. Tout principe possède des exceptions et rares sont les droits ou libertés fondamentaux qui ne peuvent connaître de dérogations légales, légitimes et proportionnées²⁴⁶³. Sans être présentée comme telle, la solution de l'arrêt Hansen est néanmoins justifiée de la sorte²⁴⁶⁴. Cependant, dans une conception plus

²⁴⁵⁸ Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal, Conseil des 29 novembre et 1^{er} décembre 2009, 16542/2/09 REV 2 JAI 868 DROIPEN 160, p. 6. Ainsi, la disposition-type recommandée serait : « Chaque État membre fait en sorte que les comportements ci-après constituent des infractions pénales lorsqu'ils sont [illicites et] commis intentionnellement [ou par négligence au moins grave] » (p. 8).

²⁴⁵⁹ CJCE, 27 fév. 1997, *Ebony Maritime SA*, aff. C-177/95, §36. Voir également : 10 juill. 1990, Hansen, aff. C-326/88 ; 11 juill. 2002, *Käseri Champignon Hofmeister*, précité, §47 ; 9 fév. 2012, *Marton Urban*, aff. C-210/10.

²⁴⁶⁰ CEDH *Salabiaku* 1988 : a jugé que tous les États signataires peuvent « toujours en principe et sous certaines conditions, rendre punissable un fait matériel ou objectif considéré en soi, qu'il procède ou non d'une intention délictueuse ou d'une négligence ».

²⁴⁶¹ Pour une réponse affirmative : PRADEL, J., CORSTENS, G et VERMULEN, G., *Droit pénal européen*, précité, n°639, p. 689.

²⁴⁶² Le choix de cette formulation avait vocation à subjectiviser les nombreux délits devenus matériels. L'intention des rédacteurs du code pénal de 1994 a néanmoins été mise à mal par l'adoption, par la Cour de cassation, de la formule « assassine » selon laquelle « la violation en connaissance de cause d'une prescription légale implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1 du code pénal ».

²⁴⁶³ Art. 52, §1 de la Charte des droits fondamentaux.

²⁴⁶⁴ CJCE, Hansen, précité, §§18-19 : « il ressort de l'ordonnance de renvoi que l'instauration d'une responsabilité pénale objective correspond au régime généralement appliqué au Danemark pour la protection du milieu du travail. De surcroît, il y a lieu

large ou plus souple, plus directement issue du principe de présomption d'innocence, *nulla poena sine culpa* comporte surtout l'idée d'imputabilité. « Plus spécialement, ce principe exige que nul ne soit condamné sans qu'il soit établi que la faute alléguée puisse lui être imputée, et commande en conséquence l'organisation d'un procès permettant de réunir les preuves nécessaires à cet effet²⁴⁶⁵. Cela prohibe avant tout la responsabilité pénale automatique où la seule commission matérielle des faits interdits entraîne la sanction pénale sans aucune possibilité d'y échapper²⁴⁶⁶. Or, qu'il ne soit pas nécessaire de démontrer l'existence la faute ne signifie pas qu'il n'y en ait aucune. Il convient donc de distinguer la responsabilité réellement objective des régimes de responsabilité fondés sur une présomption de faute²⁴⁶⁷. Les seconds ménagent le principe *nulla poena sine culpa* dès lors qu'il est possible, pour le suspect, de démontrer qu'il a exercé les diligences raisonnables (*responsabilité stricte* du droit pénal canadien, par exemple), ou qu'il était en situation de force majeure ou d'altération du discernement (*strict liability* du droit anglais ou encore les infractions contraventionnelles du droit pénal français)²⁴⁶⁸. Précisément, dans les affaires concernées, si la Cour de Justice parle de « responsabilité objective », il n'est pas certain qu'il s'agissait bien d'une responsabilité totalement objective, automatique, et non d'un régime de responsabilité pénale fondée sur une présomption de faute. En effet, dans l'arrêt *Ebony Maritime*, il est question d'une responsabilité « sans aucune preuve²⁴⁶⁹ de faute »²⁴⁷⁰. Aucun élément ne permet de confirmer ou d'infirmer que la législation nationale italienne ne permettait pas d'établir l'absence de faute²⁴⁷¹ ou toute autre circonstance de nature à renverser la présomption de faute. Dans l'affaire *Hansen*, la

de prendre en considération le fait que, d'une part, un régime de responsabilité objective est de nature à inciter l'employeur à organiser le travail de ses employés de manière à assurer le respect du règlement et que, d'autre part, la sécurité routière qui, selon les troisième et neuvième considérants du règlement n 543/69, est l'un des objectifs de ce règlement, revêt un intérêt général pouvant justifier l'imposition d'une amende à l'employeur pour les infractions commises par son employé et un système de responsabilité pénale objective. Une telle imposition, qui est conforme au devoir de coopération loyale, inscrit à l'article 5 du traité CEE, n'est, dès lors, pas disproportionnée par rapport au but recherché ».

²⁴⁶⁵ GAILLET, A., Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen, AJDA 2016, p. 1112.

²⁴⁶⁶ La responsabilité stricte a été considérée comme une atteinte aux règles fondamentales du procès et écartée, dans le domaine sportif, notamment : tribunal d'arbitrage de l'Association Américaine d'Arbitrage (AAA), 1^{er} avril 1996, Jessica K. Foschi et l'USS, aff. n°77 190 0036 ; Comité légal de la Fédération nationale allemande d'athlétisme, déc. du 26 mars 1993, RA 10/92 et *Krabbe c/ Deutscher Leichtatletik-Verband e. V. (DLV) et International Amateur Athletic Federation*, déc. du Oberlandesgericht Munich, 28 mars 1996, cas No U(K) 3242/95, partiellement reproduites dans l'article de A. N. WISE, « De la légalité des règles anti-dopage et du système de la "responsabilité stricte", RJES 1997, n°42, p. 5 et s.

Plus globalement, le Tribunal arbitral du sport (TAS) s'est, dans un avis consultatif, prononcé en faveur de l'exigence d'un élément intentionnel afin de caractériser le dopage (Avis consultatif du TAS 86/02, 10 nov. 1986, Recueil TAS 1993, p. 61-62).

²⁴⁶⁷ PRADEL, J., CORSTENS, G et VERMEULEN, G., ; Droit pénal européen, Dalloz, p. 688, n°639.

²⁴⁶⁸ *Ibid.*

²⁴⁶⁹ Nous soulignons.

²⁴⁷⁰ CJCE, « *Ebony Maritime* », §34 – les conclusions de l'av. gén. JACOBS confirment que le grief était bien qu'il ne soit pas « exigé que soit apportée la preuve d'une faute de sa part. Ce système équivaut, selon [les sociétés requérantes], à un régime de responsabilité pénale objective » (§45).

²⁴⁷¹ « L'ordonnance de renvoi ne comporte pas d'éléments permettant d'apprécier le bien-fondé de cette analyse de la législation italienne » (§46 conclusions de l'av. gén. JACOBS dans l'affaire « *Ebony Maritime* »).

Cour évoque une « une responsabilité pénale sans faute »²⁴⁷², puis « une responsabilité pénale du fait de l'infraction par son employé »²⁴⁷³, ultérieurement présentée comme étant seulement « quasi-automatique »²⁴⁷⁴. Dans l'affaire, Käserei Champignon Hofmeister, le règlement pertinent prévoit l'exonération en cas de force majeure ou de circonstances exceptionnelles, notamment²⁴⁷⁵. En somme, bien que la Cour ait pu affirmer qu'un régime de responsabilité pénale objective n'est pas incompatible avec le droit communautaire, il semble être péremptoire d'en conclure qu'elle entendait admettre une responsabilité pénale automatique, plutôt qu'un régime simplement fondé sur une présomption de faute. Cette analyse s'inscrit alors logiquement, avec deux solutions rendues quelques années plus tôt où la Cour s'était montrée défavorable aux sanctions automatiques qui ne permettent pas de démontrer l'absence de dol ou d'établir la bonne foi²⁴⁷⁶.

618. *La présomption de faute des sociétés mères* – En droit de la concurrence, la présomption « 100% » signifie que, « dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de concurrence de l'Union européenne, il existe une présomption réfragable selon laquelle cette société mère exerce effectivement une influence déterminante sur sa filiale » qui permet « de considérer la société mère responsable du comportement de sa filiale et tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à celle-ci, à moins que cette société mère, à laquelle il incombe de renverser cette présomption, n'apporte des éléments de preuve suffisants de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché »²⁴⁷⁷. Le grief d'une atteinte au principe de l'exigence d'une faute a naturellement été porté devant la Cour. Cependant, la présomption 100% n'est pas une présomption de faute qui dispense d'avoir à prouver l'intention ou la négligence mais une « présomption de responsabilité »²⁴⁷⁸ qui permet de

²⁴⁷² CJCE, Hansen, précité, §9.

²⁴⁷³ Ibid, §11, 16.

²⁴⁷⁴ Conclusions de l'av. gén. VAN GERVEN, présentées le 19 fév. 1991 dans l'affaire C-7/90, Vandevenne, §10.

²⁴⁷⁵ Art. 11, al. 3 du règlement 3665/87 – CJCE, Käserei Champignon Hofmeister, précité, §4.

²⁴⁷⁶ CJCE, 15 déc. 1976, Donckerwolcke, 41/76 ; CJCE 30 nov. 1977 Cayrol c/ Rivoira, aff. 52/77. Dans ces affaires, la Cour a estimé que certaines sanctions prévues par le code des douanes français qui ne permettait pas à l'importateur de faire valoir sa bonne foi, étaient incompatibles avec le droit communautaire.

²⁴⁷⁷ Notamment : CJCE, 9 sept. 2011, Elf Aquitaine c/ Commission, aff. C-521/09 P, §56 s. et jurisprudence citée ; 5 mars 2015, Commission e.a. c/ Versalis e.a., aff. C-93/13 P et C-123/13 P, §41.

²⁴⁷⁸ Usant de l'expression, notamment : CJUE, 20 janv. 2011, Generacl Quimica c/ Commission, aff. C-90/09P, §90 ; Schnidler Holding c/ Commission, précité, §111 ; 8 mai 2013, Eni c/ Commission, aff. C-508/11P, §61 ; Conclusions de l'av. gén. WAHL, présentées le 26 mars 2015 dans l'aff. C-597/13P, Total c/ Commission, §47 ; Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 26 oct. 2010 dans l'aff. C-201/09P, ArcelorMittal c/ Commission, §206.

déterminer qui a enfreint les règles de la concurrence : la détention de la (quasi-)totalité du capital d'une société par une autre, autorise à considérer que les deux ne forment qu'une seule entreprise²⁴⁷⁹. Autrement dit, « la société mère qui s'est vu imputer le comportement infractionnel de sa filiale est personnellement condamnée pour une infraction aux règles de concurrence de l'Union qu'elle est censée avoir commise elle-même, en raison de l'influence déterminante qu'elle exerçait sur la filiale et qui lui permettait de déterminer le comportement de cette dernière sur le marché »²⁴⁸⁰. Cela étant, cette présomption n'est pas irréprochable. D'une part, elle est d'origine prétorienne. Alors que les textes applicables ont été plusieurs fois modifiés²⁴⁸¹, il est regrettable qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une consécration écrite. D'autre part, et surtout, la pratique autorise à légitimement douter de la réelle réfragabilité de cette présomption²⁴⁸², en particulier lorsque, par exemple, l'interdiction formelle donnée par la société mère a été jugée insuffisante pour démontrer l'absence d'influence déterminante²⁴⁸³.

619. Conclusion du paragraphe : de la responsabilité pénale de l'Union européenne au modèle pénal de l'Union européenne – A l'issue de l'étude des règles relatives à la culpabilité en droit de l'Union, celles-ci forment un ensemble cohérent, liées entre elles, et ce, pour l'ensemble du champ pénal de l'Union européenne. Ainsi, elles peuvent donc éclairer la modélisation du système pénal de l'Union européenne avec pertinence. Le maigre intérêt pour les conditions d'imputabilité d'une infraction à l'encontre d'une personne physique, l'existence de la responsabilité pénale des personnes morales cumulable avec celle des personnes physiques, la sanction de la participation indirecte, incomplète ou même passive à l'infraction²⁴⁸⁴, ou encore la rigueur de la Cour dans l'accueil d'une cause d'exonération de responsabilité sont autant

²⁴⁷⁹ Conclusions de l'av. gén. dans l'aff. C-501/11P, *Schindler Holding c/ Commission*, §118-119.

²⁴⁸⁰ CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, §§140-141 ; 16 nov. 2000, aff. C-294/98 P, §§28 et 34 ; 26 nov. 2013, aff. C-50/12 P, §55 ; 10 avril 2014, aff. C-231/11 P à C-233/11 P, §49 ; 8 mai 2014, aff. C-414/12 P, §44.

²⁴⁸¹ Pouvant faire remonter cette présomption à 1983 (CJCE, 5 oct. 1983, *AEG-Telefunken c/Commission*, aff. 107/82), l'adoption des règlements 1/2003, 139/2004, et des lignes directrices de 2006 pour le calcul des amendes auraient été autant d'occasions de consacrer cette présomption à l'écrit.

²⁴⁸² IDOT, L., *La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européenne* (1^{er} juill. 2010 - 1^{er} mai 2012), RSC 2012, p. 315 et s., n°45 : l'auteur n'a relevé qu'une affaire où la présomption pu être renversée sur la période considérée de 22 mois. Dans le même sens, CHAPUT, F., *L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles*, CCC, janv. 2010, étude n°1, n°27-31.

²⁴⁸³ CJUE, *Evonik Degussa*, aff. C-155/14 P, §§33-42. Pour d'autres exemples de présomptions n'ayant pas pu être renversée CJUE, 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission*, aff. C-293/13 P et C-294/13 P, §§96-97 ; CJUE, *Akzo Nobel*, précité, où le fait que la société mère n'exerce aucune influence sur le domaine spécifique ayant fait l'objet de l'infraction a été insuffisant pour caractériser l'autonomie de la filiale.

²⁴⁸⁴ En ce sens, PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, précité, n°671, p. 719.

d'éléments qui relèvent d'un modèle autoritaire, dominé par l'impératif répressif. Cette essence autoritaire est cependant modérée, teintée de l'idéologie « libérale », par l'exigence d'une faute morale, par la prise en compte des causes d'exonération de responsabilité et, dans une moindre mesure, l'exigence du caractère réfragable des présomptions de faute.

§ 2- LA SANCTION DES EURO- INFRACTIONS

620. *Du droit de la sanction pénal de l'Union à l'identité pénale de l'Union* – Les doctrines pénales et les pouvoirs publics n'ont de cesser de s'opposer, sinon de varier, à propos de la conduite à tenir face au crime : faire preuve d'autoritarisme et privilégier intimidation et rétribution ou, au contraire, développer un certain libéralisme visant à la réhabilitation des délinquants²⁴⁸⁵. C'est ainsi que l'étude de la prévision de la sanction (A) et des méthodes de personnalisation (B) éclaireront à leur manière le modèle pénal de l'Union.

A- LA PREVISION DE LA SANCTION

621. *Des sanctions prévues au modèle pénal de l'Union* – La prévision d'une sanction implique d'opérer deux choix : quelle(s) sanction(s) imposer (I) ; quel quantum appliquer (II). Ces deux éléments sont évidemment des indicateurs de poids quant à l'identité d'un système pénal.

I- Le panel des sanctions prévues : l'expression de la sophistication du système pénal de l'Union

622. *Du panel des sanctions au modèle pénal de l'Union* - Le panel des sanctions prévues en droit de l'Union n'a rien d'original, bien au contraire. Assez paradoxalement, pour un droit pénal encore jeune, celui de l'Union européenne ne connaît que des sanctions « classiques », celles que les systèmes pénaux nationaux appliquent depuis le XIXème siècle - à partir du XXème pour les peines patrimoniales²⁴⁸⁶ - et parfaitement dénuée de toute fonction réhabilitative. Bien que l'on

²⁴⁸⁵ PRADEL, J., Droit pénal comparé, précité, n°703, p. 757.

²⁴⁸⁶ Sur cette question d'histoire comparée du droit pénal, voir PRADEL, J., Droit pénal comparé, précité, p. 487 et s.

puisse discerner, semble-t-il, des peines principales (a) et des peines complémentaires (a), là s'arrête la sophistication du droit pénal de l'Union européenne. Un panel restreint de peines et l'absence de toute considération réhabilitative constituent les indices d'un droit pénal classiquement autoritaire.

a) Les peines principales

623. *La peine privative de liberté en droit de l'Union* - Sanction pénale par excellence, l'introduction de la peine privative de liberté en droit pénal de l'Union européenne n'a été possible qu'à compter de la reconnaissance à l'Union européenne de certaines compétences pénales, qualifiées comme telles, c'est-à-dire à l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Si elle n'est possible qu'en matière de rapprochement des infractions pénales, la généralisation de cette compétence de l'Union par le traité de Lisbonne rend désormais possible la prévision de cette sanction pour l'ensemble de celles-ci, dès lors que les principes de subsidiarité et de proportionnalité le justifieraient. Cela étant, alors que le Conseil avait, en 2009, recommandé de recourir au système du seuil minimal de la peine maximale pour l'harmonisation des infractions pénales destinées à assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union, soit l'harmonisation de l'article 83, §2 TFUE, l'une des deux directives adoptées sur cette base, la directive «abus de marchés», a néanmoins opté pour le système de la «sanction effective, proportionnée et dissuasive»²⁴⁸⁷.

624. *L'amende* - Très largement prévue par le droit de l'Union, l'amende est la sanction par excellence des personnes morales. On peut aisément observer que l'amende n'est prévue que lorsque l'auteur de l'infraction peut être, et sera en tout probabilité, une personne morale. Ainsi, l'amende est prescrite pour la sanction des personnes morales en droit de l'ELSJ, elle est la sanction de prédilection des infractions de la concurrence et du manquement d'Etat. Cependant, son montant n'est pas toujours prévu : le droit de l'ELSJ, s'il prescrit l'amende, n'en fixe ni le montant, ni aucune indication autre que l'exigence qu'elle soit effective, proportionnée et dissuasive.

²⁴⁸⁷ Art. 6 de la directive «abus de marché». L'autre directive, adoptée sur la base de l'article 83, §2, la directive «PIF» recourt au seuil minimal de la peine maximale pour les auteurs principaux d'une infraction intégralement consommée (art. 7, §3).

b) Les peines complémentaires

625. *Les sanctions complémentaires des personnes morales* - Le droit du rapprochement des infractions prescrit systématiquement la possibilité d'associer l'amende à des peines complémentaires pour la sanction des personnes morales. La liste non exhaustive de ces autres sanctions possible comprend : des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide publics, des mesures d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale, un placement sous surveillance judiciaire, la mesure judiciaire de dissolution ou encore la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction²⁴⁸⁸. Quoique ces sanctions ne soient pas considérées comme des sanctions pénales, faute pour le droit de l'Union d'imposer la nature pénale de la responsabilité des personnes morales, même dans le champ d'application des euro-infractions, il s'agit de sanctions pénales par nature : elles sanctionnent la commission d'une infraction pénale et présentent indéniablement des caractères punitifs et dissuasifs ; en tout état de cause, elles ne sont ni réparatrices, ni particulièrement préventives. Les peines complémentaires prévues par la disposition type des personnes morales ne sont pas les seules peines complémentaires que contient le droit pénal de l'Union. Ponctuellement, certaines directives ou décision-cadres de rapprochement des infractions en ont prévu, lorsque la forme de criminalité harmonisée rendait leur prescription opportune. Ainsi, par exemple, la décision-cadre « aide à l'immigration illégale » prévoit les peines complémentaires d'expulsion et d'interdiction d'exercer l'activité ayant permis la réalisation de l'infraction²⁴⁸⁹.

626. *La saisie et la confiscation des moyens ayant servi à commettre l'infraction* - La confiscation, en revanche, est la seule peine complémentaire d'application générale en raison de l'adoption de la directive « confiscation »²⁴⁹⁰ qui harmonise la prévision de cette peine en droit

²⁴⁸⁸ Art. 8 de la décision-cadre « terrorisme », art. 20 de la proposition de directive « terrorisme », art. 6 de la directive « traite des êtres humains », art. 13 de la directive « exploitation sexuelle des enfants », art. 6 de la décision-cadre « criminalité organisée », art. 5 de la décision-cadre « racisme et xénophobie », art. 11 de la directive « cybercriminalité », art. 7 de la décision-cadre « trafic de drogues », art. 8 de la directive « protection de l'euro contre la contrefaçon », art. 7 de la directive « protection de l'environnement par le droit pénal », art. 12 de la directive « emploi illégal de ressortissant tiers », art. 3 de la décision-cadre « aide à l'immigration illégale », art. 9 de la directive « abus de marché », art. 7 de la directive « emploi illégal de ressortissants tiers ».

²⁴⁸⁹ Art.1, §2 de la décision-cadre « aide à l'immigration clandestine ».

²⁴⁹⁰ Directive 2014/42/UE du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des produits du crime dans l'UE – JOUE L 127 du 29 avril 2014). Par l'adoption d'une réglementation minimale commune plus précise, cette directive garantit d'autant mieux l'effectivité de la décision-cadre portant application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation, lorsqu'elles existent en droit national.

interne, pour la sanction des personnes physiques comme morales. En droit de l'Union, la confiscation s'entend d'une privation permanente d'un bien ordonnée par une juridiction en lien avec une infraction pénale²⁴⁹¹. Il doit pouvoir y être procédé consécutivement à une condamnation pénale, même par défaut, mais également en l'absence d'une condamnation, impossible en raison de la maladie ou de la fuite de l'intéressé²⁴⁹². Par ailleurs, la directive généralise la confiscation « élargie »²⁴⁹³ qui vise les produits que l'on soupçonne être ceux du crime²⁴⁹⁴ et consacre, compte tenu de la prolifération de la pratique consistant à transférer des biens à un tiers informé afin d'éviter de se les voir confisquer, la confiscation auprès de ceux-ci²⁴⁹⁵. Si la directive énonce ne fixe que « des règles minimales »²⁴⁹⁶, celles-ci sont exceptionnellement impératives. Outre la précision de ses prescriptions, il n'est prévu qu'une seule dérogation²⁴⁹⁷ : la possibilité pour les États membres de prévoir que, dans des circonstances exceptionnelles et particulières, la confiscation ne soit pas ordonnée si elle se révélait être « une contrainte excessive » pour la personne concernée. Étonnamment, elle n'est pas envisagée par le corps de la directive mais par son préambule, sans aucun doute afin d'assurer qu'il ne soit fait qu'un « usage très restreint de cette possibilité »²⁴⁹⁸. La directive prescrit également les mesures nécessaires pour assurer le respect des droits des personnes condamnées, du droit à l'information et à l'avocat²⁴⁹⁹ au droit au recours²⁵⁰⁰, comme des tiers concernés²⁵⁰¹.

²⁴⁹¹ Art. 1, §4 de la directive.

²⁴⁹² Art. 4 de la directive.

²⁴⁹³ Antérieurement circonscrite à certaines infractions limitativement énumérées – v. art. 3 décision-cadre 2005/512.

²⁴⁹⁴ Art. 5 de la directive. Il s'agit des hypothèses où une personne a été condamnée pour une infraction susceptible de donner lieu à un avantage économique (énumérées à l'art. 5, §2 de la directive, dont la corruption ou la participation à une organisation criminelle, par exemple) et qu'il résulte des circonstances de l'affaire la conviction, notamment en raison d'une disproportion entre les revenus légaux de la personne condamnée et la valeur des biens en question, que ceux-ci proviennent d'activités criminelles. Le préambule de la directive suggère le recours à un critère de la plus grande probabilité, c'est-à-dire lorsque l'on peut raisonnablement supposer qu'il est nettement plus probable que les biens en question aient été obtenus par des activités criminelles plutôt que par d'autres activités.

²⁴⁹⁵ c'est-à-dire auprès des tiers de mauvaise foi, ceux qui, prenant possession de produit du crime, savaient, ou auraient dû savoir sur la base d'éléments ou de circonstances concrets, notamment le fait que le transfert ou l'acquisition a été effectué gratuitement ou en échange d'un montant sensiblement inférieur à la valeur marchande, que la finalité du transfert était d'éviter la confiscation (art. 6 de la directive). L'article 6, §2 précise, en verrou, que les tiers de bonne foi ne sauraient être saisis.

²⁴⁹⁶ Point 5 et 22 du préambule et art. 1^{er} de la directive « gel et confiscation ».

²⁴⁹⁷ Lorsqu'en matière de reconnaissance mutuelle, par exemple, il existe des dispositions optionnelles, notamment en matière de cause de non reconnaissance ou non-exécution, ou bien qu'en matière de rapprochement des infractions, les quantums des peines ne sont pas toujours fixés.

²⁴⁹⁸ Point 18 du préambule. Dans ce même but, d'ailleurs, la directive oriente les États membres vers une conception restrictive la notion de « contrainte excessive », qu'elle souhaiterait voir limitée aux cas où « la confiscation placerait la personne concernée dans une situation dans laquelle il lui serait très difficile de survivre ».

²⁴⁹⁹ Sans préjudice des directives 2012/13/UE et 2013/48/UE – art. 8, §7.

²⁵⁰⁰ Art. 8, §1, 6 et s. de la directive.

²⁵⁰¹ Art. 8, §9 et point 33 du préambule de la directive. En effet, l'atteinte au droit de propriété que constituent ces mesures peut affecter les droits d'autres personnes que celles condamnées, en particulier le droit de propriété.

627. S'il existe un socle commun de sanctions principales ou complémentaires applicables aux auteurs d'euro-infractions, le panel est, somme toute, assez restreint. Cette simplicité répond parfaitement aux exigences d'un droit qui ne se veut ni complet, ni exhaustif, mais n'intervient que pour assurer une base pénale uniforme. Le choix de ces sanctions, toutes exclusivement centrées sur la punition, la dissuasion et, plus particulièrement dans le cas des interdictions et de la confiscation, la prévention de la réitération, sont, en tout état de cause, totalement dépourvue d'une quelconque fonction réhabilitative. Ce désintéret inscrit donc le modèle pénal de l'Union parmi les modèles autoritaires. Le quantum des sanctions, quant à lui, apportent d'autres informations sur l'identité pénale de l'Union.

II- Le quantum des sanctions prévues : l'expression de l'échelle des valeurs de l'Union

628. *Du quantum des peines à la sévérité du modèle pénal de l'Union* - Si le panel des sanctions permet d'appréhender la sophistication et la sévérité d'un droit pénal, le quantum des sanctions permet d'affiner cette esquisse. En outre, non sans lien avec la première partie de cette étude, si le panel des infractions permet de saisir les valeurs d'une société donnée, la sévérité de leur sanction permet de les hiérarchiser. Parmi les sanctions prévues en droit pénal de l'Union, seule la peine privative de liberté (a) et l'amende (b) sont susceptibles de se prêter à cet exercice.

a) L'échelle des peines privatives de liberté

629. *L'échelle des peines privatives de liberté en droit pénal de l'Union européenne : expression partielle de l'échelle des valeurs de l'Union* - Après des débuts timides et confus²⁵⁰², l'établissement d'une échelle des peines rationalisa son usage en distinguant quatre niveaux de peines, suivant la méthode du seuil minimal de la peine maximale²⁵⁰³ : de 1 à 3 ans, de

²⁵⁰² Durant une première vague d'harmonisation, la fixation des sanctions n'imposait, généralement, que la fixation d'une peine pouvant entraîner l'extradition (Par ex. : art. 2 de la convention pour la protection des intérêts financiers ; art. 6de la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro). Alors que la décision-cadre relative au blanchiment d'argent était en négociation (Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime), les premières voix dissidentes quant au principe de négociation du quantum des peines au cas par cas, sans réflexion de fond, sans lignes directrices, s'élevèrent. Aussi, le Conseil Européen du 25 mai 2002 fixa l'échelle des peines.

²⁵⁰³ Dont l'usage était encore recommandé en 2009. Voir. Projet de conclusions du Conseil, précité.

2 à 5 ans, de 5 à 10 ans, de 10 ans et plus. Bien que de nombreux éléments attribuent au droit pénal de l'Union un caractère autoritaire, notamment le fait de ne s'intéresser qu'aux infractions particulièrement graves, l'échelle globale des peines n'apparaît pas particulièrement sévère. La mise en perspective des peines prévues pour chaque infraction permet, de son côté, de hiérarchiser l'opprobre suscitée par chaque infraction à l'égard des institutions de l'Union. Le tableau de synthèse, ci-dessous, enseigne ainsi que l'ordre public social et l'ordre public économique ne sont pas hiérarchisés : les infractions économiques ne sont pas moins sévèrement sanctionnées que les autres. Pour le reste, à chacun d'apprécier cette hiérarchisation des valeurs qui fait, par exemple, que la contrefaçon de l'euro est plus sévèrement sanctionnée que des atteintes sexuelles sur mineurs.

	Seuil minimal de la peine maximale.	Infraction et/ou criminalités concernées
Niveau 1 (1 à 3 ans)	Fourchette de 1 à 3 ans	Recel de fausse monnaie ; trafic de drogue ; infractions relatives au racisme et à la xénophobie ; Corruption privé.
	Seuil min. fixe	Exposition d'un enfant à des actes ou des abus sexuels (1 an), acquisition/détention de pédopornographie (1 an), faire assister un enfant à des actes ou abus sexuels (2 ans)
Niveau 2 (2 à 5 ans)	Fourchette de 2 à 5 ans ;	Contrefaçon des moyens de paiement, criminalité organisée, infractions pédopornographiques
	Seuil min. fixe :	Cybercriminalité (2 ou 3 ans selon les infractions), divulgation illicite d'informations (2 ans) opérations d'initié (4 ans) ; manipulation de marché (4 ans) ; atteinte graves aux intérêts financiers (4 ans).
Niveau 3 (5 à 10 ans)	Fourchette	Infractions relatives au trafic de drogue aggravé (5 à 10 ans) ; exploitation sexuelle d'un enfant (8 à 10 ans)
	Seuil. min. fixé	5 ans : infractions relatives à la participation d'un enfant à spectacle pédopornographique, traite des êtres humains, cybercriminalité aggravée, atteinte sexuelle sur mineurs, mise en circulation et trafic de fausse monnaie. 8 ans : Participation à un groupe terroriste, atteinte sexuelle sur mineur aggravée, aide à l'immigration illégale aggravée, faux-monnayage
Niveau 4 (10 ans et plus)	Seuil. min. fixé	10 ans : terrorisme primaire, traite des êtres humains aggravée, atteinte sexuelle et exploitation sexuelle d'un enfant aggravées. 15 ans : direction d'un groupe terroriste.

Tableau de l'échelle des peines en droit du rapprochement des infractions

b) Le calcul des amendes

630. Les méthodes - L'histoire du droit pénal et le droit pénal comparé enseigne qu'il existe trois méthodes de fixation du montant de l'amende. La méthode « ordinaire » ou « globale », la plus ancienne et sans doute la plus répandue, consiste en la fixation d'un montant ou d'une fourchette fixe, comme en France. La méthode du jour-amende fixe un montant quotidien et une période de redevance, généralement encadrée, afin d'ajuster l'amende globale due à la gravité de l'infraction, la culpabilité de l'auteur et à sa situation financière. Enfin, l'amende proportionnelle est déterminée en fonction du préjudice causé ou du bénéfice retiré par l'infraction, sans fréquemment pouvoir excéder un certain montant. Rares sont les droits qui ne connaissent qu'un seul système ; le droit de l'Union, lui, use très volontiers de l'amende proportionnelle et, plus subsidiairement, de l'amende globale. Les infractions de la concurrence et les abus de marchés, par exemple, sont sanctionnées d'une amende proportionnelle²⁵⁰⁴. En droit du manquement d'Etat, la Commission propose une somme forfaitaire calculée selon une méthode proportionnelle²⁵⁰⁵, que la Cour considère cependant seulement comme « une base de référence »²⁵⁰⁶ vis-à-vis de laquelle elle ne s'estime pas liée car contrairement au droit de la concurrence, le droit écrit ne précise pas de méthode de calcul pour la somme forfaitaire.

²⁵⁰⁴ En droit de la concurrence, le montant de base de l'amende est fixé à partir d'une proportion de la valeur des ventes de biens ou services, réalisées par l'entreprise, en relation directe ou indirecte avec l'infraction, durant la dernière année complète de sa participation à l'infraction par un coefficient de gravité, multiplié par le nombre d'années d'infraction, ajusté, en fin de calcul par d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes. La somme obtenue, l'amende prévisionnelle, ne pouvant, en tout état de cause dépasser les plafonds fixés par les règlements : 1% du chiffre d'affaire pour les infractions de procédure, 10% du chiffre d'affaire pour les infractions aux règles de fond (Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, a), du règlement (CE) 1/2003 et art. 23, §2 et s. du règlement 1/2003 et art. 14, §2 et s. du règlement 139/2004). Concernant les abus de marchés, le règlement « abus de marché » laisse l'option de sanctionner les personnes morales d'une amende globale ou proportionnelle d'un montant de 2 ou 15% du chiffre d'affaire, selon l'infraction concernée (art.30, §2, j) du règlement 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission).

²⁵⁰⁵ La Commission a déterminé une somme forfaitaire minimale, dont le montant a été fixé à 220 euros par jour, dans la mise à jour de 2016 (Communication de la Commission du 5 août 2015, Mise à jour des données utilisées pour le calcul des sommes forfaitaires et des astreintes que la Commission proposera à la Cour de justice dans le cadre de procédures d'infraction, C(2015) 5511 final), multipliée par un coefficient de gravité, multiplié un "facteur n", prenant en compte pour chaque État membre à la fois sa capacité de payer de son nombre de voix au Conseil (Voir tableau mis à jour dans la communication de la Commission du 5 août 2015, p. 4. A titre indicatif, le facteur n le plus élevé est attribué à l'Allemagne (21, 21) suivi par la France (18, 41) ; les facteurs les moins élevés ont été attribués à Malte (0, 35), à Chypre (0, 63) et à l'Estonie (0, 64).), une dernière fois multiplié par le nombre de jour de persistance de l'infraction (courant de la date de prononcé de l'arrêt à la date de régularisation, ou en l'absence de régularisation, à celle du prononcé de l'arrêt en manquement sur manquement. En résumé, la formule est la suivante :

Somme forfaitaire = 220 x coeff. de gravité x facteur n x durée de persistance de l'infraction en jours.

²⁵⁰⁶ Par exemple, CJCE, 10 janv. 2008, aff. 70/06, Comm. c/ Portugal ; CJCE 12 juill. 2005, aff. C-304/02, Comm. c/ France ; 14 mars 2006, aff. C-177/04, Comm. c/ France.

631. *Des méthodes de calcul à l'identité pénale de l'Union* – Le recours à la peine d'amende se veut plus « libéral » qu' « autoritaire »²⁵⁰⁷. Cela semble d'autant plus vrai lorsque la méthode la plus utilisée est le jour-amende ou l'amende proportionnelle encadrée puisque celles-ci visent à sanctionner le plus justement possible la gravité des faits sans excéder un certain poids financier pour le condamné. Dans le cas de l'Union, les maxima fixés apparaissent même relativement cléments, une observation valable pour les amendes globales également²⁵⁰⁸.

632. L'étude des règles relatives à la prévision de la sanction révèlent différentes choses, concernant le système pénal de l'Union. D'une part, l'effort de systématisation est plus ardu en ce domaine ; l'Union apparait de ce fait plus soucieuse du principe de la condamnation que de ses modalités. Le panel des sanctions prévues, plutôt rudimentaire ; et le choix des peines, des peines classiques, inscrivent le système pénal de l'Union dans un modèle traditionnel, plutôt autoritaire. Ce trait n'est cependant pas conforté par l'échelle des peines et les montants des amendes qui apparaissent relativement indulgents. Les méthodes de personnalisation de la sanction devraient permettre d'affiner l'analyse.

B- LA PERSONNALISATION DE LA SANCTION

633. *Le principe de l'individualisation ou de la personnalisation des peines en droit pénal de l'Union : de l'a priori libéral à la réalité autoritaire* – Déclinaison particulière du principe de proportionnalité²⁵⁰⁹, le principe d'individualisation ou de personnalisation des peines n'a expressément fait son entrée que très récemment en droit matériel de l'Union, et uniquement dans le contentieux de la concurrence²⁵¹⁰. Cela étant, l'absence d'un mot ne signifie pas l'absence de l'idée. Or, le droit du manquement d'Etat comporte lui aussi des mécanismes de personnalisation de la sanction ; quant au droit du rapprochement des infractions, s'il n'en prévoit

²⁵⁰⁷ PRADEL, J. Droit pénal comparé, précité, n°705.

²⁵⁰⁸ En droit de la concurrence, les amendes ne peuvent excéder 10% du chiffre d'affaire : Point 32 et 33 des lignes directrices relatives au calcul du montant des amendes ; art. 23, §2 du règlement 1/2003 ; art. 14, §2 du règlement 139/2004.

²⁵⁰⁹ Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 3 mars 2016 dans l'aff. C-404/15 et C-659/15 PPU, Aranyosi et Căldăraru, §137.

²⁵¹⁰ CJCE, 7 juin 2007, Britannia Alloys & Chemicals c/ Commission, aff. C-76/06 P, §44 ; 10 avril 2014, Commission c/ Siemens, aff. C-231/11P, §52 ; 10 avril 2014, Areva SA c/ Commission, aff. C-274/11P, §127 ; 19 juin 2014, FLS Plast c/ Commission, aff. C-243/12P, §107 ; TUE, 15 sept. 2011, Lucite International c/ Commission, aff. T-216/06, §§87-88.

que ponctuellement, l'établissement de règles minimales n'affecte, a priori, en rien la liberté nationale de personnaliser, ou non, les peines. Ainsi peut-on considérer que le principe d'individualisation des peines est une règle de droit pénal général de l'Union qui relève, par la simple existence de cette règle, plutôt d'un modèle pénal moderne et libéral, guidé par l'esprit d'amendement du coupable²⁵¹¹. En principe. Car tout dépend de la méthode de personnalisation et du sens de celle-ci. Dans le cas du droit pénal de l'Union européenne, la personnalisation de la peine contredit le principe, car celle-ci contribue plus à aggraver la peine qu'à la modérer, les circonstances aggravantes (1) étant plus nombreuses que les circonstances atténuantes(2).

I- Les circonstances aggravantes

634. *Panel des circonstances aggravantes* – Cela est peu connu, et peut étonner de la part d'un droit pénal réputé sectoriel et incomplet, mais le droit pénal de l'Union européenne connaît, prévoit et impose des circonstances aggravantes. Une seule, cela dit, peut être considérée comme générale : la réitération (a) ; diverses autres, quoique ponctuellement prévues, existent néanmoins bel et bien (b).

a) La circonstance aggravante générale : la réitération

635. *La prise compte généralisée des condamnations antérieures* – Quoique cela ne soit pas formalisé, on peut dégager un principe général de prise en compte des condamnations antérieures. Ponctuellement, le droit du rapprochement des infractions y incite²⁵¹². Cela est néanmoins superflu dans la mesure où la décision-cadre 2008/675²⁵¹³, s'appliquant aux sanctions mixtes et nationales, contient l'obligation de prendre en compte les condamnations antérieures

²⁵¹¹ PRADEL, J. Droit pénal comparé, précité, n°705, p. 760.

²⁵¹² Par exemple : art. 8, e) de la directive 2011/92 « exploitation sexuelle des mineurs ».

²⁵¹³ Décision-Cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale ; JOUE L 220 du 15 août 2008 – Elle remplace l'article 56 de la convention européenne du 28 mai 1970 sur la valeur internationale des jugements répressifs pour ce qui est des relations entre les États membres parties à ladite convention, sans préjudice de l'application dudit article aux relations entre les États membres et les pays tiers.

Elle n'a pas pour objet de faire exécuter dans un État membre des décisions judiciaires rendues dans d'autres États membres (point 6 du préambule), mais « de rapprocher les dispositions législatives et réglementaires des États membres » (point 11 du préambule.) sans pour autant aller jusqu'à harmoniser les législations sur les conséquences attachées par les différentes législations nationales à l'existence de condamnations antérieures (point 5 du préambule).

dans l'Union suivant un « principe d'équivalence », proche de la reconnaissance mutuelle²⁵¹⁴. Une règle analogue existe en droit de la concurrence, en matière d'entente et d'abus de position dominante uniquement²⁵¹⁵, et de manière moins visible, en droit du manquement sur manquement où la répétition de manquements similaires a récemment été prise en compte lors de l'appréciation du montant de l'amende²⁵¹⁶.

636. Régime juridique de la prise en compte des condamnations antérieures – Le principe de prise en compte des condamnations antérieures manque cependant d'un régime juridique uniforme, qu'il s'agisse de la nature des décisions antérieures²⁵¹⁷, de savoir si la première décision doit nécessairement être définitive, ou non, pour être prise en compte²⁵¹⁸, si la récidive/réitération implique la répétition d'une infraction identique ou similaire ou non²⁵¹⁹, ou l'éventuel délai au-delà duquel une condamnation ne peut plus être prise en compte²⁵²⁰.

²⁵¹⁴ En vertu duquel « une condamnation prononcée dans un État membre doit se voir attacher dans les autres États membres des effets équivalents à ceux qui sont attachés aux condamnations prononcées par leurs propres tribunaux conformément au droit national (...) dans la mesure où les condamnations nationales antérieures sont prises en compte en vertu du droit national » (art. 3, §2 et point 5 et 6 du préambule de la décision-cadre). Si la décision-cadre ne précise pas les conséquences concrètes, en toute logique, cela ne peut être que dans le sens d'une aggravation.

²⁵¹⁵ La récidive est prise en compte pour la fixation de l'amende (Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) 1/2003 ; en jurisprudence : CJUE, 5 mars 2015, Commission c/ Versalis et Eni, aff. C-93/13 P, §87 ; 8 fev. 2004, Groupe Danone c/ Commission, C-3/06 P, §40-41 ; 7 janv. 2004, Aalborg Portland e.a. c/ Commission, aff. C-204/00 P, §91).

²⁵¹⁶ CJUE, 22 juin 2016, Commission c / Portugal, aff. C-557/14, §99 : la Cour a considéré, au moment de fixer le montant de la somme forfaitaire, qu'il « convient d'avoir égard au nombre élevé des arrêts, [en l'espèce quatre] ayant constaté des manquements par la République portugaise à ses obligations en matière de traitement des eaux urbaines résiduaires ». Antérieurement, la référence à « une répétition de comportements infractionnels d'un État membre dans un secteur spécifique » n'avait guère d'autre portée que justifier le choix de la sanction : astreinte, somme forfaitaire ou les deux (notamment : CJUE, 9 déc. 2008, Commission c/ France, aff. C-121/07, §69 ; 11 juill. 2013, Commission c/ Italie, aff. C-496/09, §90 ; 19 déc. 2012, Commission c/ Irlande, aff. C-279/11, §70 ; 13 mai 2014, Commission c/ Espagne, aff. C-184/11, §78).

²⁵¹⁷ La décision-cadre 2008/675 vise, *a minima*, une condamnation pénale *stricto sensu*, ce qui se déduit du champ d'application de la décision-cadre (art. 2 visant « toute décision définitive d'une juridiction pénale établissant la culpabilité d'une personne pour une infraction pénale ») et de l'incitation, mais non de l'obligation adressée aux États membres d'étendre le champ de la récidive aux condamnations pénalo-administratives (Point 3 du préambule).

²⁵¹⁸ En droit de la concurrence, il suffit que l'entreprise ait été préalablement considérée comme coupable d'une infraction du même type, même si la décision est encore soumise à un contrôle juridictionnel, pour que la Commission puisse tenir compte de la récidive (CJUE, Lafarge SA, précité, §86 ; 13 juill. 2000, Salzgitter c/ Commission, aff. C-210/98 P, §58).

En droit du rapprochement des infractions, la décision-cadre s'applique à « toute décision définitive » (art. 2 de la décision-cadre 2008/675).

²⁵¹⁹ En droit de la concurrence et du manquement d'Etat entendent, assez logiquement, oui (pour le droit de la concurrence : voir note précédente ; pour le manquement d'Etat : « une répétition de comportements infractionnels d'un État membre dans un secteur spécifique ... » - Notamment : CJUE, 9 déc. 2008, Commission c/ France, aff. C-121/07, §69 ; 11 juill. 2013, Commission c/ Italie, aff. C-496/09, §90 ; 19 déc. 2012, Commission c/ Irlande, aff. C-279/11, §70 ; 13 mai 2014, Commission c/ Espagne, aff. C-184/11, §78).

En droit du rapprochement des infractions, la décision-cadre, en revanche, ne le précise pas.

²⁵²⁰ Ni la décision-cadre, ni le droit de la concurrence (CJUE, Groupe Danone c/ Commission, précité, §§36-38 ; 17 juin 2010, Lafarge SA c/ Commission, précité, §67), ni le droit du manquement d'Etat ne le précise.

637. La réitération d'une infraction constitue donc la seule circonstance aggravante générale en droit de l'Union car s'il en existe d'autres, elles ne sont prévues que par certains instruments normatifs.

b) Les circonstances aggravantes non généralisées

638. *En droit du rapprochement des infractions* – En droit du rapprochement des infractions, divers circonstances aggravantes sont prévues, ponctuellement. Toutes sont familières au droit pénal et certaines n'appellent pas de réelle observation, tel le fait que l'infraction ait été commise par une personne d'autorité, à titre personnel²⁵²¹ ou professionnel²⁵²² ou que l'auteur ait délibérément ou par imprudence mis la vie de la victime en danger²⁵²³. D'autres peuvent interpeler. Par exemple, la définition de la circonstance aggravante tirée de ce que l'infraction ait été commise à l'encontre d'une personne particulièrement vulnérable²⁵²⁴ apparaît particulièrement peu satisfaisante. Exception faite de la précision, assez évidente du reste, selon laquelle la minorité, une situation de dépendance ou un état d'incapacité physique ou mentale sont des formes de vulnérabilité²⁵²⁵, la notion unioniste de « vulnérabilité » est quasi-tautologique : la vulnérabilité signifie que la personne concernée n'a pas d'autre choix véritable ou acceptable que de se soumettre à l'abus de sa situation de vulnérabilité²⁵²⁶. Autre exemple, la circonstance aggravante qu'est la commission d'une infraction dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre relative à la lutte contre la criminalité organisée²⁵²⁷ est visée par cette même décision-cadre²⁵²⁸, ce qui est de prime abord particulièrement déconcertant, sauf à comprendre que sont ici visés les cas de « consortium » d'organisations criminelles.

²⁵²¹ Art. 8, b) de la directive 2011/92 relative à l'exploitation sexuelle et à l'abus sexuel des enfants. Est entendu comme personne d'autorité à titre personnel : un membre de la famille de l'enfant, une personne qui cohabite avec l'enfant ou une personne ayant abusé de sa position reconnue de confiance ou d'autorité.

²⁵²² Art. 4, 3 de la directive 2011/36 « traite des êtres humains ». Est entendu comme personne d'autorité à titre professionnel : un agent de la fonction publique dans l'exercice de ses fonctions.

²⁵²³ Art. 8, f) de la directive 2011/92 relative à l'exploitation sexuelle et à l'abus sexuel des enfants, art. 4, §2 c) de la directive 2011/36 « traite des êtres humains ».

²⁵²⁴ Art. 8, a) de la directive 2011/92 relative à l'exploitation sexuelle et à l'abus sexuel des enfants, art. 4, §2 de la directive 2011/36 « traite des êtres humains ».

²⁵²⁵ Art. 3, §5 ii) de la directive « exploitation sexuelle des enfants ».

²⁵²⁶ Art. 2, §2 de la directive.

²⁵²⁷ Art. 8, d) de la directive 2011/92 relative à l'exploitation sexuelle et à l'abus sexuel des enfants ; art. 4, §2 b) de la directive 2011/36 « traite des êtres humains » ; art 9, §4, a) de la directive 2013/40 « cybercriminalité ».

²⁵²⁸ Art. 4, §2, de la décision-cadre. En énonçant que « le fait que les infractions visées à l'article 2 (...) aient été commises dans le cadre d'une organisation criminelle puisse être considéré comme une circonstance aggravante », la mention déconcerte dans la mesure où la participation ou concertation criminelle présuppose le contexte d'une organisation criminelle.

639. *En droit de la concurrence* – En droit de la concurrence, les lignes directrices de 2006 prévoient comme circonstances aggravantes, outre la réitération de l’infraction, la persistance de l’infraction, le refus de coopérer ou l’obstruction à l’enquête, et le fait d’avoir été meneur ou incitateur de l’infraction²⁵²⁹. Comme pour la réitération, elles opèrent comme facteur d’aggravation de la sanction. Le rôle de meneur, par exemple, donne généralement lieu à une majoration de 50% de l’amende.

640. En droit du manquement d’Etat comme dans les autres contentieux, en revanche, aucun motif ne semble réellement opérer comme circonstances aggravantes. Ceux-ci sont tout autant dépourvus de circonstances atténuantes.

II- Les circonstances atténuantes

641. *Repentir ou coopération* – Le repentir et/ou le fait de coopérer avec les autorités sont deux circonstances atténuantes prévues en matière de concurrence et par certains outils du rapprochement des infractions pénales²⁵³⁰. En droit de la concurrence, la coopération et le repentir, dont la prise en compte n’est pas automatique²⁵³¹, opèrent indépendamment l’un de l’autre²⁵³². En outre, la cessation de l’infraction n’a de valeur aux yeux de la Commission que si elle est intervenue postérieurement à ses inspections ; une cessation spontanée de l’infraction ne peut être prise en compte²⁵³³. En droit du rapprochement des infractions, en revanche, le repentir doit s’accompagner d’une forme de coopération²⁵³⁴. Il doit s’agir de fournir aux autorités des informations qu’elles n’auraient pas pu obtenir autrement, les aider à prévenir ou à limiter les effets de l’infraction, à identifier ou à traduire en justice les autres auteurs de l’infraction, à trouver des preuves, ou à empêcher que d’autres infractions d’être commises.

²⁵²⁹ Lignes directrices, précitées, §28.

²⁵³⁰ Lignes directrices, précitées, §29 ; art. 4, b) de la décision-cadre « trafic de drogues » ; art. 6 de la décision-cadre « infractions terroristes » ; art. 18 de la proposition de directive « infractions terroristes » ; art4 de la décision-cadre « criminalité organisée ».

²⁵³¹ CJCE, 9 juill. 2009, Archer Daniels Midland c/ Commission, aff. C-511/06P, §§100-103..

²⁵³² Les deux sont mentionnés à des tirets distincts, non liés par une conjonction de coordination.

²⁵³³ TUE 12 oct. 2011, Agroexpansión c/ Commission, aff. T-38/05, confirmé par CJUE, 26 sept. 2013, Agroexpansión c/ Commission aff. C-668/11P, §86-9.

²⁵³⁴ Les deux sont liés par la conjonction de coordination « et ».

642. *Autres circonstances atténuantes prévues en droit de la concurrence* – Les lignes directrices prévoient, également, de prendre en compte l’attitude passive d’une entreprise, lors de la commission de l’infraction. Un rôle passif implique l’adoption par l’entreprise concernée d’un « profil bas », c’est-à-dire une absence de participation active à l’élaboration du ou des accords anticoncurrentiels »²⁵³⁵. « parmi les éléments de nature à révéler le rôle passif d’une entreprise au sein d’une entente, peut être pris en compte le caractère sensiblement plus sporadique de ses participations aux réunions par rapport aux membres ordinaires de l’entente, de même que son entrée tardive sur le marché ayant fait l’objet de l’infraction, indépendamment de la durée de sa participation à celle-ci, ou encore l’existence de déclarations expresses en ce sens émanant de représentants d’entreprises tierces ayant participé à l’infraction »²⁵³⁶

643. *Conclusion du paragraphe* - A envisager de parler d’un droit unioniste de la personnalisation de la peine, celui-ci est, à l’évidence, encore très sommaire. Et il est bien difficile de déterminer si le développement moindre et standardisation plus difficile de cette branche du droit pénal de l’Union procèdent d’une plus grande difficulté à harmoniser les questions des peines ou d’un intérêt perçu comme secondaire. En tout état de cause, on observera aisément que les règles unionistes de personnalisation de la sanction sont plus enclines à aggraver la sanction qu’à l’adoucir. Ce contrepied à l’essence originel de la démarche confirme, une fois encore, la dominante autoritaire du modèle pénal de l’Union européenne. L’incitation à la dénonciation, avec promesse d’un avantage pénal, est particulièrement expressive de cette idéologie²⁵³⁷.

CONCLUSION DE LA SECTION

644. *L’opportunité d’initier le rapprochement des règles de droit pénal général* – Bien que l’harmonisation des législations dans le domaine du droit pénal général soit réputée limitée au rapprochement des incriminations, il est toutefois désormais établi l’existence de règles de droit pénal général communes. Rapprochées par des chemins de traverses, dans l’ombre de certains droits fondamentaux notamment, la question de l’opportunité de procéder à une harmonisation

²⁵³⁵ TPICE, 9 juillet 2003, Cheil Jedang c/ Commission, T-220/00, §167.

²⁵³⁶ TPICE, Cheil Jedang c/ Commission, précité, §168, et Tokai Carbon e.a. c/ Commission, précité, §331 ; TUE Lafarge, §§763 et s.

²⁵³⁷ En ce sens : PRADEL, J., Droit pénal comparé, précité, n°680, p. 728.

assumée de certaines règles se pose. Compte tenu des principes de subsidiarité et nécessité du droit de l'Union, il convient donc de s'interroger sur la nécessité d'une telle démarche. Plus qu'une question de suppression des obstacles liées aux différences entre les systèmes pénaux nationaux, une première vague d'harmonisation pourrait n'avoir comme autre but qu'alléger les directives de rapprochement des infractions des règles de droit pénal général qui font l'objet de clauses standardisées dans chaque décision-cadre et directive. On objectera qu'étant systématiquement prévues, et de manière identique, la question ne répond pas à un impératif normatif. Toutefois, l'adoption d'une directive sur cette question, qui ne devrait donc pas poser de difficultés, permettrait d'alléger les directives qui deviendraient réellement, et exclusivement, des directives de rapprochement des incriminations. Enfin, eu égard à la perspective d'instituer un Parquet européen, le projet de conclusions sur des dispositions types orientant les travaux du Conseil en matière de rapprochement des infractions pénales mériterait certainement d'être remis à l'ordre du jour.

CONCLUSION DU CHAPITRE

645. *Structure du droit pénal de l'Union* - Tel qu'a été défini le droit pénal de l'Union européenne, celui-ci forme un ensemble relativement cohérent et systématisé. Le droit pénal spécial, distinguant principalement le droit pénal communautaire du droit communautaire pénal, se fait l'expression de la dualité identitaire profonde de l'Union qui persiste malgré la réunification des Communautés et de l'Union : l'Union demeure tout autant une entité autonome, juridiquement intégrée et intégrante, ayant légitimement des intérêts propres à défendre, qu'une collectivité d'Etats partageant les mêmes valeurs, les mêmes difficultés face à certaines formes de criminalité et désireux de s'efforcer, par une action concertée, de lutter plus efficacement contre. L'extraction d'un socle commun de règles de droit pénal général, c'est-à-dire celles que l'on retrouve aussi bien en droit du rapprochement des infractions que dans le régime juridique des infractions communautaires, comprend deux apports majeurs : encore une fois, l'absence des mots ne signifie pas l'absence des choses. Et bien qu'aucune règle de droit pénal général n'ait été officiellement harmonisée ou unifiée, l'exigence d'une faute, l'incrimination de plusieurs modes de participation à une infraction ou encore la responsabilité des personnes morales pour la commission d'une infraction font, de fait, l'objet d'une harmonisation informelle concernant

l'ensemble des infractions, communautaires comme indirectes. Bien sûr, certaines questions ne font pas (encore) l'objet d'une systématisation parfaite. Des explications sont envisageables. La complicité, par exemple, est inexistante en droit du manquement d'Etat, cela étant, l'infraction ne s'y prête pas. Beaucoup de règles n'ont pas encore été abordées par le droit des mesures restrictives. Cependant, la matière est encore très jeune et le contentieux surtout porté, pour le moment, sur des questions de garanties fondamentales. Il n'est donc pas exclu que la culpabilité ou la complicité soit abordée à l'avenir. Du reste, il convient de ne pas omettre que le défaut de systématicité parfaite de l'objet d'étude n'affecte pas nécessairement la systématicité de la théorie développée autour de celui-ci²⁵³⁸.

CONCLUSION DU TITRE

646. *Premières indications sur l'identité pénale de l'Union* - Le titre qui s'achève conforte un peu plus la théorie développée autour du système pénal de l'Union européenne : celui-ci existe, il répond aux propriétés de tout système juridique mais se présente comme un modèle original en droit pénal. La structuration du contenu normatif pénal de l'Union a mis en évidence, tout d'abord, que comme tout système juridique, le système pénal de l'Union repose sur une branche substantielle de règles de fond et une branche procédurale. Cette *summa divisio*, ensuite, exprime la dualité identitaire profonde du système global de l'Union : le droit de la justice pénale dans l'Union européenne est encremer empreint d'une dynamique de coopération intergouvernementale alors que le droit pénal de l'Union européenne fondé sur les euro-infractions relève d'une dynamique plus intégrative. Le droit de la justice pénale s'emploie à faire avec les différences nationales ; le droit pénal de l'Union européenne constitue un socle commun harmonisé, voire unifié pour certaines infractions. Enfin, l'identité pénale de l'Union s'est dessinée : une identité à dominante autoritaire, sécuritaire teintée de libéralisme « droits de l'homme ». En effet, l'harmonisation des infractions exprime une confiance dans la punition ; le droit de la justice pénale s'emploie à faciliter la sanction effective des infractions commises dans l'espace commun en instituant des structures et organes de soutien à la coopération pénale, en organisant la libre-circulation des décisions répressives et en créant, par voie indirecte, un droit

²⁵³⁸ En ce sens : OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., le système juridique, entre ordre et désordre, PUF, 1988, p. 28.
Contra : GASSIN, R., Système et droit, RRJ, 1981-3, p. 362.

de l'enquête pénale transnationale afin qu'une frontière ne soit pas l'obstacle à la punition. Le trait de caractère dominant du système pénal de l'Union est donc d'être orienté vers l'optimisation des moyens de punir effectivement tout trouble causé à l'ordre public. Ce trait dominant est désormais pondéré d'une touche de modèle libéral par le rapprochement des droits procéduraux. Une touche, seulement, car le rapprochement en ce domaine n'a qu'une mince plus-value par rapport à l'acquis du droit de la convention EDH, que les Etats membres sont tous supposés avoir intégré, et ce d'autant plus que le rapprochement des garanties procédurales n'inclue pas le rapprochement des moyens de sanctionner leur irrespect. Le fait que toutes ces sous-matières composant le droit du système pénal de l'Union européenne soient soumises à des principes fondamentaux laisse entrevoir la possibilité de renforcer le trait libéral. Cela étant, la fonction première de ces principes fondamentaux dominant le système pénal de l'Union est de garantir l'unité du système.

TITRE 2 – LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU SYSTEME PENAL DE L'UNION EUROPEENNE

647. *De l'unité à l'identité du système pénal de l'Union* - Un système juridique doit être doté d'une certaine unité. En tant que sous-système du système juridique global de l'Union, le système pénal de l'Union tire une partie de son « unité » des traités. Chaque norme, chaque outil juridique, chaque institution, chaque principe, chaque organe découle des traités, directement ou indirectement, jusqu'à la compétence du juge national comme juge unioniste de droit commun. Cela concerne son aspect institutionnel. En revanche, les traités ne comportent que très peu d'éléments de nature à assurer l'unité « pénale » de ce sous-système. C'est vers la Charte des droits fondamentaux qu'il convient de se tourner. Celle-ci promet aux citoyens européens la garantie d'un certain nombre de principes directeurs de la matière pénale : pas de crimes, de délits ni de peine sans « loi », non rétroactivité de la loi pénale, présomption d'innocence, droit au procès équitable, etc... S'adressant aux institutions de l'Union comme aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union²⁵³⁹ ces principes ont donc vocation à être les principes fondamentaux régissant l'ensemble du système pénal de l'Union. Plus précisément, ils assurent aussi bien l'unité du système, sa cohérence d'ensemble, qu'ils expriment une part de l'identité pénale de l'Union. En effet, l'éventail des droits fondamentaux pénaux consacrés et leurs modalités expriment une confiance plus ou moins forte en la répression, une place plus ou moins importante accordée à l'individu considéré comme non réductible à ses actes, furent-ils criminels.

648. *Angle d'étude adopté* - « Ces principes ont vocation ... » car pour que être en mesure d'affirmer que ces principes « sont les principes fondamentaux régissant l'ensemble du système pénal de l'Union », encore faut-il qu'ils soient effectivement respectés par le droit du système pénal de l'Union, en particulier par les euros-infractions d'application communautaire, que le droit de l'Union ne considère pas comme étant du droit pénal. Il est d'autant plus nécessaire de s'intéresser au respect du régime juridique des sanctions pénales que les euros-infractions sont duales et que les euros-infractions d'applications communautaires ne sont pas soumises au contrôle de la Cour EDH. Il en va donc de la cohérence du système pénal de l'Union que ces

²⁵³⁹ Art.51 de la Charte.

infractions soient soumises aux mêmes exigences que les euros-infractions dont la mise en œuvre a été confiée aux systèmes pénaux nationaux. Afin de l'éprouver, on distinguera, sans plus d'originalité formelle que les principes n'ont d'originalité matérielle, les principes fondamentaux de procédure (chapitre 1) des principes fondamentaux de fond (chapitre 2).

CHAPITRE 1- LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE PROCEDURE

649. *Du droit au procès équitable au droit à une procédure équitable* – L'article 6 de la convention EDH est le standard de référence, s'il doit n'y en avoir qu'un, des garanties fondamentales d'un procès. Sommairement, le droit à un procès équitable comprend le droit à un tribunal présentant les garanties prescrites par l'article 6, §1 quant à son organisation et à sa composition et le droit d'y accéder conformément aux garanties entourant déroulement de l'instance²⁵⁴⁰. Dans le système juridique de l'Union, certains de ces droits, tels que le délai raisonnable, l'impartialité, les droits de la défense, etc... sont doublement garantis : par les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux pour les procédures juridictionnelles²⁵⁴¹ et par l'article 41 de cette même Charte pour les procédures administratives²⁵⁴². « Les droits consacrés par [ces deux articles] (...) sont bien distincts [dans le sens où ils] s'appliquent dans des contextes différents (...). Il s'ensuit que les droits en question ne peuvent pas être fusionnés au risque de « balayer » le droit d'un particulier d'être entendu dès lors que l'administration se propose de prendre à son encontre un acte qui lui fait grief »²⁵⁴³. Cela étant, substantiellement, les droits

²⁵⁴⁰ En ce sens : CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ R.-U.*, req. n°4451, §36.

²⁵⁴¹ L'article 47, relatif au droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial, dispose :

« Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter.

Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice ».

L'article 48, relatif à la présomption d'innocence et aux droits de la défense, dispose :

« Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé ».

²⁵⁴² L'article 41, relatif au droit à une bonne administration, dispose :

« 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment :

- le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre ;

- le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires ;

- l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.

Toute personne a droit à la réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres.

Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue ».

²⁵⁴³ Conclusions de l'av. gén. WATHELET présentées le 23 août 2013 dans l'aff. C-383/13, M. G. et N. R., §46.

consacrés se recourent²⁵⁴⁴ de sorte que la question de l'application des garanties de l'équitable aux procédures administratives infligeant des sanctions communautaires ne se pose pas réellement. Celles-ci s'appliquent, que l'on considère qu'elles relèvent du droit pénal ou non, ce qui était déjà le cas en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, du reste²⁵⁴⁵. L'article 41 de la Charte est donc un « palliatif »²⁵⁴⁶ des limites du champ d'application de l'article 6 de la convention EDH. Aussi, devrait-on plutôt désormais parler d'un « droit aux procédures équitables », en droit de l'Union.

650. *Portée de cette évolution* – La transformation du droit au procès équitable au droit à une procédure équitable est passée relativement inaperçue, probablement en raison du fait que, substantiellement, cela ne remet pas en cause l'acquis du droit de l'accusation en matière pénale. Bien au contraire, cela ne fait que l'assoir un peu plus, en particulier puisque l'article 41 de la Charte étend expressément certains droits propres à l'accusé à la personne faisant l'objet d'une décision administrative « défavorable », ce qui inclut indiscutablement une décision infligeant une sanction de nature pénale. En somme, indépendamment de la structure de la Charte, les droits des personnes accusées par l'administration ou la justice d'une infraction de nature pénale sont bénéficiaires des mêmes droits, que l'on peut regrouper sous deux pôles, l'un relatif au droit général à une procédure équitable (section 1), l'autre relatif aux droits propres de l'accusé (section 2). Reste en revanche à savoir si les garanties concrètement offertes par le droit des sanctions communautaires²⁵⁴⁷ sont systématiquement satisfaisantes.

²⁵⁴⁴ En ce sens également : CHEVALIER, E., *Bonne administration et Union européenne*, th. dactyl., Limoges, 2010, p. 252.

²⁵⁴⁵ CJCE, 13 fév. 1979, Hoffmann – La Roche c/ Commission, aff. 85/76, §9 : « Le respect des droits de la défense dans toute procédure susceptible d'aboutir à des sanctions, notamment à des amendes ou astreintes, constitue un principe fondamental du droit communautaire, qui doit être observé, même s'il s'agit d'une procédure de caractère administratif » ; CJCE, 29 juin 1994, Fiskano c/ Commission aff. C-135/92, §39 : « ... même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure en cause » - voir également : CJCE, 10 juill. 1986, Belgique c/ Commission, aff. 234/84 ; 21 sept. 1989, Hoechst c/ Commission, aff. 46/87 et 227/88 ; 23 oct. 1974 Transocean Marine Paint c/Commission ; aff.17/74, §15 ; 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a. c/ Commission, aff. 100 à 103/80, §§9-10.

²⁵⁴⁶ COUTRON, L., *L'infiltration des garanties du procès équitable dans les procédures non juridictionnelles*, in PICHERAL, C., (dir.), *Le droit au procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Némésis, Athémis, coll. Droit et justice, 2012, p. 174.

²⁵⁴⁷ La présente étude s'intéresse en priorité au droit pénal de l'Union produit et appliqué par les institutions de l'Union. L'application des sanctions indirectes étant confiée aux systèmes pénaux nationaux, le respect des droits fondamentaux pénaux est de la responsabilité de chaque Etat membre, et présumée conforme au droit de la CEDH, puisque tous les Etats membres sont également parties à la Convention. En revanche, les sanctions communautaires n'étant pas considérées par les institutions et les juridictions de l'Union comme pénales, la question du respect de ces droits se pose valablement.

SECTION 1 – LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT A UNE PROCEDURE
EQUITABLE

651. *Sélection des garanties du procès équitable* – Bien que la question qui se pose soit celle du respect, par les institutions et organes de l'Union, du droit à toute personne accusée d'une infraction communautaire de nature pénale de voir le bien-fondé des accusations apprécié suivant une procédure équitable, toutes les garanties afférentes ne méritent pas la même attention. Le droit à l'assistance d'un avocat ou encore la publicité des débats, par exemple, ne nécessitent guère plus que le constat de leurs respects²⁵⁴⁸. En revanche, les garanties qui concernent le juge et l'administration d'une part (§1), et les exigences qui s'imposent à eux dans l'exercice de leurs fonctions (§2), d'autre part, nécessitent une confrontation plus sérieuse de la pratique juridique unioniste à l'acquis du droit à une procédure équitable.

§1- LE DROIT A UNE AUTORITE IMPARTIALE

652. *Du droit à un « tribunal » au sens de l'article 6, §1 au droit à une autorité impartiale* – La véritable intelligence des rédacteurs de la Charte est d'avoir profité de la création de ce texte pour sortir les exigences de « l'équitable » du contexte du « procès ». En effet, la consécration du droit à une bonne administration étend et adapte aux autorités administratives prononçant des « mesures individuelles défavorable », les exigences essentielles du droit à un tribunal impartial au sens des articles 6, §1 de la convention EDH et 47, §1 de la Charte²⁵⁴⁹. Ce faisant, en droit de l'Union, il convient plutôt de parler du droit à une autorité impartiale que d'un droit à un tribunal impartial, ainsi qu'est parfois dénommée de manière concentrée l'ensemble des garanties que doit présenter un « tribunal » au sens de l'article 6, §1. Afin d'en examiner le respect par les autorités infligeant des sanctions « communautaire » - ou « unionistes » - (B), il convient d'abord de

²⁵⁴⁸ Concernant le droit à l'avocat, voir notamment : art. 43 et s. du règlement de procédure de la Cour de Justice ; art. 14, §5 du règlement (CE) 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE ; art. 15, §5 du règlement (CE) 802/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (droit de la concurrence) ; CJCE, 21 sept. 1989, Hoechst c/ Commission, aff. 46/87 et 227/97, §16 (droit de la concurrence) ; 28 mars 2000, Krombach, aff. c-7/98, §39.

Concernant la publicité des débats, il se déduit de l'article 79 du règlement de procédure de la Cour de Justice relatif au huis clos que la publicité des débats est le principe, le huis clos étant l'exception (« 1. Pour des motifs graves liés, notamment, à la sécurité des États membres ou à la protection d'enfants mineurs, la Cour peut décider le huis clos. 2. La décision de huis clos comporte défense de publication des débats »).

²⁵⁴⁹ Art. 47 et 52 combinés de la Charte.

rappeler quels sont les critères propres à reconnaître et à garantir la mission du juge et de l'administration dans le cadre d'une procédure équitable (A).

A- LES QUALITES D'UN « TRIBUNAL » ET D'UNE « BONNE ADMINISTRATION »

653. *Examen successif* - Pour autant que l'article 41 de la Charte soit un « palliatif »²⁵⁵⁰ du droit à un procès équitable, en présence d'une autorité qui ne serait pas un tribunal, il n'en est pas un palliatif parfait²⁵⁵¹. Il convient donc non seulement de rappeler les qualités que les articles 6, §1 de la convention EDH et 47 de la Charte exigent d'un « tribunal » (I) mais également de préciser celles que l'article 41 de la Charte attend d'une « bonne administration » (II).

I- Les qualités d'un « tribunal » au sens de l'article 6, §1 de la Convention EDH et 47 de la Charte

654. *Du terme « tribunal » à la notion de « juridiction »* - L'article 47, §1 de la Charte des droits fondamentaux, à l'instar de l'article 6, §1, use du terme « tribunal ». La jurisprudence de la Cour de Justice connaît cependant bien mieux celle de « juridiction ». Or, selon sa jurisprudence bien établie, l'attribution de la qualité de juridiction d'un Etat membre est indépendante et autonome de la qualité de « juridiction » en droit interne²⁵⁵² et tient compte d'un ensemble d'éléments tels que l'origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure²⁵⁵³, l'application par l'organe (ou l'organisme) de règles de droit, ainsi que son indépendance²⁵⁵⁴. La parenté avec les critères d'un tribunal au sens de l'article 6, §1 est évidente. En outre, rapprochant un peu plus les notions de « tribunal » et de « juridiction », le premier, au sens de l'article 6, « se caractérise au sens matériel par sa fonction

²⁵⁵⁰ COUTRON, L., précité, p. 174.

²⁵⁵¹ *Ibid.*

²⁵⁵² Ainsi un tribunal arbitral a été considéré comme une juridiction par la Cour de Justice alors qu'il ne l'était pas en droit interne (CJCE, 30 juin 1966, Vaassens-Göbbels, aff. 61/65). A l'inverse, une « juridiction » en droit interne, non reconnue comme telle par la Cour de Justice : CJCE, 30 mars 1993, Corbiau, aff. 24/92.

²⁵⁵³ Ne constituant pas un critère absolu (CJCE, 29 nov. 2001, De Coster, aff. C-17/00, §14), cet élément ne sera pas repris par la suite.

²⁵⁵⁴ Notamment : CJCE, 17 sept. 1997, Dorsch Consult, aff. C-54/96 ; 31 janv. 2013, Belov, C-394/11, §38 ; 13 fév. 2014, Merck Canada (or.), aff. C-555/13, §16 ; 9 oct. 2014, TDC A/C c/ Erhvervsstyrelsen, aff. C-222/13, §27 ; 14 juin 2007, Häupl, C-246/05, §16 ; 14 juin 2011, Miles, C-196/09 ; Baláž, précité, §38.

juridictionnelle »²⁵⁵⁵. Enfin, si la notion de juridiction a été précisée dans le contexte du recours préjudiciel, la portée de cette notion n'est plus limitée à ce seul contexte²⁵⁵⁶. Considérant l'ensemble de ces observations, le terme « tribunal » de l'article 47, §1 de la Charte sera présentement entendu en recourant à la notion de « juridiction »²⁵⁵⁷.

655. Méthodologie d'appréciation - A l'instar de la Cour, il conviendra de se départir des qualifications officielles des organes considérés et de ne tenir compte que des critères d'identification dégagés. Cela étant, si dans le cadre du renvoi préjudiciel, « la réunion de tous les éléments pertinents n'est pas requise, tandis qu'aucun n'est, en principe, indispensable ou irremplaçable : c'est surtout la confrontation de l'allure générale de l'organe à la physionomie résultant de leur « ensemble » qui importe »²⁵⁵⁸, il en va différemment s'agissant du droit de la convention EDH où certaines atteintes « consume[nt] définitivement la violation du droit à un « tribunal » »²⁵⁵⁹ et ne peuvent être purgées par une voie de recours²⁵⁶⁰. Ainsi, si c'est le critère fonctionnel qui permettra de positivement identifier un tribunal au sens de l'article 6, §1 ou une

²⁵⁵⁵ CEDH, 5 sept. 2002, *Strivay, Simon et Simon c/ Belgique* (déc.), req. n°44559/98, 45038/98 et 45083/98 ; *Coëme et autres c/ Belgique*, précité, §99 ; 29 avril 1988, *Belilos c/ Suisse*, req. n°10328/83 §64 ; 30 nov. 1987, *H c/ Belgique*, req. n°8950/80, §50 ; 22 oct. 1984, *Sramek c. Autriche*, §36 ; 27 août 1980, *Demicoli c/ Malte*, req. n°13057/87, §39.

²⁵⁵⁶ Interrogée sur l'interprétation de la notion de « juridiction ayant compétence notamment en matière pénale » de la décision-cadre 2005/ la Cour énonce : « dans ce contexte réglementaire, aux fins d'interpréter la notion de «juridiction», contenue à l'article 1^{er}, sous a), iii), de la décision-cadre, il convient de s'appuyer sur les critères dégagés par la Cour pour apprécier si un organisme de renvoi possède le caractère d'une « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE » (CJUE, 14 nov. 2013, *Baláz*, aff. C-60/12, §32).

²⁵⁵⁷ Le rapprochement des notions de Tribunal et de juridictions ne fait pas l'unanimité, compte tenu de la différence de contexte dans lesquels les notions ont été définies (PICHERAL, C., *Du maniement du droit au procès équitable par la Cour de Justice*, in PICHERAL, C. (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union Européenne*, Nemesi - Egalement : KOVAR, R. *la notion de juridiction en droit européen*, Mélanges Waline ; *Contra* : BAILLEUX, A., *le salut dans l'adhésion : entre Luxembourg et Starsbourg, actualité du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence*, RTDEur. 2010, p. 31 et s.). Si la convergence des critères ne peut masquer que l'objet de l'autonomisation diffère (id.), ce n'en est pas moins la notion de « juridiction » du droit communautaire qui a été retenue dans l'interprétation de la notion de recours juridictionnel (CJCE, 19 sept. 2006, *Wilson*, aff. C-506/04, §§47-48) ou celle de « tribunal impartial » (conclusions de l'av. gén. BOT, dans ses conclusions relatives à l'affaire C-614/14, *Procédure pénale c/ Atanas Ognjanov*, §73). En outre, il arrive que différentes versions linguistiques d'outils normatifs substituent le terme « tribunal » à celui de « juridiction », ou inversement : voir, par exemple, l'article 3, sous b), règlement n°4/2009 qui, dans la version française, contient le terme de « tribunal » mais celui de « juridiction » dans les versions italienne et roumaine (note 20 des conclusions de l'av. gén. JÄÄSKINEN présentées le 4 septembre 2014 dans les aff. jointes C-400/13 et C-408/13, *Sanders c/Verhaegen*).

²⁵⁵⁸ PERTEK, J., *Renvoi préjudiciel – Notion de juridiction – Droit, faculté et obligation de renvoi – Règles de procédure*, JCl Europe Traité, Fasc. 360-1, LexisNexis, oct. 2015, §§25-27 ; v. également : « Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles », publiées par la Cour le 6 novembre 2012, §9.

En effet, selon la formulation classique de la Cour de Justice, celle-ci tient compte d'« éléments » « tels que... », ce qui signifie que l'absence de l'un des éléments est un indice défavorable mais non immédiatement disqualifiant et susceptible d'être compensé par la solide présence d'autres garanties.

²⁵⁵⁹ MILANO, L., précité, p. 363, n°448.

²⁵⁶⁰ CEDH, 26 oct. 1984, *De Cubber c/ Belgique*, req. n°9186/80, §§32-33 ; 23 oct. 1995, *Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro et Pfarrmeier c/ Autriche*, req. n°15523/89, 15527/89, 15963/90, 16713/90, 16718/90, 16841/90, respectivement §§34, 37, 42 et 39, 41 et 38 (pouvoir de sanction à caractère pénal d'une AAI) ; 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, req. n°73053/01, §43 (tenue d'une audience publique) ; 4 mars 2008, *Hüseyin Turan c/ Turquie*, req. n°11529/02, §§31-31(id.) ; 4 mars 2013, *Grande Stevens c/ Italie*, req. n°18640/10, §120 (id.).

Voir sur cette question : MILANO, L., précité, pp. 360-364.

juridiction au sens du droit de l'Union européenne (b), les critères organiques communément exigés par les juridictions européennes dans le cadre de leur contentieux respectifs ne doivent pas être mésestimés (a).

a) Les critères organiques

656. Critères objectifs : origine légale, permanence et caractère obligatoire – Un « tribunal » ou une « juridiction » doit répondre à trois critères objectifs. Tout d'abord, l'organe doit voir ses compétences²⁵⁶¹, son ressort²⁵⁶² ou encore les « dispositions relatives aux mandats, aux incompatibilités et à la récusation de ses membres²⁵⁶³ établis par la loi²⁵⁶⁴. Cette exigence « reflète le principe de l'Etat de droit (...) un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers »²⁵⁶⁵. Ensuite, l'organe doit exister de manière stable comme élément du système juridique, nonobstant le renouvellement périodique ou le caractère éphémère de sa composition²⁵⁶⁶. L'exigence de ce critère, à la rédaction de la Convention EDH, critiquait implicitement les tribunaux ad hoc, chargés de juger des cas particuliers²⁵⁶⁷. Enfin, le « tribunal » ou la « juridiction » doit être obligatoire, un caractère qui concerne la force contraignante des décisions de l'organe, et non sa compétence²⁵⁶⁸, qui ne doivent pouvoir être modifiées par une autorité non judiciaire, « ainsi que le confirment les termes « qui décidera » »²⁵⁶⁹. Cet élément est sans doute le plus important des critères objectifs puisque sa défaillance a, à elle seule, entraîné le rejet d'une demande préjudicielle²⁵⁷⁰.

²⁵⁶¹ Par exemple : CEDH, 20 juill. 2006, Sokourenko et Strygoun c/ Ukraine, req. n°29458/04 et 29465/04, §§23-28.

²⁵⁶² VELU, J., ERGEC, R, La CEDH, Bruylant, 1990, p. 453 – par exemple : CEDH, 28 nov. 2002, Lavents c/ Lettonie, n°58442/00, §114 ; 12 juill. 2007, Jorgic c/ Allemagne, req. n°4613/01, §64.

²⁵⁶³ CEDH, 31 mai 2011, Kontalexis c/ Grèce, req. n°59000/08, §38 ; 4 mars 2003, Posokhov c/ Russie, req. n°63486/00, §39.

²⁵⁶⁴ Dans la jurisprudence de la CJUE, par exemple : CJCE, 23 mars 1982, Nordsee, aff. 102/81 ; 27 avr. 1994, Almelo, aff. C-393/92 ; 27 janv. 2005, Denuit et Cordenie, aff. C-125/04.

²⁵⁶⁵ CEDH, 31 mai 2011, Kontalexis c/ Grèce, précité – dans le même sens : 28 nov. 2002, Lavents c/ Lettonie, précité ; Coème et autres c/ Belgique, précité, §98.

²⁵⁶⁶ Conclusions av. gén. SAGGIO dans l'affaire HI (C-258/97) présentées le 1^{er} oct. 1998 ; CJUE, 12 juin 2014, Bieras Litoral, aff. 377/13, §25-26.

²⁵⁶⁷ VELU, J., ERGEC, R., précité.

²⁵⁶⁸ De sorte que le fait que la compétence d'une commission soit exclusive pendant une période définie avant d'être partagée avec les tribunaux n'a aucune incidence dans la mesure où le caractère obligatoire de ses décisions ne fait aucun doute - Conclusions de l'av. gén. Mengozzi présentées le 25 nov. 2015 dans l'affaire C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S c/ Bandedanmark, §§32-33 ; CJUE, 17 juill. 2014, Emmeci SRL c/ Cotral SpA, aff. C-427/13, §§28-31.

²⁵⁶⁹ CEDH, 19 avr. 1994, Van Hurk c/ P.-B., req. n°16034/90, §§45-52 ; 26 fév. 2002, Morris, req. n°38784/97, §§73-75.

²⁵⁷⁰ CJCE, 11 juill. 2003, Cafom et Samsung Electronics, aff. C-161/03, §§14-15.

657. Critères subjectifs : indépendance et impartialité – Un « tribunal » ou une « juridiction » doit également répondre à deux critères subjectifs : l'indépendance et l'impartialité. Quoique la formulation classique ne mentionne pas le second, les deux vont de paire²⁵⁷¹. « Le premier aspect, externe [l'indépendance], suppose que l'instance soit protégée contre les interventions ou les pressions extérieures »²⁵⁷², qu'elles proviennent des parties, du pouvoir exécutif²⁵⁷³ ou du pouvoir législatif²⁵⁷⁴. C'est l'une des traductions institutionnelles du principe de séparation des pouvoirs²⁵⁷⁵. Pour déterminer si un tribunal peut passer pour indépendant²⁵⁷⁶, la Cour tient compte notamment du mode de désignation des juges, de la durée de leur mandat, de l'existence de garanties contre les pressions extérieures, tout en examinant s'il y a ou non apparence d'indépendance²⁵⁷⁷. Le second aspect, interne, l'impartialité, « vise l'égalité de distance par rapport aux parties au litige et à leurs intérêts respectifs au regard de l'objet de celui-ci. Cet aspect exige le respect de l'objectivité et l'absence de tout intérêt dans la solution du litige en dehors de la stricte application de la règle de droit »²⁵⁷⁸. A cette impartialité « objective », s'ajoute celle de l'impartialité « subjective » exigeant que le juge aborde chaque affaire sans préjugés²⁵⁷⁹. De cette exigence découle l'impossibilité, pour un « tribunal » impartial de se saisir lui-même, exigence particulièrement importante en matière pénale dans la mesure où la saisine d'un tribunal implique nécessairement un préjugé sur l'existence d'une infraction et la participation de l'accusé²⁵⁸⁰. La

²⁵⁷¹ Concernant les liens entre indépendance et impartialité : CEDH, 25 févr. 1997, Findlay c/ Royaume-Uni, req. n°22107/93, §73 ; 6 sept. 2005, Salov c/ Ukraine, req. n°66518/01, §82 ; 6 mai 2003, Kleyn et autres c/ Pays-Bas, req. n°39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99, §194 ; 6 oct. 2011, Agrokompleks c/ Ukraine, req. n°23465/03, §128.

Concernant les liens entre ces garanties et la « légalité du tribunal » : CEDH 1er oct. 1982, Piersack c/ Belgique, req. n°8692/79, §33 ; 22 juin 2000, Coëme et autres c/ Belgique, req. n°32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, §99.

²⁵⁷² CJUE, TDC A/C précité, §§30-31 – Egalement : Wilson, précité, §§51-52 ; 17 juill. 2014, Torresi, aff. C-58/13 et C-59/13, §18 ; 16 oct. 2012, Commission c/ Autriche, aff. C-614/10, §41.

²⁵⁷³ CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ R.-U, req. n°7819/77, §78 ; Findlay c/ R.-U, précité.

²⁵⁷⁴ CEDH, 9 déc. 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, req. n°13427/87, §49 ; 3 sept. 2013, M.C. et autres c/ Italie, req. n°5376/11, §59.

²⁵⁷⁵ COMMARET, D.-N., Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D. 1998, chron. 262 ; Recommandation R. 94-12 du Conseil de l'Europe, L'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges, 13 oct. 1994.

²⁵⁷⁶ Pour la Cour EDH, en effet, un tribunal doit « passer pour indépendant », en ce sens que « les apparences peuvent revêtir elles aussi de l'importance » (CEDH, 22 oct. 1984, Sramek c/ Autriche, req. n°8790/79, §42. Voir également : Campbell et Fell, précité, §78 ; Coëme e. a. c/ Belgique, précité, §120 ; Findlay c/ R.-U., précité, §73.

²⁵⁷⁷ CEDH, 22 juin 1989, Langborger c/ Suède, req. n°11179/84, §32 ; 22 nov. 1995, Bryan c/ Royaume-Uni, req. n°19178/91, §37 ; Findlay c/ Royaume-Uni, précité ; 3 mars 2005, Brudnicka et autres c/ Pologne, req. n°54723/00, §38 ; 21 juill. 2009, Luka c/ Roumanie, req. n°34197/02, §37 ; Pohoska c/ Pologne, req. n°33530/06, §34.

²⁵⁷⁸ CEDH, 22 déc. 2009, Parlov-Tkalčić c/ Croatie, req. n°24810/06, §86 ; 6 oct. 2011, Agrokompleks c/ Ukraine, précité, §137.

CJUE, TDC A/C précité – Egalement : Wilson, précité ; Torresi, précité ; Commission c/ Autriche, précité.

²⁵⁷⁹ CEDH, Piersack c/ Belgique, précité, §30 ; 10 juin 1996, Pullar c/ R.-U., req. n°22399/93, §32.

²⁵⁸⁰ DECOCQ, A., De l'application de la convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou à des astreintes, in Mélanges Pettiti, Bruylant, 199, p. 299.

séparation des fonctions de poursuites et de jugement en matière pénale rejoint ainsi le respect de la présomption d'innocence.

658. Ces critères ne permettent pas à eux seuls de caractériser un tribunal ou une juridiction. Les critères fonctionnels sont tout aussi essentiels.

b) Les critères fonctionnels

659. *L'application de règles de droit* – Premier critère fonctionnel, il est attendu du « tribunal » ou de la « juridiction » qu'elle applique des règles de droit, notamment au titre de la procédure. Cela étant, elles n'ont pas nécessairement à être d'origine légale. Par exemple, l'application de règles procédurales issues du règlement intérieur dont l'organe se dote lui-même n'est pas un obstacle dès lors qu'il est tenu d'appliquer les dispositions contenues dans les directives communautaires et les règlements nationaux pris pour leur transposition et fait application des exigences procédurales générales, telles que l'obligation d'entendre les parties, de statuer à la majorité absolue des voix et de motiver les décisions, mentionnées par le règlement intérieur relatif qui est publié²⁵⁸¹.

660. *La fonction juridictionnelle* - La fonction juridictionnelle signifie dire le droit et trancher un litige²⁵⁸², faire acte d'opinion, décider²⁵⁸³. L'article 6, §1 ne dit pas autre chose en énonçant « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal [...] qui décidera [...] du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle »²⁵⁸⁴. Toutefois, dans le contexte de la convention qui soumet la recevabilité des requêtes à l'épuisement des voies de recours internes, la seule fonction juridictionnelle ne saurait suffire. En effet, si aux termes de l'article 6, §1, le tribunal doit décider d'une « contestation » sur les droits et obligations à caractère civil, il doit en revanche statuer sur le « bien-fondé d'une accusation en matière pénale ». Or, décider d'un tel bien-fondé emporte nécessairement un pouvoir de réformation au fond, tant sur

²⁵⁸¹ CJCE, 17 sept. 1997, Dorsch Consult, aff. C-54/96.

²⁵⁸² D'AMBRA, D., L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher des litiges, LGDJ, coll. Bibl. de droit privé, 1994 ; CEDH, 22 oct. 1984, Sramek c/ Autriche, req. n°8790/79, §36 : un tribunal est un organe à qui il « appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence » ; CJUE, 24 mars 2011, Bengtsson, aff. C-344/09, §18 et jurisprudence citée.

²⁵⁸³ « La compétence de décider est inhérente à la notion même de « tribunal » au sens de la convention » (CEDH, 23 oct. 1985, Bentham c/ P.-B., req n°8848/80, §40).

²⁵⁸⁴ MILANO, L., Le droit à un tribunal au sens de la convention européenne des droits de l'homme, précité, p. 346, n° 426.

l'établissement de la responsabilité pénale que sur la fixation de la peine²⁵⁸⁵. Aussi, dans le domaine pénal²⁵⁸⁶, « seul mérite l'appellation de « tribunal » au sens de l'article 6, §1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction »²⁵⁸⁷. La notion de pleine juridiction implique donc une certaine « exhaustivité »²⁵⁸⁸ : le contrôle du *quid* des sanctions (est-ce que les sanctions appliquées étaient prévues par la loi ?), du quantum des sanctions (est-ce que les sanctions appliquées étaient proportionnées à la gravité des faits reprochés ?), mais aussi de la réalité de l'infraction (est-ce que les personnes ont, par action ou par omission, commis de façon illicite et avec culpabilité une infraction punie par la loi ?). La plénitude de juridiction suppose que le juge aille au-delà du simple contrôle des erreurs manifestes d'évaluation sans pouvoir renvoyer l'affaire aux autorités administratives ou judiciaires précédemment compétentes. En termes classiques, le recours de « pleine juridiction » n'est pas une simple *reformatio* (réforme) de la décision contestée, il est plutôt un *revisio* (réexamen) de l'affaire²⁵⁸⁹. La Cour de Justice a repris l'exigence²⁵⁹⁰ en interprétant la notion de « juridiction ayant compétence, notamment, en matière pénale », comme une juridiction « pleinement compétente pour examiner l'affaire en ce qui concerne aussi bien l'appréciation en droit que les circonstances factuelles et doit avoir notamment la possibilité

²⁵⁸⁵ CEDH, 23 oct. 1995, *Schmutzer c/ Autriche*, req. n°15523/89, §36 ; *Umlauf c/ Autriche*, req. n°15527/89, §39 ; *Gradinger c/ Autriche*, req. n°15963/90, §44 ; *Pramstaller c/ Autriche*, req. n°16713/90, §41 ; *Palaoro c/ Autriche*, req. n°16718/90, §41 ; *Pfarrmeier c/ Autriche*, req. n°16841/90, §40 - Des sanctions « administratives » avaient été infligées aux requérants pour diverses infractions routières par des autorités administratives dont les décisions ne pouvaient faire l'objet que d'un contrôle limité par la Cour Constitutionnelle et Administrative autrichiennes. Cependant, en l'absence du « pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise », ces juridictions ne sauraient passer pour un "tribunal" au sens de la Convention ».

²⁵⁸⁶ Il a été mis en évidence que la notion de contrôle de pleine juridiction n'a pas exactement la même portée s'agissant des droits et obligations à caractère civil que s'agissant d'une accusation en matière pénale. Les exigences apparaissent plus strictes en matière pénale qu'en matière civile, lesquelles ont été qualifiées de « simplifiées et renforcées », lorsqu'elles ne sont que « minimales » en matière administrative - v. MILANO, L. précité, n°467 et s. ; TINIERE, R, La notion de « pleine juridiction » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif, RFDA 2009, p. 729.

²⁵⁸⁷ CEDH, 24 nov. 1994, *Beumartin c/ France*, req. n°15287/89, §38.

²⁵⁸⁸ Opinion dissidente du juge PINTO d'ALBUQUERQUE dans l'affaire *Menarini diagnostics c/ Italie*.

²⁵⁸⁹ Cela ne disqualifie pas pour autant les cours suprêmes limitées à un contrôle du droit : CEDH, *Le Compte c/ Belgique* (I), §55.

En droit de l'Union, la Cour de Justice a néanmoins pu admettre les recours des Conseil d'État néerlandais et italien dans le cadre de leur compétence d'avis (CJCE, 27 nov. 1973, *Nederlandse Spoorwegen c/ Minister Verkeer en Waterstaat*, aff. 36/73, attendu 2 ; 16 oct. 1997, *Garofalo E.A.*, aff. jointes C-69/96 à C-79/96, §§18-27).

²⁵⁹⁰ Sur l'exigence générale de l'exercice d'une fonction juridictionnelle par les « juridictions » au sens de l'article 267, TFUE : les juridictions nationales ne sont habilitées à saisir la Cour que si un litige est pendante devant elles et si elles sont appelées à statuer dans le cadre d'une procédure destinée à aboutir à une décision de caractère juridictionnel - notamment, CJCE, 31 mai 2005, *Syfait e.a.*, aff. C-53/03, §29 ; 31 janv. 2013, *Belov*, aff. C-394/11, §39 ; 16 déc. 2008, *Cartesio*, aff. C-210/06, §57 : « Lorsqu'il fait acte d'autorité administrative sans qu'il soit en même temps appelé à trancher un litige, un tribunal chargé de la tenue d'un registre ne peut être regardé comme exerçant une fonction juridictionnelle » ; Dorsch Consult, précité, §37 : « la Commission fédérale de surveillance exerce une fonction juridictionnelle. Elle peut, en effet, établir l'illégalité des décisions prises par le service de contrôle et lui enjoindre de prendre une nouvelle décision ».

d'examiner les preuves et d'établir sur cette base la responsabilité de l'intéressé ainsi que l'adéquation de la peine »²⁵⁹¹.

II- Les qualités de l'administration au sens de l'article 41 de la Charte

661. *Les critères organiques* – En tant que « palliatif »²⁵⁹² du droit à un tribunal au sens de l'article 47 de la Charte, le droit à une bonne administration de l'article 41 de la Charte emprunte *in extenso* certains des critères d'identification d'un « tribunal ». Concernant les critères organiques, l'article 41 ne mentionne que l'impartialité mais on peut aisément considérer qu'une administration, au sens juridique du terme, est nécessairement permanente et d'origine légale. On peut également raisonnablement considérer qu'une administration adoptant des mesures individuelles défavorables doit être obligatoire, c'est-à-dire que ses décisions ne peuvent être remises en cause que par une autorité juridictionnelle. C'est en tout cas des qualités que présentent les autorités administratives infligeant des sanctions relevant de la matière pénale en jurisprudence de la Cour EDH, et celles qu'ont *de facto* la Commission et le Conseil, autorité administrative infligeant des sanctions de nature pénale. On observera que si l'article 41 exige d'une administration qu'elle soit impartiale, l'indépendance n'est, très opportunément, pas mentionnée.

662. *L'extension implicite des qualités fonctionnelles* – Cela étant, un « tribunal » au sens des articles 6, §1 de la convention EDH et 47 de la Charte ne s'identifie qu'au regard de ces qualités organiques. L'exercice d'une fonction juridictionnelle appliquant des règles de droit sont essentiels. L'application de règles de droit n'est pas mentionnée mais est implicitement imposée par le principe général de l'Union du respect de l'Etat de droit et par l'existence d'un contrôle de légalité des décisions des institutions de l'Union. Reste le critère de l'exercice de fonctions juridictionnelles. L'article 6, §1 évoque « décid[er] (...) du bien-fondé d'une accusation en matière pénale » ; l'article 41 parle de l'adoption de « mesures individuelles défavorables » qui doivent obligatoirement être motivées et précédées de la possibilité pour l'intéressé d'être entendu. Ainsi, les deux emportent bien la même fonction de « décider ». La pleine juridiction au sens de l'article

²⁵⁹¹ CJUE, Baláz, précité, §47 ; 31 janv. 2013, H.D.I. et B.A., aff. C-175/11, §93.

²⁵⁹² COUTRON, L., précité.

6, §1 ne peut logiquement pas être transposée à l'article 41 puisque celui-ci s'insère pas dans un contexte de régulation des voies de recours. Mais, ainsi que le rappelle régulièrement la Cour EDH : pour les infractions « ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal [dont la répression est confiée à des autorités administratives], les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur »²⁵⁹³. Celle-ci est assurée par l'article 47 de la Charte, complétant l'article 41, ainsi que le sous-entend les explications relatives à la Charte²⁵⁹⁴.

663. La question du droit à une procédure équitable, parfaitement réceptionnée par le droit de l'Union, en particulier sous l'angle du droit à une autorité impartiale concerne moins les garanties offertes par les juridictions de l'Union que par les différents organes administratifs à qui l'Union a confié un pouvoir de sanction.

B- LES ATTEINTES PORTEES AU DROIT A UN « TRIBUNAL » ET A UNE « BONNE
ADMINISTRATION » PAR LE SYSTEME PENAL DE L'UNION

664. *L'exemple du pouvoir de sanction de la Commission et du Conseil* – Eu égard aux exigences du droit à un « tribunal » au sens de la Convention et de la Charte, plusieurs pouvoirs de sanctions communautaires, détenus par des institutions, soulèvent de sérieux doutes quant au respect réel du droit au « tribunal » au sens de la Convention ou de la Charte : le pouvoir de sanction de la Commission (I), celui du Conseil d'infliger des mesures restrictives anti-terrorisme (II) et celui du Conseil européen en cas de violation grave et persistante d'une valeur de l'Union (III).

I- Le cumul des fonctions de la Commission

665. *La Commission peut être qualifiée de « tribunal » au sens de l'article 6 de la convention EDH* - Selon une jurisprudence constante de la Cour de Justice, parce qu'elle n'est

²⁵⁹³ CEDH, 24 fév. 1994, Bendenoun c/ France, req. n°12547/86, §46 ; 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97, §81 ; 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01, §43.

²⁵⁹⁴ Dernier alinéa des explications sous l'article 41 : « Le droit à un recours effectif, qui constitue un aspect important de cette question, est garanti à l'article 47 de la présente Charte ».

pas indépendante de l'exécutif²⁵⁹⁵, la Commission n'est pas un tribunal au sens de l'article 6 de la convention EDH soumis à l'exigence d'impartialité²⁵⁹⁶. La tautologie d'une circularité exemplaire²⁵⁹⁷ présente le grand intérêt de ne pas avoir à tirer les conséquences du défaut d'indépendance mais vide l'article 6, §1 de sa substance et ignore parfaitement que la Cour EDH a déjà qualifiée de « tribunal » des organes à qui il fût reproché de ne pas être impartial et indépendant, notamment une commission bancaire dotée d'un pouvoir de sanction, aux « similarités troublantes »²⁵⁹⁸ avec la Commission européenne²⁵⁹⁹.

666. *L'inévitable rigueur de l'article 6 en droit unioniste de la concurrence* - Certes, il est vrai que pour la Cour de Strasbourg, dans la mesure où le contentieux de la concurrence ne relève pas du « noyau dur » du droit pénal, les garanties afférentes aux articles 6 et 7 de la convention s'imposent avec moins de rigueur²⁶⁰⁰. De la sorte, le fait de déléguer à des autorités administratives un pouvoir de punition se cumulant à leur pouvoir d'enquête n'est pas incompatible avec la convention si la décision peut être contestée devant un organe juridictionnel statuant en pleine juridiction²⁶⁰¹. Ainsi, même si la Commission n'est pas un « tribunal » au sens

²⁵⁹⁵ Certes, l'article 17, §3, al. 2, TFUE énonce que « la Commission exerce ses activités en pleine indépendance » et que ses membres ne peuvent solliciter ou accepter d'instructions d'aucun gouvernement, institution, organe ou organisme, garantie l'indépendance « externe » de la Commission et de ses membres. Cela étant, le cumul des fonctions législatives, réglementaires, qui s'ajoutent au triple rôle de la Commission qui, lors de procédures d'application du droit de la concurrence, remplit une fonction d'investigation, de poursuite et de prise de décision a fait l'objet de nombreuses critiques, en doctrine française (BAILLEUX, A., précité ; ASTERIS P., Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 8-9) comme étrangère (Par exemple : SLATER, D., Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?, GCLC document de travail 04/08) et à demi-mot reconnu au sein même des juridictions de l'Union (Conclusion de l'av. gén. SHARPSTON du 10 fév. 2011 dans l'affaire KME Germany (aff. C-272/09), §68 : « bien qu'il puisse y avoir de bonnes raisons de penser que la Commission n'est pas, à cet égard, un « tribunal indépendant et impartial, établi par la loi », ...Le fait que la Commission soit un organe administratif et puisse ne pas être en mesure de séparer totalement ses trois fonctions au cours de la procédure n'est pas en cause dans le contexte de ce pourvoi ».

²⁵⁹⁶ Notamment : CJCE, 29 oct. 1980, Van Landewyck c/ Commission, aff. jointes 209 à 215 et 218/78, §81 ; 7 juin 1983, Musique Diffusion française c/ Commission, aff. jointes, 100/80 à 103/80, §7 ; CJCE, 29 oct. 1980, Heintz van Landewyck SARL e.a. c/ Commission (FEDETAB), aff. 209 à 215 et 218/78, §80 : « la Commission fait observer que, étant précisément investie du pouvoir exécutif communautaire, il serait pour le moins douteux que, faute d'indépendance à l'égard de ce même pouvoir, elle puisse constituer un tribunal au sens susvisé ». Elle n'est pas plus une juridiction au sens de l'article 267 TFUE, faute, selon elle, d'exercer des fonctions juridictionnelles (CJUE, 24 mars 2011, Bengtsson, C-344/09, §21 ; 10 juillet 2001, HSB-Wohnbau, C-86/00, §15 ; 12 janv. 2010, Amiraïke Berlin, C-497/08, §20 ; 12 nov. 1998, Victoria Film, C-134/97, §§16 et 18).

²⁵⁹⁷ BAILLEUX, A., Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, RTDEur. 2010, p. 31 et s.

²⁵⁹⁸ BAILLEUX, A., précité.

²⁵⁹⁹ CEDH, 11 juin 2009, Dubus c/ France, req. n°5242/04, §§53-62. Voir également : CEDH, 28 avril 2009, Savino c/ Italie, req. n°17214/05, §§100-107.

²⁶⁰⁰ CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01, §§30-31.

²⁶⁰¹ CEDH, Öztürk, précité, §56 ; 24 fév. 1994, Bendenoun c/ France, req. n°12547/86, §46 ; 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97, §81 ; 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01, §43 ; 27 sept. 2011, Menarini Diagnostics c/ Italie, req. n°43509/08, §§58-59.

de l'article 6, cela serait malgré tout conforme à la jurisprudence de la Cour EDH²⁶⁰². Cependant, d'une part, les juridictions de l'Union sont d'une cohérence douteuse en sanctionnant l'administration unioniste pour défaut d'impartialité lors d'une sélection à l'embauche mais pas celui de la Commission pour l'imposition d'une sanction de nature pénale²⁶⁰³. D'autre part, l'importance conférée au respect de la libre concurrence la place au cœur des intérêts défendus par le système juridique de l'Union, parmi le noyau dur pénal du droit de l'Union²⁶⁰⁴. Les exigences de l'article 6, §1 s'imposent alors dans toute leur rigueur. Enfin, retenir que l'essentiel est que ses décisions puissent faire l'objet d'un recours juridictionnel devant le Tribunal, lui-même susceptible d'un pourvoi devant la Cour²⁶⁰⁵, ne permet de conclure sans l'ombre d'un doute au respect des exigences de l'article 6, §1. Qu'il s'agisse de tribunaux indépendants, impartiaux, établis par la loi, exerçant des fonctions juridictionnelles dans le respect du contradictoire et des règles de droit en vigueur, c'est indiscutable. Que le Tribunal effectue un contrôle de pleine juridiction²⁶⁰⁶, cela l'est nettement moins. Certes, la question n'est pas discutée au sein des institutions européennes²⁶⁰⁷. Il est vrai que, conformément à l'article 31 du règlement n° 1/2003, le contrôle de légalité est complété par un contrôle de pleine juridiction, lequel habilite le juge, au-delà du contrôle de la légalité de la sanction, à substituer son appréciation à celle de la Commission et, en conséquence, à supprimer, à réduire ou à majorer l'amende ou l'astreinte infligée²⁶⁰⁸. Cependant, le contrôle de pleine juridiction ne porte que sur l'imposition d'amendes²⁶⁰⁹ ; en outre, le Tribunal accorde et respecte le large pouvoir d'appréciation de la

²⁶⁰² En ce sens : BERNARDEAU, L. et CHRISTIENNE, J.-P., les amendes en droit de la concurrence, Larcier, coll. Précis, 2013, pp. 501-503 ; DECOQ, A., De l'application de la convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou à des astreintes, in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 301.

Contra : IDOT, L. qualifie le raisonnement tautologique des juridictions de l'Union « argumentation classique de la contrariété dans son ensemble du système à l'art. 6 CEDH » (La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européenne ; RSC 2012. 315) ; BAILLEUX, A., précité.

²⁶⁰³ TPICE, 10 juin 2008, Ceuninck c/Commission, aff.T-282/03, §73 ; TFPUE, 28 sept. 2011, AC c/ Conseil, aff. F-9/10, §115.

²⁶⁰⁴ Voir supra, n°311.

²⁶⁰⁵ Art. 256, §1 TFUE.

²⁶⁰⁶ La Cour de Justice, quant à elle, n'est censée intervenir que comme juge du droit ; le contrôle de cassation, c'est-à-dire de stricte légalité, n'est pas un contrôle de pleine juridiction au sens de l'article 6, §1 (voir n°660).

²⁶⁰⁷ Ni par les avocats généraux, (conclusions de l'av. gé. SHARPSTON présentées le 10 fév. 2011 dans l'aff. C-272/09, KME Germany c/ Commission, §68-70 ; conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 18 avril 2013, dans l'aff. C-501/11 P, Schindler Holding c/ Commission, §30), ni par la Commission, (avis de la Commission, résumé dans les conclusions de l'av. gén. dans l'affaire KME Germany c/ Commission, précité), ni par la Cour de Justice (CJUE, 8 déc. 2011, Chalkor c/ Commission, aff. C-386/10, §63 ; 18 juill. 2013, Schindler c/ Commission, aff. C-501/11, §36) ni, évidemment, par le Tribunal (notamment : TUE, 27 mars 2014, Saint-Gobain S.A., aff. T-56/09, §79-80).

²⁶⁰⁸ Notamment : CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/Commission, aff. C-238/99 P, §692 ; Schindler Holding c/ Commission, précité, §37 ; CJUE, Chalkor c/ Commission, précité, §§54 et 62 ; 11 sept. 2014, Mastercard c/ Commission, aff. C-382/12P, §155.

²⁶⁰⁹ En vertu de l'article 261 TFUE (ex. art. 229 TCE), les règlements peuvent attribuer une compétence de pleine juridiction en ce qui concernent les sanctions qu'ils prévoient, ce que font les articles 31 et 16 des règlements 1/2203 et 139/2004.

Commission²⁶¹⁰ et limite facilement son contrôle au respect du droit, à la matérialité des faits²⁶¹¹ et à l' « erreur manifeste d'appréciation »²⁶¹², ce qui pourrait être insuffisant pour constituer un réel réexamen de l'ensemble de l'affaire²⁶¹³.

667. La Commission et les exigences de l'article 41 – La création d'un droit à une bonne administration ne permet pas de sauver l'actuel fonctionnement de la Commission dans le cadre de ses compétences de sanctions des infractions de la concurrence. Même considérant que l'indépendance n'est pas exigée. En effet, puisque les deux vont de pair²⁶¹⁴, tout doute relatif à l'un crée nécessairement des doutes quant à l'autre. La Commission n'est pas indépendante, la

²⁶¹⁰ Par exemple : TUE, 19 mai 2010, KME Germany c/ Commission, aff. T-25/05, §99 : « À cet égard, force est de constater, tout d'abord, que la gravité de l'infraction étant déterminée par référence à de nombreux facteurs, pour lesquels la Commission dispose d'une marge d'appréciation (TUE, 12 déc. 2007, BASF c/ Commission, aff. T-101/05 et T-111/05, §65), (...) il n'appartient pas au juge, mais à la Commission, de choisir, dans le cadre de sa marge d'appréciation et conformément aux limites découlant du principe d'égalité de traitement et des règlements 17 et 1/2003, les facteurs et les données chiffrés qu'elle prendra en compte ». V. également : TUE 9 juill. 2009, Automobiles Peugeot c/ Commission, aff. T-450/05, §273 ; 1er juill. 2009, ThyssenKrupp c/ Commission, aff. T-24/04, §298 ; CJCE, 29 juin 2006, SGL Carbon c : Commission, aff. C-308/04P, §§81-88.

Pour des arrêts de la Cour évoquant la marge d'appréciation de la Commission : CJUE, 10 mai 2007, SGL Carbon c/ Commission, aff. C-328/05P, §43 ; 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission, précité, §§240-242.

Contra, toutefois : « Lors de ce contrôle, le Tribunal ne saurait s'appuyer sur la marge d'appréciation dont dispose la Commission, en vertu du rôle qui lui est assigné, en matière de politique de la concurrence, par les traités UE et FUE, pour renoncer à exercer un contrôle approfondi tant de droit que de fait » (Chalkor c/ Commission, précité, §62 ; Mastercard c/ Commission, précité, §156) - CJCE, Solvay c/ Commission, aff. C-455/11P, §68 : « Il y a lieu de constater que le Tribunal a procédé à un contrôle approfondi (...) sans se référer à la marge d'appréciation de la Commission » ; TUE, 8 juill. 2004, JFE Engineering c/ Commission, aff. T-67/00, §538 : « la marge d'appréciation de la Commission et les limites qu'elle y a apportées ne préjugent pas en tout état de cause de l'exercice, par le juge communautaire, de sa compétence de pleine juridiction » ; TUE 21 oct. 2003, General Motors Nederland et Opel Nederland c/ Commission, aff. T-368/00, §188 : « il ressort d'une jurisprudence constante que la Commission dispose (...) d'une marge d'appréciation dans la fixation du montant des amendes afin d'orienter le comportement des entreprises dans le sens du respect des règles de la concurrence. Il incombe néanmoins au Tribunal de contrôler si le montant de l'amende infligée est proportionné par rapport à la gravité et à la durée de l'infraction et de mettre en balance la gravité de l'infraction et les circonstances invoquées ».

²⁶¹¹ CJUE, Chalkor c/ Commission, précité, §54 : « S'agissant du contrôle de légalité, la Cour a jugé que si, dans les domaines donnant lieu à des appréciations économiques complexes, la Commission dispose d'une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge de l'Union doit s'abstenir de contrôler l'interprétation, par la Commission, de données de nature économique. En effet, le juge de l'Union doit notamment vérifier non seulement l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées » (v. également : CJCE, 15 fév. 2005, Commission c/ Tetra Laval, aff. C-12/03 P, §39 ; 22 nov. 2007, Espagne c/ Lenzing, aff. C-525/04 P, §§56-57.

²⁶¹² TUE, 19 mai 2010, Chalkor c/ Commission aff. T-21/05, §63 : « Partant, dans les domaines où la Commission a conservé une marge d'appréciation, par exemple en ce qui concerne le taux de majoration au titre de la durée, le contrôle de la légalité opéré sur ces appréciations se limite à celui de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation » (v. également : TUE, 18 juill. 2005, Scandinavian Airlines System c/ Commission, aff. T-241/01, §§64 et 79 ; 30 avril. 2009, Nintendo c/ Commission, T-13/03, §162 ; 9 sept. 2009, Clearstream c/ Commission, aff. T-301/04, §§93-94 ; 17 sept. 2007, Microsoft c/ Commission, aff. T-201/04, §§87-88.

²⁶¹³ En ce sens : BAILLEUX, A., précité ; moins explicite : IDOT, L., La répression des pratiques anticoncurrentielles par les institutions de l'Union européenne ; SLATER, D., Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?, GCLC document de travail 04/08 ; SAINT-ESTEBEN, R., Le droit de la concurrence saisi par les droits fondamentaux : un progrès évident du droit mais inachevé, Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, 2012, p. 187 et s.

(1er juill. 2010 - 1er mai 2012), RSC 2012, p. 315 et s., n°18-20.

²⁶¹⁴ Loc. cit. note n°2579.

Cour l'admet elle-même. On peut donc légitimement douter de ce qu'elle soit impartiale. Effectivement, elle ne l'est pas. La Direction générale de la concurrence n'a pas de services spécialisés pour les différentes phases d'une procédure. « Une même équipe d'agents traite une affaire en assurant successivement toutes les fonctions, de celle d'investigation à celle du jugement »²⁶¹⁵. Certes, un conseiller-auditeur a été créée en 1982 et exerce des fonctions hybrides, tantôt comparable à un juge des libertés et de la détention français, lorsqu'il examine les différents entre une entreprise et la Commission pendant la phase d'enquête, tantôt comparable à un juge d'instruction lorsqu'il conduit les auditions pour garantir leur caractère objectif ou veille à ce que les entreprises aient un accès satisfaisant à leur dossier²⁶¹⁶. Supposé exercer ses fonctions en toute indépendance, il est cependant directement rattaché au commissaire en charge de la concurrence.

668. On peut prendre le problème sous toutes les coutures, le fait de confier à la Commission un pouvoir de sanction se cumulant à ses pouvoirs d'enquête n'apparaît pas parfaitement conforme aux exigences du droit à un « tribunal » au sens de l'article 6, §1 de la convention EDH. Le défaut reconnu d'indépendance et d'impartialité de la Commission²⁶¹⁷, fondé sur le double cumul de fonctions - confusion des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, d'une part, cumul des fonctions d'enquête et de sanction, d'autre part - est fondamentalement problématique. Quant à la question du contrôle effectif de pleine juridiction, la pratique du Tribunal n'apparaît pas systématiquement répondre aux attentes. Le pouvoir de sanction confié par les traités au Conseil dans le cadre de la lutte contre le terrorisme est probablement plus problématique, encore.

²⁶¹⁵ PIETRO, C., Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère publique – compétence et procédure, J.-Cl Europe – traité, fasc. 1445, 2014, n°22.

²⁶¹⁶ *Ibid.*, n°23.

²⁶¹⁷ En doctrine : BAILLEUX, A., précité ; SAINT-ESTEBEN, R., Le droit de la concurrence « saisi par les droits fondamentaux » un progrès du droit évident mais inachevé, Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, 2012, p. 187 et s. ; DECOQ, A., De l'application de la convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou à des astreintes, in Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti, Bruylant, 1998, pp. 299-301.

En jurisprudence de l'Union : Conclusion de l'av. gén. SHARPSTON dans l'affaire KME Germany (aff. C-272/09), §68 : « bien qu'il puisse y avoir de bonnes raisons de penser que la Commission n'est pas, à cet égard, un «tribunal indépendant et impartial, établi par la loi», ...Le fait que la Commission soit un organe administratif et puisse ne pas être en mesure de séparer totalement ses trois fonctions au cours de la procédure n'est pas en cause dans le contexte de ce pourvoi ».

II- Le pouvoir de sanction du Conseil

669. *Le Conseil et la procédure d'imposition de mesures restrictives* – Le Conseil est une institution hybride disposant de fonctions relevant tantôt de l'exécutif²⁶¹⁸, tantôt du législatif²⁶¹⁹. Ce cumul de fonctions ne serait probablement pas aussi ennuyeux s'il ne disposait, en outre, en vertu des articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne²⁶²⁰, du pouvoir d'infliger des mesures restrictives anti-terrorisme, ce qui a été analysé comme une condamnation pénale. Pour autant que les règlements prescrivant l'imposition de mesures restrictives soient, jusqu'à présent, non législatifs²⁶²¹, il n'en demeure pas moins qu'ils sont adoptés suivant une procédure « spéciale », assez proche d'une procédure législative : le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission (institution exécutive et législative) et du Haut représentant aux affaires étrangères (institution exécutive), après information du Parlement - et, fréquemment, afin de mettre en œuvre les mesures restrictives prescrites par l'ONU. Un tel enchevêtrement des pouvoirs et des fonctions est assez inédit et crée de nombreux conflits d'intérêts. Certes, il est admis que les autorités de régulation, eu égard à leurs fonctions spécifiques²⁶²², peuvent cumuler des fonctions normatives, d'enquête et de sanction, mais le Conseil est loin d'être une autorité de régulation, et la lutte contre le terrorisme

²⁶¹⁸ L'article 202 CE prévoyait que le Conseil pouvait "se réserver dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution". L'article 291, §2, TFUE a renforcé les conditions d'exercice de ce pouvoir exécutif qui demeure, pour le reste, inchangé : « lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution (...), dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne, au Conseil ».

²⁶¹⁹ Notamment : art. 16 TUE : le Conseil « exerce conjointement avec le Parlement européen, les fonctions législative et budgétaire ». Dans le champ pénal, en particulier, le Conseil partage le pouvoir législatif avec le Parlement : art. 82, §1 ; art. 82, §2 ; art. 83, §1 ; art. 84 ; art. 85, §1. Pour l'institution d'un Parquet européen, il statuera seul, après approbation, seulement, du Parlement.

²⁶²⁰ Aucune mesure restrictive n'ayant été adoptée sur la base de l'article 75 TFUE, c'est principalement sur la procédure de l'article 215 TFUE que s'appuient les propos à suivre.

²⁶²¹ Le règlement est un acte juridique (art. 288 TFUE) qui ne devient acte législatif que s'il est « adopté par procédure législative » (art. 289, §3 TFUE), laquelle suppose nécessairement la « participation » du Parlement européen, même lorsqu'il s'agit d'une procédure législative spéciale. (art. 289 TFUE). Or, d'une part, tout acte législatif est exclu dans le cadre de la PESC (art. 24, §1 al. 2 TUE), d'autre part, et en conséquence, la procédure décrite à l'article 215 TFUE dispose que le Parlement est simplement « informé », ce qui ne constitue pas une forme de participation. Voir également : MESTRE, C., Conseil de l'Union européenne, rep. Dalloz, droit européen, n°135 et s. qui ne mentionne pas l'article 215 au titre des procédures législatives spéciales.

En revanche, dans le cadre de l'ELSJ, ces mêmes règlements auraient le statut d'acte législatif (voir art. 75 TFUE), ce qui revient à infliger une peine par voie législative et n'est peut-être pas étranger au fait que la Cour ait préféré fonder les mesures restrictives anti-terrorisme sur l'article 215, §2 plutôt que sur l'article 75 TFUE (CJUE, 19 juill. 2012, aff. C-130/10)...

Antérieurement à l'adoption du traité de Lisbonne, les règlements restrictifs adoptés ont été expressément jugé non législatifs par le Tribunal qui constata, nonobstant leurs effets erga omnes, qu'ils ne concernaient directement et exclusivement des personnes nommément désignées (TPI, 21 sept. 2005, Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission, aff. T-306/01 ; 12 déc. 2006, OMPI c/ Conseil, aff. T-228/02, §§96-98 – dans le même sens : 3 sept. 2008, « Kadi I », §§241-247).

²⁶²² Les autorités de régulation sont des autorités administratives indépendantes particulières. Agissant dans un « domaine de compétence précis, requérant des connaissances techniques et spécialisées, les autorités de régulation assurent une mission qui les fait participer des trois fonctions de l'État. Par leur pouvoir de décision individuelle ou même, dans certains cas, par leur pouvoir réglementaire, elles participent au pouvoir exécutif. Mais, par les avis qu'elles donnent sur des projets de loi les concernant, par les instructions ou les recommandations, par l'ensemble de ce « droit mou » dont elles sont souvent productrices, elles participent également du pouvoir législatif ; et par leur pouvoir de sanction, de médiation ou de transaction, elles participent du pouvoir juridictionnel » (EPRON, Q., Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs, RFDA 2011, p.1007).

ne prête pas²⁶²³. Pour que ce pouvoir de sanction respecte le droit à une procédure équitable, le Conseil doit pouvoir être affilié à l'article 41 ou 47 de la Charte des droits fondamentaux.

670. *Le Conseil et les articles 41 et 47 de la Charte* – Institué par les traités qui fixent sa composition, son fonctionnement et ses compétences, le Conseil est, à l'évidence, un organe établi par « la loi » et permanent. Il applique indiscutablement des règles de droit ; la difficulté ici serait plutôt de déterminer s'il applique toutes celles qu'il devrait. En revanche, ses décisions ne sont pas obligatoires, c'est-à-dire insusceptibles d'être modifiées par une autorité non judiciaire puisque le Conseil et la Commission modifie régulièrement les règlements et/ou leurs annexes²⁶²⁴. Etant attendu du Conseil qu'il « [examine] avec soin et impartialité, le bien-fondé des motifs allégués (...) à la lumière des observations et des éventuels éléments à décharge produits »²⁶²⁵ ou, plus précisément, qu'il prenne, « pour fondement factuel de son appréciation, des décisions adoptées par des autorités compétentes ayant pris en considération des faits précis et agi sur leur base, puis [vérifie] que lesdits faits sont bien des « actes de terrorisme » et le groupe concerné bien « un groupe », au sens des définitions de la position commune 2001/931, pour enfin [décide], sur cette base et dans l'exercice de son large pouvoir d'appréciation, d'adopter éventuellement une décision au niveau de l'Union »²⁶²⁶, le Conseil ne tranche peut-être pas de litige à proprement parler – encore qu'on s'en rapproche d'autant plus que le Conseil intervient sur proposition conjointe de la Commission et du Haut représentant de l'Union pour les affaires étrangère²⁶²⁷ –, en revanche, il semble bel et bien « statuer sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale »²⁶²⁸. A concéder qu'on puisse rechigner à qualifier le Conseil qui adopte des mesures restrictives anti-terrorisme de « tribunal », il est néanmoins difficile de nier qu'il fait « office de ». En tout état de cause, il est indéniable que les mesures restrictives anti-terrorisme

²⁶²³ Les autorités de régulation interviennent traditionnellement dans les domaines économiques et/ou financiers, ainsi que le font l'Autorité des marchés financiers (AMF), la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI), ou encore l'Autorité de la concurrence.

²⁶²⁴ Ainsi par exemple, le règlement n°2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme a été notamment modifié par les règlements (CE) de la Commission n°745/2003 du 28 avril 2003, n°1207/2005 du 27 juillet 2005, n°1957/2005 du 29 novembre 2005, n°1461/2006 du 29 septembre 2006 et n°517/2013 du 13 mai 2013, les règlements (CE) du Conseil n°1791/2006 du 20 novembre 2006, n°2016/1710 du 27 septembre 2016, et par les règlements d'exécution de la Commission n°1250/2012 du 20 décembre 2012, n°646/2013 du 4 juillet 2013.

²⁶²⁵ TUE, 21 mars 2014, Ysef c/ Commission, précité, §§91-93 – dans le même sens : TUE « Kadi II », §§171 et 172 ; CJUE, « Kadi II », §114 et 135.

²⁶²⁶ TUE, LTTE c/ Conseil, §191 ; Hamas c/ Conseil, §114.

²⁶²⁷ Art. 215, §1 auquel renvoie l'article 215, §2 TFUE.

²⁶²⁸ Voir supra, n°317-331.

sont des mesures individuelles défavorables. En les adoptant, le Conseil relève donc, a minima, de l'article 41 de la Charte ce qui soulève la question de son impartialité.

671. (In)dépendance et (im)partialité du Conseil - Au titre de l'article 41, un « bonne administration » ne doit pas avoir de préjugés, ni pour des raisons personnelles, ni fonctionnelles²⁶²⁹. Si l'impartialité de l'article 41 emporte également l'exigence d'indépendance, l'attribution du pouvoir d'imposer des mesures restrictives au Conseil est encore plus dérangeante. En effet, plusieurs Etats membres étant, par ailleurs, membres du Conseil de sécurité de l'ONU et membres du Comité des sanctions, cela semble porter atteinte à l'apparence d'impartialité « professionnelle ». En outre, le seul fait que le Conseil soit composé de membres de gouvernement pose difficultés car ils sont tenus de donner effet aux résolutions du Conseil de Sécurité à raison de l'adhésion des Etats membres à l'ONU, parallèlement à l'obligation du Conseil « d'examiner avec soin et impartialité, le bien-fondé des motifs allégués »²⁶³⁰. Le fait qu'il soit avéré que, dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, des gouvernements européens aient pu céder aux pressions extérieures – au prix de très sérieuses atteintes aux droits fondamentaux²⁶³¹ - interroge plus sérieusement encore. Enfin, l'impact des médias sur les résultats des élections soulevant de plus en plus de questions, le fait que ces derniers aient pu, par exemple, divulguer le détail des activités législatives de certains élus, en période électorale particulièrement tendue²⁶³², ne contribue certainement pas, non plus, à la nécessaire (apparence d') indépendance et impartialité des hommes et des femmes d'Etat membres du Conseil.

672. La « niche » juridique de la garantie du recours juridictionnel – On pourrait aisément objecter qu'on se trouve dans une situation analogue à l'assouplissement « Öztürk » : l'essentiel est que tout intéressé puisse contester la décision devant un tribunal statuant en pleine juridiction. Certes. Bien qu'on l'on puisse s'accorder sur le fait que les juridictions de l'Union tendent de plus en plus à opérer un contrôle de pleine juridiction des plus rigoureux, en fait comme en droit²⁶³³,

²⁶²⁹ Entendu ici comme liées aux fonctions.

²⁶³⁰ Loc. cit. note n°1292.

²⁶³¹ V. le rapport et la résolution du Parlement européen sur les implications de certains Etats membres dans la dissimulation de transferts ou détentions illégales par la CIA : Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, JO C 287 E du 29 nov. 2007, p. 309, et rapport homonyme (2006/2200(INI)) A6-0020/2007.

²⁶³² V. par exemple cet article du Monde, publié le 16 mars 2017 à cinq semaines du premier tour de l'élection présidentielle française et à trois mois des législatives : http://www.lemonde.fr/politique/article/2017/03/16/le-fn-au-parlement-europeen-sous-la-loupe-d-une-eurodeputee-ps_5095358_823448.html.

²⁶³³ Voir supra n°317-331.

cet assouplissement repose sur la prémisse de ne pas relever du noyau dur pénal. Or, la lutte contre le terrorisme et son financement s’y trouve sans l’ombre d’un doute. Partant, la procédure d’imposition de mesures restrictives anti-terrorisme devrait se dérouler dans un rigoureux respect des exigences de l’article 6, incluant indépendance et impartialité. A l’évidence, tel n’est pas le cas.

673. En somme, pour peu que l’on soit attaché, comme un juge de la Cour EDH²⁶³⁴, à un strict respect de principe pour la séparation des pouvoirs, ainsi que le prescrivit Montesquieu²⁶³⁵, le pouvoir de sanction du Conseil soulève trop de doutes quant à sa compatibilité avec les exigences du procès équitable. Eu égard aux conséquences qu’emporte l’imposition d’un gel des ressources économiques, il conviendrait de confier ce pouvoir en d’autres mains, plus respectueuses des exigences du procès équitable. Eu égard aux tensions juridiques, politiques, diplomatiques et sociales qu’emporte la lutte contre le terrorisme, un rigoureux respect des droits fondamentaux est impérieux. Plus encore que pour le pouvoir de sanction de la Commission, celui du Conseil d’imposer des mesures restrictives apparaît non conforme au droit à une procédure équitable. Celui du Conseil Européen en cas de violation grave et persistante d’une valeur de l’Union l’est encore moins.

III-Le pouvoir de sanction du Conseil européen en cas de violation grave et persistante d’une valeur de l’Union

674. Procédure décrite à l’article 7 TUE – En vertu de l’article 7 TUE, la violation grave et persistante d’une valeur de l’Union par un Etat membre l’expose à une procédure de sanction où le Conseil, statuant à l’unanimité sur proposition d’un tiers des Etats membres ou de la Commission et après approbation du Parlement, peut décider de suspendre un droit de l’Etat

²⁶³⁴ « A mon grand regret, je ne puis souscrire au raisonnement et à la conclusion de la majorité en l’espèce. A mon avis, la séparation des pouvoirs est une composante essentielle de l’Etat de droit et elle présuppose la séparation des organes concernés. (...)Je considère – en toute humilité, comme il sied à une voix minoritaire, mais cependant avec une ferme conviction – que dans cette affaire l’exigence relative à l’indépendance des juridictions vis-à-vis du corps législatif, exigence énoncée par notre jurisprudence, n’a pas été observée ». Opinion dissidente du juge BORREGO BORREGO sous CEDH Pabla Ky, précité.

²⁶³⁵ « Il n’y a point encore de liberté, si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative et de l’exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d’un oppresseur » - MONTESQUIEU, De la Consitution d’Angleterre - Chapitre VI du livre XI de l’Esprit des lois, 1748, Paris, Firmin-Didot frères, fils et Cie, 1857, p. 265 – consulté sur : <http://gallica.bnf.fr/essentiels/>.

membre découlant des traités, tel le droit de vote au Conseil. Considérée comme relevant du champ pénal de l'Union européenne²⁶³⁶, et étant, en tout état de cause une procédure « susceptible d'aboutir à l'imposition d'une sanction », ou pour, reprendre les termes de l'article 41, une mesure individuelle défavorable, cette procédure se doit de respecter les droits de tout accusé, dont le droit au procès équitable. Aucune procédure n'ayant jamais été déclenchée, les éléments d'appréciations sont limités et théoriques, uniquement. Cela étant, nul besoin de précédents institutionnels pour constater que la procédure de l'article 7 TUE présente de sérieuses insuffisances.

675. *Processus de condamnation para-législatif* - Si un « tribunal » s'identifie d'abord à la fonction juridictionnelle qui consiste à trancher un litige, et plus spécialement en droit pénal, à statuer sur le bien-fondé d'une accusation, force est de constater que c'est exactement ce que décrit l'article 7, §2 et 3 TUE en confiant au Conseil européen la charge de statuer sur l'existence d'une violation grave et persistante d'une valeur de l'Union – autrement dit « statuer sur le bien-fondé d'une accusation », sur proposition – autrement dit « plainte » – d'un tiers des Etats membres ou de la Commission. Cela étant, la procédure initiée par un tiers des Etats membres ou la Commission, impliquant l'approbation du Parlement européen, avant la décision du Conseil s'apparente très fortement à une procédure législative spéciale²⁶³⁷, si ce n'était qu'il s'agit ici du Conseil européen, et non du Conseil²⁶³⁸, lequel n'a pas de compétence législative²⁶³⁹. Plus ennuyeuses sont les questions d'indépendance et d'impartialité, qui se posent quand bien même on verrait la procédure relever plutôt du droit à une procédure équitable, que du droit à un procès équitable. En effet, étant composé des chefs d'Etats ou de gouvernement – à l'exception du représentant de l'Etat mis en cause -, du président du Conseil européen, et du président de la Commission, il semble difficile de considérer que celui-ci puisse être indépendant l'égard des autres pouvoirs, des médias, de l'opinion publique et dépourvu de préjugés.

676. *L'absence de contrôle de pleine juridiction* – A considérer même, une fois de plus, qu'un pouvoir de sanction peut être confié à une autorité non juridictionnelle, la conformité au

²⁶³⁶ Voir supra n°340-344.

²⁶³⁷ L'art. 289, §2 décrit la procédure législative spéciale comme l'adoption d'un outil juridique nomenclaturé (règlement, directive, décision) par le Parlement avec la participation du Conseil ou par celui-ci avec la participation du Parlement.

²⁶³⁸ L'outil juridique de support n'est pas précisé mais en toute logique, il ne peut s'agir que d'une décision. Le règlement a une portée générale, la directive est destinée aux Etats membres, les recommandations et les avis ne lient pas (art. 289 TFUE).

²⁶³⁹ Art. 15, §1 TUE.

droit à une procédure équitable dépendant alors de la possibilité d'un recours de pleine juridiction devant un « tribunal » présentant toutes les garanties de l'article 6, §1 de la convention EDH ou de l'article 47 de la Charte. Or, sur ce point, la procédure de l'article 7 ne permet qu'un contrôle restreint de légalité externe, limité au respect de la procédure²⁶⁴⁰.

677. Conclusions du paragraphe – Pour autant que le droit de l'Union affirme son respect et sa garantie du droit à une procédure équitable, la réalité juridique ne permet pas de conclure à une parfaite conformité des procédures de sanctions conduites par la Commission, par le Conseil, et le Conseil européen avec les exigences que les articles 41 et 47 de la Charte imposent, pas plus que celles de l'article 6, §1 de la convention EDH. Quid des exigences qui s'imposent aux juges ?

§2 - LES EXIGENCES QUI S'IMPOSENT AU JUGE ET A L'ADMINISTRATION

678. Sélection parmi les exigences qui s'imposent au juge et à l'administration - Le droit à un procès ou à une procédure équitable n'attend pas uniquement que les autorités concernées – tribunal ou administration – présentent des garanties externes d'équité. Une procédure équitable impose aux juges ou au personnel administratif concerné de respecter, ou de faire respecter, certaines obligations dans l'exercice de leur fonction, tels que le respect d'un délai de procédure raisonnable (A), du contradictoire (B) et l'obligation de motiver la décision (C).

A- GARANTIR LE RESPECT D'UN DELAI RAISONNABLE

679. Le droit au délai raisonnable et les procédures de sanctions communautaires - Le respect d'un délai raisonnable s'impose aux procédures de la concurrence²⁶⁴¹, du manquement

²⁶⁴⁰ Art. 269 TFUE : La Cour de justice n'est compétente pour se prononcer sur la légalité d'un acte adopté par le Conseil européen ou par le Conseil en vertu de l'article 7 du traité sur l'Union européenne que sur demande de l'État membre qui fait l'objet d'une constatation du Conseil européen ou du Conseil, et qu'en ce qui concerne le respect des seules prescriptions de procédure prévues par ledit article.

²⁶⁴¹ Sur le respect du délai raisonnable de la procédure administrative conduite par la Commission, notamment : TPICE, 22 oct. 1997, SCK et FNK c/ Commission, aff. T-213/95 et T-18/96, §56 ; 16 juin 2011, Bavaria c/ Commission, aff. T-235/07, §316 ; 16 juin 2011, Heineken c/ Commission, aff. T-240/07, §286 ; CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, aff. C-238/99P, §§167-171 ; 21 sept. 2006, Technische Unie c/ Commission, aff. C-113/04 P, §40.

Sur le contrôle, par le Tribunal, du respect du délai raisonnable de la procédure juridictionnel conduite devant lui (sic) : TUE, 5 juin 2012, Imperial Chemical Industries c/ Commission, aff. T-214/06, §294 – le Tribunal n'a pas estimé que le délai écoulé entre

d'Etat et d'imposition de mesures restrictives²⁶⁴². Réceptionnant sans s'en cacher la jurisprudence de Strasbourg, les juridictions de l'Union apprécient le délai *in concreto*²⁶⁴³, en tenant compte, notamment « des circonstances propres de chaque affaire et, notamment, de l'enjeu du litige pour l'intéressé, de la complexité de l'affaire ainsi que du comportement du requérant et de celui des autorités compétentes (voir, par analogie, Cour EDH, 23 avril 1987, Erkner et Hofauer § 66 ; 27 novembre 1991, Kemmache § 60 ; 23 avril 1996, Phocas c/ France § 71 ; 27 septembre 1997, Garyfallou AEBE c/ Grèce, § 39) »²⁶⁴⁴. Etant précisé qu'un examen systématique des circonstances de la cause au regard de chacun des critères n'est pas obligatoire si la durée de la procédure peut se justifier au regard d'un seul²⁶⁴⁵. Ainsi, la complexité de l'affaire ou un comportement dilatoire du requérant peut être retenu pour justifier un délai de prime abord trop long²⁶⁴⁶.

680. La sanction des délais excessifs de procédure – La difficulté que pose le respect d'un délai de procédure raisonnable en droit de l'Union concerne moins la substance du droit que la sanction de sa violation. En effet, le non-respect d'un délai raisonnable ne peut être sanctionné que lorsqu'il en résulte une violation des droits de la défense, c'est-à-dire « lorsque l'écoulement du temps a affecté la capacité des entreprises concernées de se défendre effectivement »²⁶⁴⁷, « hypothèse dans laquelle il y a nécessairement incidence possible sur l'issue de la procédure »²⁶⁴⁸. Autrement dit, le non-respect du délai raisonnable n'est pas, *per se*, une

la fin de la procédure écrite et l'ouverture de la procédure orale était excessif. Cela étant, en l'absence de pourvoi, la solution n'a pas été confirmée.

Sur le contrôle, par la Cour, du respect du délai raisonnable de la procédure juridictionnelle conduite devant le Tribunal, notamment : CJCE, 17 déc. 1998, Baustahlgewebe c/ Commission, aff. C-185/95P, §§47-48 ; CJCE, 16 juill. 2009, Der Grüne Punkt c/ Commission, aff. C-385/07P, §183.

²⁶⁴² Le droit au délai raisonnable s'applique d'abord, d'un point de vue de chronologie procédurale, à la communication des éléments retenus à charge pour fonder les mesures imposées, et ce, afin d'avoir la possibilité de les contester : CJUE, 3 déc. 2009, Hassan c/ Conseil, aff. C-403/06P, §83 ; 3 sept. 2008, « Kadi I », aff. jointes C-402/05P et C-415/05P, §348.

²⁶⁴³ TPI, 22 oct. 1997, SCK & FNL c/ Commission, aff. T-213/95 et T-18/96, §57.

²⁶⁴⁴ CJCE, 17 déc. 1998, Baustahlgewebe c/ Commission, aff. C-185/95 P, §29 ; Der Grüne Punkt c/ Commission, précité, §181 ; 26 nov. 2013, Groupe Gascogne SA c/ Commission, aff. C-58/12 P, §85.

²⁶⁴⁵ CJCE, Limburgse Vinyl Maatschappij c/ Commission, précité, §188 ; Groupe Gascogne c/ Commission, précité, §86. La Cour EDH ne se satisfait généralement pas de la seule complexité de l'affaire (MILANO, L., Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, coll. Nouv. bib. de thèses, 2006, p. 468).

²⁶⁴⁶ Voir notamment : CJUE, Der Grüne Punkt c/ Commission, précité, §182 ; Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, précité, §188 ; 2 oct. 2003, Thyssen Stahl c/ Commission, aff. C-194/99P, §156-166 (complexité de l'affaire concernant onze entreprises ayant introduit onze recours en annulation dans quatre langues différentes) ; 11 avril 2006, Angeletti/Commission, T-394/03, §154 (comportement dilatoire).

²⁶⁴⁷ TUE, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/ Commission, aff. T-305/94, §122.

²⁶⁴⁸ En droit de la concurrence, par exemple : CJCE, 21 sept. 2006, Technische Unie c/ Commission, aff. C-113/04 P, §48. Retenant ce critère d'influence sur la solution du litige : CJCE, Baustahlgewebe c/ Commission, précité, §49.

En droit du manquement d'Etat, par exemple : Notamment : CJCE, 6 mai 1991, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-96/89, §16 ; 21 janv. 1999, Commission c/ Belgique, aff. C-207/97, §25 ; 12 mai 2005, Commission c/ Belgique, aff. C-287/03, §14 ; 8 déc. 2005,

violation des droits de la défense ; il ne peut en être que l'instrument²⁶⁴⁹ qui ne justifiera l'annulation, totale ou partielle, de la décision²⁶⁵⁰ que si la durée excessive de la procédure a eu une incidence sur la solution du litige²⁶⁵¹. Ainsi que s'en justifie la Cour, pour autant que « le non-respect d'un délai de jugement raisonnable constitue une irrégularité de procédure (...), l'annulation de l'arrêt attaqué n'[y] remédierait pas. En outre, (...) compte tenu de la nécessité de faire respecter le droit communautaire de la concurrence, la Cour ne saurait permettre, au seul motif de la méconnaissance d'un délai de jugement raisonnable, à la partie requérante de remettre en question l'existence d'une infraction alors que l'ensemble de ses moyens dirigés contre les constatations opérées par le Tribunal au sujet de cette infraction et de la procédure administrative y afférente ont été rejetés comme non fondés »²⁶⁵². La « violation, par une juridiction de l'Union, de son obligation (...) de juger les affaires qui lui sont soumises dans un délai raisonnable doit trouver sa sanction dans un recours en indemnité porté devant le Tribunal, un tel recours constituant un remède effectif »²⁶⁵³. Le raisonnement convaincant et la solution serait pleine de bon sens si ce n'est que la compétence pour réparer l'atteinte constituée par une durée excessive de procédure revient au Tribunal, même lorsque l'irrégularité de la procédure concerne la phase juridictionnelle conduite devant lui...²⁶⁵⁴. Cela étant, à défaut d'autre instance parfaitement impartiale devant qui introduire un tel recours, ce mauvais arrangement est toujours préférable à un déni de justice pur et simple²⁶⁵⁵. On regrettera simplement que la Cour n'opte qu'exceptionnellement, « pour des raisons d'économie de procédure et afin de garantir un remède immédiat et effectif contre une telle irrégularité de procédure », pour une réduction du montant de l'amende²⁶⁵⁶.

Commission c/ Luxembourg, aff. C-33/04, §76 ; 6 oct. 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-562/07, §21. L'obligation d'une célérité raisonnable ne semble en revanche pas s'imposer avant l'ouverture de la procédure précontentieuse.

²⁶⁴⁹ Dans le même sens en droit du manquement d'Etat : CJCE, 6 mai 1991, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-96/89, §16 ; 21 janv. 1999, Commission c/ Belgique, aff. C-207/97, §25 ; 12 mai 2005, Commission c/ Belgique, aff. C-287/03, §14 ; 8 déc. 2005, Commission c/ Luxembourg, aff. C-33/04, §76 ; 6 oct. 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-562/07, §21.

Dans le même sens en droit des mesures restrictives : CJUE, 3 déc. 2009, Hassan c/ Conseil, aff. C-403/06P, §83 ; 3 sept. 2008, « Kadi I », aff. jointes C-402/05P et C-415/05P, §348.

²⁶⁵⁰ CJUE, Groupe Gascogne c/ Commission, précité, §79.

²⁶⁵¹ Notamment : CJCE, 17 déc. 1998, Baustahlgewebe c/Commission, aff. C-185/95 P, §49 ; Der Grüne Punkt c/ Commission, précité, §193.

²⁶⁵² CJUE, Der Grüne Punkt c/ Commission, précité, §§191-194 et points cités des conclusions afférentes de l'av. gén. BOT.

²⁶⁵³ CJUE, Groupe Gascogne c/ Commission, précité, §83.

²⁶⁵⁴ Par exemple : TUE, 5 juin 2012, Imperial Chemical Industries c/ Commission, aff. T-214/06, §294.

²⁶⁵⁵ En ce sens : Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 31 mars 2009 dans l'aff. C385/07P, Der Gründ Punkt c/ Commission, §§313- 339, spéc. §339.

²⁶⁵⁶ CJCE, Baustahlgewebe c/Commission, précité, §48.

681. *Le principe du contradictoire* – « Schéma fondateur » de l'Etat de droit et des régimes démocratiques²⁶⁵⁷, le principe du respect du contradictoire a vocation à ce que la Cour ne puisse être influencée par des arguments qui n'auraient pas pu être discutés par les parties²⁶⁵⁸. Il s'agit d'un principe fondamental du droit de l'Union²⁶⁵⁹, qui s'applique à toute procédure susceptible d'aboutir à une décision d'une institution communautaire affectant de manière sensible les intérêts d'une personne²⁶⁶⁰, et qui doit être assuré même en l'absence d'une réglementation spécifique²⁶⁶¹. Les juridictions de l'Union veillent donc à son respect en droit de la concurrence²⁶⁶², du manquement d'Etat²⁶⁶³ et des mesures restrictives anti-terrorisme²⁶⁶⁴, sous réserve des restrictions admises pour des motifs liés à la sécurité nationale ayant cours en matière de terrorisme²⁶⁶⁵. Les juridictions de l'Union doivent veiller à le faire respecter elles-mêmes et devant elles²⁶⁶⁶, par toute partie, quelle que soit sa qualité juridique, y compris les institutions communautaires, lesquelles peuvent aussi, par conséquent, s'en prévaloir²⁶⁶⁷. Concrètement, en droit de l'Union, ce principe s'oppose, par exemple, à ce qu'une partie soutienne ses prétentions à

²⁶⁵⁷ RENUCCI, J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2012, 2ème édition, n°502 ; BOULOC, B., *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, n°56.

²⁶⁵⁸ CJUE, 4 fév. 2000, *Emesa Sugar*, aff. C-17/98, §18.

²⁶⁵⁹ CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Impala*, C-413/06 P, §61 ; TUE, 1^{er} juill. 2010, *Italie c/ Commission*, aff. T-53/08, §114 ; 3 octobre 1974, *Transocean Marine Paint/Commission*, 17/74, §15.

²⁶⁶⁰ CJUE, 3 oct. 1974, *Transocean Marine Paint/Commission*, 17/74, §15 ; 2 déc. 2009, *Commission c/ Irlande*, aff. C-89/08P, §50 ; 10 juill. 2001, *Ismeri Europa c/ Cour des comptes*, aff. C-315/99 P, §28 ; *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala*, précité, §61.

En droit de la CEDH, il s'applique à toutes les procédures relevant de l'art. 6, §1 : En matière civile : 20 fév. 1996, *Vermeulen c/ Belgique*, req. n°19075/91, §§33-34 ; 20 fév. 1996, *Lobo Machado c/ Portugal*, req. n°15764/89, §31. En matière pénale : 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France*, req. n°23043/93, §§101-104. En matière disciplinaire : 25 juin 1997, *Van Orshoven c/ Belgique*, req. n°20122/92, §41. En matière pénalo-administrative : CEDH, 7 juin 2001, *Kress c/ France*, req. n°39594/98, §§63-76.

²⁶⁶¹ CJCE, *Transocean Marine Paint c/Commission*, précité ; 10 juill. 1986, *Belgique c/Commission*, aff. 234/84, §27 ; 11 nov. 1987, *France c/Commission*, aff. 259/85, §12 ; TUE, 1^{er} juill. 2010, *Italie c/ Commission*, aff. T-53/08, §114.

²⁶⁶² Par exemple : CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/Commission*, aff. C-238/99 P, §349 ; 13 juin 2013, *Versalis c/ Commission*, aff. C-511/11P, §§147 et s. ; 29 mars 2011, *ThyssenKrupp c/ Commission*, aff. C-352/09, §37.

²⁶⁶³ Par exemple : CJCE, 11 juill. 1995, *Commission c/ Espagne*, aff. C-266/94, §§17-18 ; 5 juin 2003, *Commission c/ Italie*, aff. C-145/01, §17 ; 12 juill. 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02, §§93-97 ; 23 avril 2007, *Commission c/ Rép. Hellénique*, aff. C-331/07, §27.

²⁶⁶⁴ Par exemple : CJUE, 18 juill. 2013, « *Kadi II* », aff. C-584/10P, §125 ; TUE, 11 juill. 2007, *Sison c/ Conseil*, aff. T-47/03, §182 ; Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 27 sept. 2006, dans l'aff. C-229/05P, *PKK et KNK c/ Conseil*, §§67-68.

²⁶⁶⁵ TUE, *Sison c/ Conseil*, précité ; CJUE, « *Kadi II* », précité ; 23 nov. 2013, *Conseil c/ Fulmen et Mahmoudian*, aff. C-280/12P, §§70-73.

En droit de la CEDH : CEDH, 19 fév. 2009, *A. c/ R.-U.*, n°3455/05, §§216 et s. ; 15 nov. 1996, *Chahal c. R.-U.*, req. n°22414/93, §131 ; 16 fév. 2000, *Jasper c/ R.-U.*, req. n°27052/95, §§51 à 53.

²⁶⁶⁶ CJUE, 2 déc. 2009, *Commission c/ Irlande*, aff. C-89/08P, §51.

²⁶⁶⁷ *Ibid*, §53.

l'appui d'un document non versé au débat²⁶⁶⁸ ou invoque un nouveau moyen à l'audience²⁶⁶⁹. Ce principe s'impose également au juge qui ne peut soulever d'office un moyen d'ordre public sans le soumettre au contradictoire²⁶⁷⁰.

682. La question de l'impossibilité de répondre aux conclusions des avocats généraux –

La pierre d'achoppement du respect du contradictoire en droit de l'Union est liée aux modalités d'intervention des avocats généraux. En effet, les statuts des juridictions de l'Union et leurs règlements de procédure ne permettent pas aux parties de déposer d'observations en réponse aux conclusions présentées par l'avocat général²⁶⁷¹. De prime abord, cela apparaît constituer une violation du droit au contradictoire. C'est en effet la conclusion à laquelle est arrivé la Cour EDH s'agissant l'impossibilité de répondre aux conclusions des avocats généraux de plusieurs cours de cassation : bien qu'elles constituent un « avis (...) objectif et motivé en droit, [il n'en demeure pas moins qu']il est destiné à conseiller et, partant, influencer»²⁶⁷² les juges. Cependant, le statut de l'avocat général près les juridictions de l'Union est bien différent de ceux visés par les condamnations de la Cour de Strasbourg. Certes, comme ces derniers, « en vertu de l'article 252 TFUE, l'avocat général a pour rôle de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires qui, conformément au statut de la Cour, requièrent son intervention »²⁶⁷³. Toutefois, s'en distinguant, les avocats généraux de Luxembourg ne sont pas des représentants du ministère public²⁶⁷⁴. Ce statut le rapproche bien plus du commissaire au gouvernement du Conseil d'Etat français qui, comme l'avocat général des juridictions de l'Union, clôturait la procédure orale en présentant oralement ses conclusions²⁶⁷⁵ sans que l'impossibilité pour les parties d'y répondre constitue, pour la Cour EHD, une violation

²⁶⁶⁸ TPI, 28 mars 2000, Institut des mandataires agréés, aff. T-144/96, §133.

²⁶⁶⁹ TPI, 3 avril 2003, Royal Philips Electronics c/ Commission, aff. T-119/02, §§203-205.

²⁶⁷⁰ CJUE, 2 déc. 2009, Commission c/ Irlande, aff. C-89/08 P, §54 – CEDH 18 déc. 2003, Skondrianos c/ Grèce, req. n°63000/00, §§29 – 30 ; 13 oct. 2005, Clinique des Acacias et autres c/ France, req. n°65399/01, §38 ; 16 févr. 2006, Prikyan et Angelova c/ Bulgarie, req. n°44624/98, §42.

²⁶⁷¹ Art. 82 du règlement de procédure de la Cour de Justice et 112 du règlement de procédure du Tribunal. CJUE, 4 fév. 2000, Emesa Sugar, aff. C-17/98, §18 ; 4 déc. 2004, Swedish Match, aff. C-210/03, §25 ; 29 juin 2006, SGL Carbon c/ Commission, aff. C-301/04P et C-308/0P, §14 ; 6 sept. 2012, Döhler Neuenkirchen, aff. C-262/10, §29.

²⁶⁷² CEDH, 20 fév. 1996, Vermeulen c/ Belgique, req. n°19075/91, §33 ; 27 mars 1998, K.D.B. c/ Pays-Bas, req. n°21981/93, §44 ; 20 fév. 1996, Lobo Machado c/ Portugal, req. n°15764/89 ; §§29-31.

²⁶⁷³ CJUE, 11 nov. 2010, Hogan Lovells International, aff. C-229/09, §§26-28 ; 22 nov. 2012, E.ON Energie c/ Commission, aff. C-89/11 P, §§60-63 ; 4 sept. 2014, Vnuk, aff. C-162/13, §31 ; 3 avril 2014 Weber, aff. C-438/12, §§28-31 ; 18 juill. 2013, « Kadi II », aff. C-584/10P, §56.

²⁶⁷⁴ DARMON, M. et VAHDAT, C., Cour de Justice, Rep. Dalloz, dr. eur., 2013, n°61.

²⁶⁷⁵ BENOIT-ROHMER, F., LE commissaire au gouvernement, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable, obs. s/s CEDH, 7 juin 2001, Kress c/ France, RTD eur. 2001, p. 727 et s.

du contradictoire dans la mesure où, d'une part, les parties peuvent répliquer par une note en délibéré et, d'autre part, le président de la formation de jugement peut ajourner l'affaire pour permettre aux parties d'en débattre²⁶⁷⁶. Ce sont très exactement ses arguments que la Cour de Justice met en avant pour justifier que l'impossibilité de répondre aux conclusions de ses avocats généraux n'enfreint pas le respect du contradictoire : d'une part, les conclusions de l'avocat général ne sont qu'un avis ne liant pas les juges de l'Union²⁶⁷⁷ ; d'autre part, et surtout, les juridictions de l'Union ont en effet la possibilité légale de rouvrir la procédure orale après les conclusions de l'avocat général²⁶⁷⁸, notamment si elles s'estiment insuffisamment éclairées, ou lorsqu'une partie a soumis, après la clôture de cette phase, un fait nouveau de nature à exercer une influence décisive sur la décision des juges²⁶⁷⁹, ou encore lorsque l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties²⁶⁸⁰. La réouverture pouvant être sollicitée par les parties²⁶⁸¹, on se trouve dans l'exacte lignée de l'arrêt Kress c/ France, puisqu'une telle requête revient indirectement à répondre aux conclusions de l'avocat général.

683. Pour autant qu'au regard de l'économie générale de la procédure, le respect du contradictoire n'est pas entaché « d'une insuffisance manifeste »²⁶⁸², il n'est pas pour autant exempt de critiques. D'une part, pour autant que la réouverture de la procédure orale soit possible, il ne s'agit que d'une possibilité discrétionnaire de la Cour²⁶⁸³ dont elle ne fait que très (trop ?) rarement usage²⁶⁸⁴. D'autre part, pour autant que le juge de l'Union puisse prendre

²⁶⁷⁶ CEDH, 7 juin 2001, Kress c/ France, req. n°39594/98, §76.

²⁶⁷⁷ CJUE, 11 nov. 2010, Hogan Lovells International, aff. C-229/09, §§26-28 ; 22 nov. 2012, E.ON Energie c/ Commission, aff. C-89/11 P, §§60-63 ; 4 sept. 2014, Vnuk, aff. C-162/13, §31 ; 3 avril 2014 Weber, aff. C-438/12, §§28-31 ; 18 juill. 2013, « Kadi II », aff. C-584/10P, §56.

²⁶⁷⁸ Art. 83 de son règlement de procédure et art. 112 du règlement de procédure du Tribunal.

²⁶⁷⁹ L'art. 128, §2, du règlement de procédure prévoit que la partie souhaitant produire de nouvelles pièces après la clôture de la procédure écrite doit motiver le retard apporté à la présentation de celles-ci et que le président peut, sur proposition du juge rapporteur, l'avocat général entendu, impartir à l'autre partie un délai pour prendre position sur ces éléments de preuve - CJUE, 4 mai 2016, Commission c/ Autriche, aff. C-346/14, §25 (manquement d'Etat).

²⁶⁸⁰ Notamment : CJUE, 23 nov. 2016, Bayer, aff. C-442/16, §38 ; Döhler Neuenkirchen, précité, §30 ; 3 mars 2009, Commission c/ Autriche, C-205/06, §13 ; 10 fév. 2009, Deutsche Telekom, aff. C-234 et 235/96, §28 ; SGL Carbon c/ Commission, précité, §15 ; Emesa Sugar, précité ; Weber, précité ; Hogan Lovells International, précité ; E.ON Energie c/ Commission, précité.

²⁶⁸¹ *Ibid.*

²⁶⁸² En ce sens : CEDH, 20 janv. 2009, Kokkelvisserij c/ P.-B., req. n°13645/05 (requête mettant en cause ce point du droit de l'Union, examen de l'éventuelle responsabilité de l'Etat membre pour violation de la Convention par le droit de l'Union).

²⁶⁸³ Selon la formulation standard : « la Cour peut (...) ordonner la réouverture de la procédure orale (...) si elle considère qu'elle est insuffisamment éclairée ou que l'affaire doit être tranchée sur la base d'un argument qui n'a pas été débattu entre les parties »(nous soulignons), voir notamment : CJCE, Emesa Sugar, précité ; Weber, précité ; Hogan Lovells International, précité ; E.ON Energie c/ Commission, précité ; Döhler Neuenkirchen, précité ; SGL Carbon c/ Commission, précité ; Deutsche Telekom, précité.

²⁶⁸⁴ BENOIT-ROHMER, F., précité ; CLEMENT-WILZ, L., Accords et faux semblants entre les cours de Strasbourg et de Luxembourg : le respect des exigences du droit au procès équitable, Revue des Affaires Européennes, 2009, pp. 115-128.

connaissance des éventuels griefs des parties à l'endroit des conclusions des avocats généraux, la motivation relative au refus de rouvrir la procédure orale est généralement très évasive, au point même parfois de pouvoir douter de ce que la Cour ait réellement pris la requête en considération²⁶⁸⁵.

C- L'OBLIGATION DE MOTIVATION

684. *Présentation générale* - La motivation d'une décision de justice est une des « préoccupations du procès équitable car elle permet de préserver les droits de la défense »²⁶⁸⁶, elle est « indispensable à la qualité même de la justice et constitue un rempart contre l'arbitraire »²⁶⁸⁷ « car il est difficile dans le cas contraire de parler d'un[e procédure] équitable »²⁶⁸⁸. En droit de l'Union, elle est prévue, à titre général, à l'article 296 TFUE²⁶⁸⁹ et, plus spécifiquement pour ce qui nous concerne, à l'article 41 et implicitement à l'article 48 de la Charte, relatif aux droits de la défense, puisque ceux-ci doivent être interprétés conformément à la jurisprudence de la Cour EDH. Elle s'impose également aux juridictions de l'Union à raison de leur règlement de procédure²⁶⁹⁰.

685. *Contenu* – « L'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires de l'acte ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par celui-ci peuvent avoir à recevoir des explications. Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation

²⁶⁸⁵ BENOIT-ROHMER, F., précité.

En effet, abstraction faite du rappel des règles et jurisprudences pertinentes, voir les motivations suivantes : CJUE, Bayer, précité, §28 : « En l'occurrence, la Cour s'estime suffisamment éclairée pour statuer et, l'affaire ne nécessitant pas d'être tranchée sur la base d'arguments qui n'auraient pas été débattus entre les parties, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande » ; Vnuk, précité, §29 : « En l'occurrence, la Cour, l'avocat général entendu, considère qu'elle dispose de tous les éléments nécessaires pour répondre à la question posée par la juridiction de renvoi et que l'affaire ne doit pas être examinée au regard d'un fait nouveau de nature à exercer une influence décisive sur sa décision ou d'un argument qui n'a pas été débattu devant elle » ; 28 juill. 2011, Synthon, aff. C-195/09, §32 : « En l'espèce, la Cour, l'avocat général entendu, considère toutefois qu'elle dispose de tous les éléments nécessaires pour répondre aux questions posées et que les observations présentées devant elle, lors de l'audience, entre autres par Merz, ont porté sur ces éléments » ; SGL Carbon c/ Commission, précité, §16 : « En l'occurrence, la Cour considère qu'elle dispose de tous les éléments qui lui sont nécessaires pour statuer sur le présent pourvoi ».

²⁶⁸⁶ CEDH, 13 janv. 2009, Taxquet c/ Belgique, req. n°926/05, §43 – voir également : CEDH, 19 avril. 1994, Van de Hurk c/ P.-B., req. n°16034/90, §61 ; 28 avril 2005, Albina c/ Roumanie, req. n°57808/00, §36.

²⁶⁸⁷ *Ibid.*

²⁶⁸⁸ RENUCCI, J.-F., Traité du droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 2^{ème} édition, 2012, n°496.

²⁶⁸⁹ Depuis les premiers traités : art. 15 CA ; art. 162 EA ; 190 CE.

²⁶⁹⁰ Art. 36 et 53 du statut de la Cour de justice.

d'un acte satisfait aux exigences de l'article [296 TFUE] doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée²⁶⁹¹. « La motivation exigée (...) doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle »²⁶⁹². Ainsi, par exemple, elle se doit d'être renforcée lorsqu'elle se rapporte à un grief lié aux droits fondamentaux²⁶⁹³. Ou encore, lorsque'elle se rapporte à une présomption, la motivation doit « exposer de manière adéquate à ces destinataires les raisons pour lesquelles les éléments de fait et de droit invoqués n'ont pas suffi à renverser ladite présomption », sous peine de rendre la présomption irréfutable »²⁶⁹⁴.

686. Limite de l'obligation – L'obligation de motivation n'est pas qu'une formalité, son bien-fondé est tout aussi important, sinon plus, car il en va de la légalité au fond de la décision litigieuse²⁶⁹⁵. Cela étant, « l'obligation de motiver les arrêts n'impose pas au juge de l'Union de fournir un exposé qui suivrait exhaustivement et un par un tous les raisonnements articulés par les parties au litige. La motivation peut donc être implicite, à condition qu'elle permette aux intéressés de connaître les motifs sur lesquels le Tribunal se fonde et à la Cour de disposer des éléments suffisants pour exercer son contrôle dans le cadre d'un pourvoi »²⁶⁹⁶. On touche là à une limite de l'obligation de motivation. Si les exigences concrètes dépendent de l'étendu du contrôle auquel une décision pourra être soumise, cela ôte une grande partie de l'utilité de la motivation. Par exemple, dans le cadre d'une procédure de l'article 7 TUE, pour violation grave et persistante d'une valeur de l'Union, la compétence de la Cour est limitée au respect de la procédure prévue par ledit article²⁶⁹⁷. En d'autres termes, alors que la procédure a été analysée comme pénale, l'obligation de motivation qui s'impose au Conseil européen, en vertu de l'article 296 TFUE et de la Charte, est parfaitement vidée de sa substance puisque la Cour de Justice n'a pas la compétence

²⁶⁹¹ CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval et Brink's France*, aff. C-367/95P, §63 ; 29 sept. 2011, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-521/09P, §150 et jurisprudence citée.

²⁶⁹² CJCE, 22 mars 2001, *France c/ Commission*, aff. C-17/99, §35 ; *Elf Aquitaine c/ Commission*, précité, §147.

²⁶⁹³ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, req. n°76240/01, §97.

²⁶⁹⁴ CJCE, 5 déc. 2013, *Commission c/ Edison SA*, aff. C-446/11P, §25.

²⁶⁹⁵ CJCE, 29 sept. 2011, *Elf Aquitaine c/ Commission*, aff. C-521/09 P, §146.

²⁶⁹⁶ CJCE, 8 mars 2016, *Grèce c/ Commission*, aff. C-431/14 P, §38 ; 14 sept. 2016, *Ori Martin SA c/ Commission*, aff. C-490/15P, §36 ; 9 sept. 2008, *FIAMM e.a. c/ Conseil et Commission*, C-120/06 P et C-121/06 P, §96 ; *Aalborg Portland e.a. c/ Commission*, précité, §372 ; 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, C-202/07 P, §29.

En droit des mesures restrictives : CJUE, *Al-Aqsa c/ Conseil et Pays-Bas c/ Al-Aqsa*, précité, §141 ; « *Kadi II* », §116.

²⁶⁹⁷ Art. 269 TFUE.

pour sanctionner absence ou son insuffisance. En dehors de cette hypothèse particulière, la Cour de Justice veille à ce que les exigences de motivation soient respectées.

687. *En droit de la concurrence* – En droit de la concurrence, le contrôle juridictionnel est de pleine juridiction. En conséquence, la Commission et le Tribunal doivent motiver leur décision, aussi bien en ce qui concerne la décision de poursuivre²⁶⁹⁸, le principe même de la condamnation²⁶⁹⁹ que les éléments d'appréciation pour la fixation du montant de l'amende - gravité et durée de l'infraction – sans pour autant être tenus d'indiquer les éléments chiffrés relatifs au mode de calcul de l'amende²⁷⁰⁰. Une motivation insuffisante de la constatation de l'infraction donne lieu à l'annulation de toute la décision²⁷⁰¹ ; si le vice porte sur l'amende infligée, il semble que seules les dispositions relatives à celles-ci peuvent être annulées²⁷⁰².

688. *En droit du manquement d'Etat* – En droit du manquement, la Cour de Justice n'a pas été amenée à s'exprimer sur l'obligation de motivation qui la concerne exclusivement. Cela étant, on observera qu'elle respecte les exigences qu'elle impose au Tribunal ou à la Commission. En effet, ses décisions font apparaître l'exposé des éléments caractérisant l'existence du manquement, ceux qui la déterminent à imposer une astreinte et, le cas, échéant, une somme forfaitaire, sans pour autant aller jusqu'à détailler les éléments chiffrés du calcul.

689. *Mesures restrictives* - S'agissant enfin des mesures restrictives à portée individuelle, la Cour de Justice exige de l'autorité compétente qu'elle communique à la personne concernée les

²⁶⁹⁸ TPI, 17 fév. 2000, *Storck c/ Commission*, aff. T-241/97, §§76-81 ; CJCE, 2 avril 1998, *Commission c/ Sytraval*, aff. C-367/95P, §65.

²⁶⁹⁹ Concernant l'imputation de l'infraction : CJCE, 5 déc. 2013, *Commission c/ Edision SA*, aff. C-446/11P, §24.

²⁷⁰⁰ CJCE, 16 nov. 2000, *Weig c/ Commission*, C-280/98 P, §§43-46 ; *Sarrió c/ Commission*, aff. C-291/98 P, §§73-76 ; *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*, précité, §§463- 464 ; 10 juill. 2014, *Telefonica SA c/ Commission*, aff. C-295/12P, §181.

²⁷⁰¹ TUE, 27 nov. 2014, *Alstom c/ Commission*, aff. T-517/09, §§117-118 : « la Commission n'a pas suffisamment motivé la raison pour laquelle les arguments avancés par la requérante n'étaient pas susceptibles de démontrer que sa filiale T&D déterminait son comportement sur le marché de manière autonome. (...) le défaut de motivation entraîne l'annulation de la décision attaquée ».

²⁷⁰² Pour autant, qu'à notre connaissance, aucune jurisprudence ne peut l'illustrer, cela s'évince de ce que, d'une part, le droit dérivé confère au juge de l'Union une compétence de pleine juridiction qui lui permet, notamment, d'annuler l'amende infligée (art. 31 du règlement 1/ 2003), et, d'autre part, de ce que selon une jurisprudence constante, la compétence de pleine juridiction conférée par les traités et le droit dérivé habilite le juge de l'Union, au-delà du simple contrôle de légalité de la décision à apprécier l'adéquation de la sanction (notamment : CJCE, 8 fév. 2007, *Groupe Danoe c/ Commission*, aff. 3/06P, §§60-61). « Autrement dit, le Tribunal doit pleinement exercer sa compétence de pleine juridiction dans le cadre de l'appréciation de la proportionnalité du montant de l'amende » (conclusions de l'av. gén. WATHELET présentées le 26 sept. 2013 dans l'aff. C-295/12P, *Téléfonie c/ Commission*, §118 – dans le même sens : conclusions de l'avocat général Bot dans l'affaire C-89/11P, *E.ON Energie c/ Commission*, §109-110).

éléments, individuels, spécifiques et concrets dont elle dispose à l'encontre de ladite personne pour fonder sa décision, y compris lorsque la motivation de l'acte de l'Union correspondait à des motifs exposés par une instance internationale²⁷⁰³. Dans ce domaine attentatoire aux libertés individuelles, il est heureux de constater que la Cour de Justice a imposé une rigoureuse obligation de motivation au Tribunal et au Conseil, une rigueur qu'elle s'applique à elle-même, quand bien même « ainsi qu'il vient d'être exposé au point 72 du présent arrêt, l'interprétation donnée par les requérants de cette décision ne peut être retenue, il convient néanmoins d'examiner les arguments avancés par ceux-ci à cet égard »²⁷⁰⁴.

690. *Conclusions du paragraphe* – Pour autant que le droit au procès équitable soit garanti, ses garanties concrètes en droit de l'Union sont loin d'être parfaitement satisfaisantes. La logique de la Cour selon laquelle toute violation des droits de la défense n'est pas, *per se*, de nature à justifier automatiquement l'annulation, encore faut-il qu'elle ait pu influencer l'issue du litige²⁷⁰⁵, en assez dérangeante. Pour autant que l'on comprenne bien la nécessité administrative pour les juridictions de l'Union de se prémunir des procédés exclusivement dilatoires, ma formulation apparaît maladroitement, écornant un peu plus l'image d'une Communauté de droit. Il serait en effet plus approprié à l'attachement affiché de l'Union pour le respect des droits fondamentaux de considérer qu'une violation des droits fondamentaux entraîne l'annulation, sauf à ce que cela n'ait pas été de nature à affecter l'issue du litige. Il serait également souhaitable que la Cour assouplisse son indisposition à rouvrir la procédure orale et renforce ses motivations rejetant cette demande.

CONCLUSION DE LA SECTION

691. *Constat d'insuffisances et conséquences* - Les insuffisances relatives aux garanties qui s'imposent aux juges et à une « bonne administration » que l'on pourrait relever semblent d'une importance d'autant plus secondaire le droit à une autorité indépendante et impartiale n'est pas conforme aux exigences théoriques. Les pouvoirs de sanction de la Commission, du Conseil et du Conseil européen enfreignent le principe de séparation des pouvoirs et ne présentent pas de

²⁷⁰³ CJUE, 18 juillet 2013, Commission e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, §111 ; 28 mars 2017, Rosneft, aff. C-72/15, §121 ; 15 juin 2017, Al-Faqih e. a. c/ Commission, aff. C-19/16P, §67.

²⁷⁰⁴ CJUE, 5 mars 2015, Ezz e. a., aff. C-220/14P, §74.

²⁷⁰⁵ TPI, 28 mars 2001, Institut des mandataires agréés, aff. T-144/96, §134 (violation du contradictoire concernant des documents qui n'ont pas été considérés comme nécessaires à l'issue du litige).

garanties d'indépendance et d'impartialité adéquates. En raison de l'importance numérique et symbolique des contentieux de la concurrence et des mesures restrictives anti-terrorisme, il apparaît aussi primordial que faisable de réformer le système juridique de l'Union sur ce point. L'expérience du traité constitutionnel avorté enseigne qu'il ne faut pas avoir de trop hautes ambitions lorsqu'il s'agit d'envisager une réforme institutionnelle. Gardant cela à l'esprit, la réforme la plus simple serait très certainement d'instituer des autorités administratives réellement indépendantes. A l'image de l'institution d'un Parquet européen à partir d'Eurojust, il doit être envisageable de transformer les services d'enquêtes et de poursuites de la DG concurrence en une Autorité européenne de la concurrence. Concernant l'adoption des mesures restrictives, il serait également souhaitable que les groupes de travail concernés, affiliés au Conseil, soient administrativement autonomisés en un comité unioniste des sanctions qui adopterait en son nom propre les décisions d'imposition des mesures restrictives. Quant à modifier l'autorité sanctionnatrice en cas de violation grave et persistante d'une valeur de l'Union, il serait également souhaitable qu'elle ne soit pas confiée au Conseil européen. Le plus simple serait d'en faire une procédure proche du manquement d'Etat, toutefois il semble peu probable que les Etats membres y consentent.

SECTION 2 – LES PRINCIPES FONDAMENTAUX PROPRES A L'ACCUSE

692. *Des droits fondamentaux promis à l'identité pénale de l'Union-* La répression pénale étant la répression la plus sévère, il est légitime que les garanties qui l'entourent soient plus importantes. En conséquence, dans le cadre du droit à une procédure équitable, l'accusé dispose de droits supplémentaires. La Charte des droits fondamentaux de l'Union a naturellement repris l'acquis de la convention EDH en ce domaine. Ainsi, on s'intéressera successivement au respect du droit à la présomption d'innocence (§1), au respect des droits de la défense (§2) et du principe *ne bis in idem* (§3) par les procédures du droit de la concurrence, du manquement d'Etat et des mesures restrictives anti-terrorisme. L'analyse de chaque contentieux et l'analyse « trans-contentieux » permettront d'apprécier la cohérence, le caractère systématique du système pénal de l'Union, et de préciser un peu plus l'identité pénale de l'Union.

§1- LA PRESOMPTION D'INNOCENCE

693. Angle d'étude - Avant que l'article 48 de la Charte n'énonce que « tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie », le principe de présomption d'innocence faisait déjà partie des droits fondamentaux communs aux traditions constitutionnelles des Etats membres²⁷⁰⁶ qui sont protégés dans l'ordre juridique communautaire et dont la Cour de Justice assure et contrôle le respect²⁷⁰⁷. Traditionnellement, celui-ci emporte deux garanties : celle relative à la charge de la preuve, pesant sur l'accusation (I), l'autre concernant le droit subjectif extrapatrimonial à ne pas être considéré ou présenté comme coupable avant qu'une juridiction ait statué au fond en ce sens (II)²⁷⁰⁸. Si les juridictions de l'Union affirment garantir le respect de la présomption d'innocence en droit de la concurrence²⁷⁰⁹, les griefs de sa violation par l'imposition de mesures restrictives anti-terrorisme ont toujours été rejetés²⁷¹⁰ ; les juridictions de l'Union estimant que ces mesures ne sont pas des sanctions mais des mesures provisoires, conservatoires, qui n'impliquent aucune accusation en matière pénale²⁷¹¹. Quant aux procédures de manquement d'Etat, le principe ne suscite aucune occurrence dans la base de données des décisions des juridictions de l'Union. Abstraction faite des termes

²⁷⁰⁶ En effet, il est notamment énoncé à l'art. 6, §2 de la convention EDH, à l'art. 40 de la charte des droits et libertés fondamentaux de la Rep. Tchèque, 22 de la Constitution d'Estonie, 24 de celle du Royaume d'Espagne, 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française, 27 de la Constitution italienne, 12.4 et 5 de la Constitution chypriote, 92 de la Constitution de la République de Lettonie, 31 de la Constitution lituanienne, 57 de la Constitution de la République de Hongrie, 39.5 et 6 de la Constitution de Malte, 18 de la Constitution du Royaume des Pays-Bas, 42.3 de la Constitution de République de Pologne, 32.2 de la constitution portugaise, 27 de la Constitution de la République de Slovénie, 47 de la Constitution slovaque, 8 de celle de la Finlande et 10 de celle du Royaume de Suède.

²⁷⁰⁷ CJCE, 8 juill. 1999, Montecatini SpA c/ Commission, aff. C-235/92 P, §175 ; 8 juill. 1999, Hüls AG c/ Commission, aff. C-199/92 P, §149; 16 juill. 2009, Rubach, aff. C-344/08, §30 ; 23 sept. 2009, Spector photo Group, aff. C-45/08, § 39-41 ; CJUE, 16 fév. 2012, Costa et Cifone, aff. C72/10 et C-77/10, §86.

²⁷⁰⁸ En ce sens : AMBROISE-CASTEROT, C., Présomption d'innocence, Rep. Dalloz, dr. pén. et proc. pén., 2013, n°1-2 ; BUISSON, J., Prévues, Rép. Dalloz, dr. pén. et proc. pén., 2013 (actualisation 2017), n°2.

Sur le lien entre présomption d'innocence et règles d'administration de la preuve pénale, voir plus spécialement : VAN DE KERCOVHE, M., La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission EDH, RSC 1992, p. 1 et s. ; DETRAZ, S., La prétendue présomption d'innocence, Dr. Pén., 2004, n°3, chron. 3, spéc. n°11.

²⁷⁰⁹ CJCE, 8 juill. 1999, Hüls/Commission, C-199/92 P, §§149-150 ; Montecatini/Commission, C-235/92 P, §§175-176 ; TPICE, 25 oct. 2005, Groupe Danone c/ Commission, aff. T-38/02, §216. Déjà avant cela, en faisant peser sur la Commission la charge de la preuve mais sans dénommer le principe de la présomption d'innocence, notamment : CJCE, 14 fév. 1978, United Brands, aff. 27/76, §264 ; Baustahlgewebe, précité, §58.

²⁷¹⁰ TPICE, 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03 ; 2 sept. 2009, El Morabit c/ Conseil, aff. jointes T-37/07 et T-323/07, §§39-49 ; 7 déc. 2010, Fahas c/ Conseil, aff. T-49/07, §§63-71 ; 21 juill. 2016, Hasan c/ Conseil, T-490/14, §§71-80.

²⁷¹¹ *Ibid.*

employés ou passés sous silence, qu'en est-il réellement de l'application des règles découlant du principe de présomption d'innocence aux contentieux communautaires de nature pénale²⁷¹² ?

A- LES GARANTIES RELATIVES A LA CHARGE DE LA PREUVE

694. Les règles de preuves découlant du principe de présomption d'innocence - Le principe de présomption d'innocence est principalement porteur d'une règle de preuve. De trois, plus exactement : d'une part, la charge de la preuve incombe à l'accusation (I), d'autre part, le doute doit profiter à l'accusé (II) ce qui n'interdit pas de recourir, sous certaines conditions, à des présomptions de responsabilité (III). Le droit de l'Union reconnaissant la présomption d'innocence, il devrait donc faire application de ces trois règles probatoires. Mais la réalité juridique n'est pas exactement celle-ci.

I- Le respect général de l'adage *actori incumbit probatio*

695. La preuve à la charge de l'autorité requérant la sanction – Qu'il s'agisse du droit de la concurrence, des mesures restrictives anti-terrorisme ou du manquement d'Etat, c'est toujours à l'autorité requérant la sanction qu'incombe la charge de la preuve de son bien-fondé²⁷¹³. La substance de l'adage *actori incumbit probatio*, une des déclinaisons de la présomption d'innocence, est donc largement respectée. La chose ne va pourtant pas de soi. D'une part, le contentieux du

²⁷¹² L'article 48 de la Charte s'applique également aux procédures pénales nationales relatives à des euro-infractions (art. 51 de la Charte). Le respect de la présomption d'innocence s'impose également à toute procédure entrant dans le champ d'application de la directive 2016/343 « présomption d'innocence », voir art. 2 de la directive.

²⁷¹³ En droit de la concurrence : art. 2 du règlement 1/2003. Ce n'est que lorsque l'entreprise invoque le bénéfice de l'article 101, §3 TFUE que la charge de la preuve incombe à l'entreprise. En jurisprudence, notamment : CJCE, 13 juill. 2006, Commission c/ Volkswagen AG, aff. C-74/04P, §38 ; TPICE, 6 juill. 2000, Volkswagen/Commission, T-62/98, §43 et 72 ; 5 oct. 2011, Romana Tabacchi c/ Commission, T-11/06, §129.

En droit des mesures restrictives anti-terrorisme : « c'est à l'autorité compétente de l'Union qu'il appartient, en cas de contestation, d'établir le bien-fondé des motifs retenus à l'égard de la personne concernée, et non à cette dernière d'apporter la preuve négative de l'absence de bien-fondé desdits motifs. Il importe que les informations ou les éléments produits par l'autorité en question étayent les motifs retenus à l'égard de la personne concernée » (Conclusions de l'av. gén. BOT synthétisant l'arrêt du 18 juill. 2013, Commission c/ Kadi, aff. C-584/10P (§§121-123), présentées le 8 janvier 2015 dans l'aff. C-605/13 P et C-630/13P, Anbouba c/ Conseil, §104). « Cela implique une vérification des faits allégués dans l'exposé des motifs qui sous-tend ladite décision [...], de sorte que le contrôle juridictionnel ne soit pas limité à l'appréciation de la vraisemblance abstraite des motifs invoqués, mais porte sur le point de savoir si ces motifs, ou, à tout le moins, l'un d'eux considéré comme suffisant en soi pour soutenir cette même décision, sont étayés » (CJCE, 18 juill. 2013, Commission c/ Kadi, aff. C-584/10P, §119).

En matière de manquement d'Etat : « il incombe à la Commission d'établir l'existence du manquement allégué. C'est elle qui doit apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence de ce manquement, sans pouvoir se fonder sur une présomption quelconque » (Notamment : CJCE, 5 mai 1982, Commission c/ Pays-Bas, aff. 96/81, §6 ; 6 oct. 2009, Commission c/ Finlande, aff. C-335/07, §46 ; 3 oct. 2013, Commission c/ Italie, aff. C-369/11, §68 ; 16 sept. 2015, Commission c/ Slovaquie, C-361/13, §44 ; 29 oct. 2015, Commission c/ Belgique, aff. C-589/14, §28).

manquement d'Etat et celui des mesures restrictives ne sont pas soumis au respect du principe de présomption d'innocence, faute d'être considérés comme des « accusation en matière pénale »²⁷¹⁴. D'autre part, spécifiquement en matière de manquement d'Etat, la Commission, dépourvue de pouvoirs d'enquête, « dépend, pour l'instruction des dossiers, des réponses et de la collaboration des États membres »²⁷¹⁵. Toutefois, cette seule circonstance ne saurait permettre à la Commission de se soustraire aux obligations « probatoires qui sont les siennes »²⁷¹⁶. Cela oblige seulement la Commission à demander à l'Etat les informations nécessaires à l'établissement du manquement d'Etat.

696. La règle *actori incumbit probatio*, est donc un principe directeur du système pénal de l'Union européenne. Si elle est une règle fondamentale en droit pénal, elle ne lui est cependant pas spécifique²⁷¹⁷ en ce qu'un contentieux qui l'applique n'est pas nécessairement pénal. En revanche, tout contentieux de cette nature doit l'appliquer. Le fait que les procédures de double manquement d'Etat ou des mesures restrictives respectent cette règle de preuve ne prouve absolument pas qu'il s'agisse bien de procédures de nature pénale²⁷¹⁸. En revanche, ayant estimé qu'elles en étaient, il est heureux de constater qu'elles respectent ce principe fondamental du droit pénal. Dès lors qu'il appartient à la Commission et au Conseil de rapporter la preuve du bien-fondé des accusations portées et de la sanction demandée, la logique voudrait que le doute créé par l'insuffisance de preuves profite à l'accusé.

II- Le respect relatif de l'adage « *in dubio pro reo* »

697. *Respect de la règle en droit de la concurrence et du manquement d'Etat* - Corollaire de la règle probatoire portée par le principe de présomption d'innocence, tout doute doit profiter

²⁷¹⁴ Dans le cadre du contentieux des mesures restrictives : TPICE, 2 sept. 2009, El Morabit c/ Conseil, aff. jointes T-37/07 et T-323/07, §§39-49 ; 7 déc. 2010, Fahas c/ Conseil, aff. T-49/07, §§63-71 ; 21 juill. 2016, Hasan c/ Conseil, T-490/14, §§71-80.

La jurisprudence du manquement d'Etat ne mentionne pas le principe de présomption d'innocence. N'étant pas considéré comme un contentieux de nature pénale, ce principe et ses implications probatoires ne s'imposent donc pas.

²⁷¹⁵ CJUE, 27 janv. 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-490/09, §57.

²⁷¹⁶ *Ibid.*, §58.

²⁷¹⁷ Citée en matière de responsabilité civile : Conclusions de l'av. gén. SZPUNAR, présentées le 11 juin 2014 dans l'aff. C-310/13, Novo Nordisk Pharma GmbH c/ S., §46 ; en matière de responsabilité non-contractuelle en propriété intellectuelle : TUE, 16 déc. 2010, aff. T-19/07, §206 ; lors de recours en annulation d'un acte normatif : conclusions de l'av. gén. JACOBS présentées le 12 juill. 2001 dans l'aff. C-130/09, Espagne c/ Commission, §26 et référence citée.

²⁷¹⁸ Il est ici fait référence au fait que la nature pénale de ces procédures est très contestée. Voir sur ces questions : n°335 et n°317-318.

à l'accusé. L'adage *in dubio pro reo* a effectivement cours en matière de concurrence²⁷¹⁹ et de manquement d'Etat, bien qu'en ce dernier domaine, l'adage et la règle n'aient jamais été expressément invoqués, ni employés. Par exemple, pour que la Cour retienne un manquement d'Etat punissable résultant d'une pratique administrative, il faut que celle-ci présente un certain degré de constance et de généralité. Une cinquantaine de décisions rendues sur une période de neuf ans ne caractérisent pas une pratique générale et constante ; le manquement n'a pas été constaté²⁷²⁰. De même, établir qu'un projet immobilier doit être réalisé dans l'enceinte d'un parc naturel ne démontre pas avec certitude que le projet aura des incidences notables sur l'environnement²⁷²¹. Ou encore, un exemple chiffré ne constitue rien de plus qu'une hypothèse d'école, impropre à établir au-delà de tout doute raisonnable qu'une législation fiscale discrimine les entités non-résidentes par rapport à celles résidentes sur le territoire d'un Etat membre²⁷²².

698. Règle malmenée par le contentieux des mesures restrictives – Dans le contentieux des mesures restrictives, en revanche, bien que l'on puisse observer une rigueur indéniable dans le contrôle de la légalité des décisions d'inscription et de maintien, les annulations justifiées par l'insuffisance de preuve au fond ne font pas légion. Et la question du respect de la règle *in dubio pro reo* laisse sceptique. En effet, lorsque la Cour énonce que « le ton conditionnel de l'indication relative à la tenue, dans cet établissement, de réunions préparatoires à ce prétendu projet ne heurte pas les exigences inhérentes au devoir de motivation, les motifs d'une inscription sur la liste de l'Union pouvant, en effet, reposer sur des soupçons d'implication dans des activités terroristes, sans préjudice de la vérification du bien-fondé de ces soupçons »²⁷²³, elle semble s'accommoder de l'existence de doutes sur la culpabilité. Cependant, quelques lignes plus loin, sa motivation n'est pas sans rappeler celle à l'œuvre en droit de la concurrence, l'amenant à conclure qu'« il subsiste un doute qui doit profiter à l'accusé »²⁷²⁴, lorsqu'elle estime qu'« aucune des allégations (...) n'est de nature à justifier l'adoption, au niveau de l'Union, de mesures restrictives

²⁷¹⁹ En droit de la concurrence : CJCE, 14fév. 1978, *United Brands*, aff. 27/76, §§265-268 : « en raison des dénégations insuffisamment réfutées par la Commission (...) il subsiste un doute qui doit profiter à la requérante (...) [et] qu'il y a donc lieu d'annuler (...) la décision ». Voir également : TPICE, 8 juill. 2004, *JFE Engineering*, aff. T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00, §§177-178, confirmé par CJCE, 25 janv. 2007, *Sumitomo*, aff. Jointes C-403/04P et C-405/04P, §52 ; TUE, 15 déc. 2010, *E.ON Energie*, aff. T-141/08, §§51-52 ; CJUE, 22 nov. 2012, *E. ON Energie c/ Commission*, aff. C-89/10P, §114 ; 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce c/ Commission*, aff. C-293/13P, §§147-150.

²⁷²⁰ CJCE, 27 avril 2006, *Commission c/ Italie*, aff. C-441/02, §§51-56.

²⁷²¹ CJCE, 29 avril 2004, *Commission c/ Portugal*, aff. C-117/02, §85.

²⁷²² CJUE, 17 juin 2010, *Commission c/ Portugal*, aff. C-105/08, §§26-31.

²⁷²³ CJUE, *Kadi II*, §149.

²⁷²⁴ CJCE, 14fév. 1978, *United Brands*, aff. 27/76, §268.

à l'encontre de celui-ci, et ce en raison soit d'une insuffisance de motivation, soit de l'absence d'éléments d'information ou de preuve qui viennent étayer le motif concerné face aux dénégations circonstanciées de l'intéressé »²⁷²⁵. En somme, lorsqu'il n'est pas certain, mais simplement sérieusement soupçonné, qu'une personne apporte son soutien financier à des entités ou personnes terroristes (un doute sur la culpabilité), cela n'est pas suffisant pour échapper à l'imposition d'un gel des fonds. Pour cela, il semble nécessaire qu'aucun doute n'existe quant au fait qu'une personne n'apporte aucun soutien.

699. Dans la mesure où ces mesures s'apparentent à une punition, la règle *in dubio pro reo* apparaît alors malmenée. Cela étant, le droit de l'Union considère les mesures restrictives anti-terrorisme comme exclusivement préventives²⁷²⁶ ce qui exclut alors toute violation blâmable de pas la présomption d'innocence ; la prévention implique même de ne se satisfaire que de l'existence du risque. En revanche, aucune justification de cet ordre ne peut légitimer le régime des présomptions de responsabilité.

III- La conventionalité des présomptions de responsabilité malmenée

700. Inconventionnalité des présomptions jurisprudentielles de responsabilité – Nonobstant la règle *actori incumbit probatio*, la Cour de Justice, comme la Cour EDH, considère qu'une présomption de responsabilité n'est pas contraire à la présomption d'innocence si, d'une part, elle n'est pas irréfragable et que, d'autre part, les droits de la défense sont respectés²⁷²⁷. Cela étant, depuis l'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux qui s'applique aux institutions, il serait souhaitable d'exiger, en outre, que de telles présomptions soient prévues par le droit, afin de parfaitement respecter l'article 52, §1 de la Charte²⁷²⁸. Cela impliquerait de revenir sur la jurisprudence autorisant les institutions à « tirer des conclusions en se fondant sur les règles

²⁷²⁵ CJUE, Kadi II, §163 – pour comparaison avec l'arrêt *United Brands* évoqué, la Cour y énonce qu'« en raison des dénégations insuffisamment réfutées par la Commission (...) il subsiste un doute qui doit profiter à la requérante (...) [et] qu'il y a donc lieu d'annuler (...) la décision » (§§264-268).

²⁷²⁶ Voir *supra*, n°318.

²⁷²⁷ CJCE, 23 sept. 2009, *Spector photo group*, aff. C-45/08, §43 ; 29 sept. 2011, *Elf Aquitaine c/Commission*, C-521/09 P, §62. Du côté de la CEDH, voir notamment : arrêts du 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, req. n°10519/83, §28 ; 23 juill. 2002, *Janosevic c/ Suède*, req. n°34619/97, §110.

²⁷²⁸ Lequel exige que toute limitation apportée à un droit garanti soit réfragable, respecte l'essence du droit limité, et, enfin, soit prévu par la loi.

d'expérience commune découlant du déroulement normal des choses»²⁷²⁹. Si la Cour a effectivement « retoqué » le Tribunal qui avait retenu une présomption que les règlements et décisions en cause ne prévoyaient pas²⁷³⁰, reste à savoir si cette nouvelle exigence sera étendue à d'autres contentieux que celui des mesures restrictives anti-terrorisme. C'est, d'ailleurs, un premier grief qui peut être fait à la jurisprudence de « la présomption 100% », c'est-à-dire à la présomption de responsabilité d'une société mère à raison des pratiques anti-concurrentielles d'une filiale qu'elle détient à 100%²⁷³¹.

701. (Ir)réfragabilité des présomptions de responsabilité - Un second concerne la question de la réfragabilité de cette présomption. Pour la Cour, la « présomption 100% » ne serait que « difficile à renverser », ce qui « demeure dans des limites acceptables tant qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi, qu'existe la possibilité d'apporter la preuve contraire et que les droits de la défense sont assurés »²⁷³². S'il est incontestable qu'une entreprise peut toujours présenter des preuves contraires, doux euphémisme de dire que cette présomption est difficile à renverser lorsqu'il n'est pas suffisant qu'une société mère ait interdit à sa filiale de participer à une entente²⁷³³. Cela revient à apprécier la réfragabilité d'une présomption plus de manière théorique et procédurale, que de manière concrète. Dès lors, la réfragabilité d'une présomption est assurée par le seul respect des droits de la défense, en particulier l'association du droit à la communication des griefs et le droit d'être entendu. Alors qu'en droit unioniste de la concurrence, la présomption « 100% » n'est pas prévue par la « loi », les deux autres conditions auxquelles cette présomption de responsabilité peut être compatible avec la présomption d'innocence – respecter l'essence du droit limité et la réfragabilité - sont ramenées à une seule. Là où l'article 52 de la Charte en exige trois.

²⁷²⁹ CJCE, 10 sept. 2009, Akzo Nobel e.a. c/ Commission, aff. C-97/08 P, §§60-63 ; Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 19 fév. 2009 dans l'aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands e.a., §87 à 89.

²⁷³⁰ CJUE, 21 avril 2015, Anboubas c/ Conseil, aff. C-605/13P, §43- Etant précisé que l'inscription n'a pas été annulée ; la Cour estime que le Tribunal avait, outre la présomption de lien avec le régime syrien, « à suffisance de droit l'existence d'une base factuelle suffisamment solide au soutien de l'inscription de M. Anboubas sur les listes considérées » (§54).

²⁷³¹ La même présomption permet de geler les fonds de la société mère d'une filiale finançant un régime politique contre lequel l'Union a décidé de prendre des mesures restrictives/ Voir, par exemple : TUE, 18 sept. 2015, IOC-UK c/ Conseil, aff. T-428/13, §§98-101 ; 5 mars 2015, Petropars c/ Conseil, aff. T-433/13, §§68-71.

²⁷³² CJCE, Spector Photo Group, précité, §44 ; 18 juill. 2013, Schindler Holding e.a. c/ Commission, aff. C-501/11P, §107 ; Elf Aquitaine c/ Commission, précité, §62.

²⁷³³ CJUE, 16 juin 2016, SKW c/ Commission, aff. C-154/14P ; 16 juin 2016, Evonik Degussa c/ Commission, aff. C-155/14P.

702. Les règles probatoires découlant du principe de présomption d'innocence sont toutes (re)connues par le droit de l'Union. On ne peut dire, en revanche, qu'elles respectent parfaitement les conditions de validité posées par le droit primaire. Si c'est effectivement à l'autorité sanctionnatrice d'apporter la preuve du bien-fondé de la sanction, les présomptions de responsabilité, en revanche, apparaissent encore loin d'être conformes aux exigences de la Charte des droits fondamentaux. En revanche, si la procédure d'imposition des mesures restrictives malmène la règle *in dubio pro reo*, cela est néanmoins assez cohérent avec le fait que ces mesures sont considérées par les institutions de l'Union comme des mesures préventives et conservatoires. Ce constat et les raisons qui le sous-tendent sont analogues lorsque l'on s'intéresse au droit subjectif extrapatrimonial conféré par le principe de présomption d'innocence.

B- LE DROIT SUBJECTIF EXTRAPATRIMONIAL

703. *Un droit fondamental reconnu en droit de l'Union* - Malgré une formulation « malencontreuse »²⁷³⁴, puisqu'il ne s'agit pas d'une présomption juridique, la présomption d'innocence s'oppose, par ailleurs, à ce qu'une personne soit considérée et présentée comme coupable d'une infraction avant qu'il en ait été décidé ainsi par un tribunal. Plus précisément, ainsi que l'a exposé le Tribunal de l'Union en matière de concurrence, la présomption d'innocence s'oppose à tout constat formel et même à toute allusion ayant pour objet la responsabilité d'une personne accusée d'une infraction donnée dans une décision mettant fin à l'action, sans que cette personne ait pu bénéficier de toutes les garanties normalement accordées pour l'exercice des droits de la défense dans le cadre d'une procédure suivant son cours normal et aboutissant à une décision sur le bien-fondé de la contestation²⁷³⁵.

704. *En matière de mesures restrictives : un nœud gordien* - Le respect de cet aspect de la présomption d'innocence par les procédures d'impositions de mesures restrictives tient du nœud gordien. En effet, n'impliquant, prétendument, aucune accusation en matière pénale²⁷³⁶, ces

²⁷³⁴ AMBROISE-CASTEROT, C., Présomption d'innocence, Rep. De droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, 2013, n°64.

²⁷³⁵ TPICE, 6 oct. 2005, Sumitomo Chemical et Sumika Fine Chemicals/Commission, T-22/02 et T-23/02, §106 – voir également : TPICE, 6 juill. 2000, Volkswagen c/ Commission, aff. T-62/98.

²⁷³⁶ Notamment TUE, 7 déc.2010, Fahas c/ Conseil, aff. T-49/07, §67 ; 2 sept. 2009, El Morabit c/ Conseil, aff. T-37/07 et T-323/07, §4 ; 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03, §101.

mesures ne devraient en aucun cas pouvoir porter atteinte à la présomption d'innocence. Pourtant, la Cour reconnaît elle-même que ces mesures engendrent « opprobre » et « méfiance publique » envers les personnes concernées²⁷³⁷ au point que la suppression de l'inscription illégale d'une personne sur les listes des mesures restrictives est une réponse insuffisante à l'illégalité d'une inscription ; seul un arrêt d'annulation, en conséquence de quoi l'acte attaqué sera éliminé rétroactivement de l'ordre juridique et réputé n'avoir jamais existé, est à même de constituer la reconnaissance de l'illégalité « susceptible de réhabiliter cette personne ou de constituer pour elle une forme de réparation du préjudice moral subi »²⁷³⁸. Les deux argumentations apparaissent incompatibles. Si ces mesures suscitent opprobre ou méfiance publique, de sorte qu'une inscription faite à tort crée un besoin de réhabilitation, cela ne revient-il pas à admettre qu'elles présentent une personne comme coupable d'une infraction, ou *a minima*, qu'il s'agit d'une « allusion ayant pour objet la responsabilité d'une personne accusée d'une infraction donnée »²⁷³⁹ ? On pourra certes objecter que, provenant d'un acte législatif du Conseil, cela n'a rien d'une « culpabilité légalement établie » au sens de l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux. Cela étant, dans la mesure où la CEDH a jugé que le droit à la présomption d'innocence ne s'opposait pas, en principe, à ce que des sanctions de nature pénale adoptées par un organe administratif puissent être mises à exécution avant qu'elles soient devenues définitives, au terme d'une procédure de recours devant un tribunal, pourvu qu'une telle exécution s'inscrive dans des limites raisonnables ménageant un juste équilibre entre les intérêts en jeu et que le destinataire de la sanction puisse être rétabli dans sa situation initiale en cas de succès de son recours²⁷⁴⁰, il conviendrait au moins d'admettre que l'imposition des mesures restrictives s'inscrit dans cette limitation du droit subjectif extrapatrimonial à la présomption d'innocence.

705. Conclusion du paragraphe – Le respect des exigences du principe de respect de la présomption d'innocence n'est pas parfaitement satisfaisant, à l'exception de la règle relative à la charge de la preuve. Paradoxalement, sous l'angle de l'analyse systémique, le fait que le droit des mesures restrictives soit loin ne satisfasse ni l'adage *in dubio pro reo*, ni le droit extrapatrimonial à ne pas être considéré comme coupable avant une déclaration de culpabilité en bonne et due

²⁷³⁷ CJCE, « Kadi I », §358, 369 et 375 ; France c/ OMPI, précité, §64 ; Al-Aqsa c/ Conseil et Pays-Bas c/ Al-Aqsa, §120 ; 28 mai 2013, Abdulrahim c/ Conseil et Commission, aff. C-239/12 P, §70 ; Kadi II, §132.

²⁷³⁸ CJCE, Abdulrahim c/ Conseil et Commission, précité, §§67-84 ; « Kadi II », précité, §134.

²⁷³⁹ TPICE, 6 oct. 2005, Sumitomo Chemical et Sumika Fine Chemicals, précité.

²⁷⁴⁰ CEDH, 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97, §§101 et s.

forme est parfaitement avec la prétendue nature préventive et conservatoire des mesures restrictives. Tout cela renforce un peu plus le caractère autoritaire du système pénal de l'Union puisque les juridictions de l'Union n'imposent pas un rigoureux respect de ce principe fondamental par les procédures communautaires, qu'elles préfèrent, du reste, considérer comme administratives.

§2 – LES DROITS DE LA DEFENSE

706. *Angle d'étude* - Quoique l'article 48, §2 de la Charte n'évoque que, lapidairement, les droits de la défense, il est entendu que leurs respects impliquent le respect des garanties afférentes à l'article 6, §3 de la convention EDH en raison de l'obligation d'interprétation conforme figurant à l'article 52, §3 de la Charte²⁷⁴¹. Celles-ci comprennent, en principe, deux volets principaux dont les modalités seront successivement confrontées au droit et à la pratique unioniste. D'une part, l'intéressé doit se voir communiquer les éléments retenus à sa charge pour fonder la sanction afin de pouvoir préparer sa défense (A). D'autre part, il doit être mis en mesure de faire valoir utilement son point de vue au sujet de ces éléments (B).

A- LA PREPARATION DE LA DEFENSE

707. *Du droit de préparer sa défense aux droits qui y sont relatifs* - Afin de pouvoir effectivement exercer sa défense, encore faut-il pouvoir la préparer. Cela suppose d'une part, d'être informé de l'existence d'une mise en cause (I) et de pouvoir connaître ce sur quoi elle repose, en d'autres termes, d'avoir accès au dossier (II).

I- Le droit à l'information sur l'accusation

708. *Présentation générale* – Le droit à l'information sur l'accusation illustre excellemment bien que l'absence d'un mot ne signifie pas l'absence de l'idée. En effet, dans la mesure où aucune des procédures susceptibles d'aboutir au prononcé d'une sanction communautaire n'est reconnue comme de nature pénale, le droit de tout accusé d'être informé des accusations qui portent contre

²⁷⁴¹ En ce sens : explications de l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux.

lui n'existe pas sous cette appellation. Le droit en lui-même n'est pas mentionné par l'article 41 de la Charte, pour autant qu'il semble nécessairement emporté par le droit d'accès au dossier et le droit d'être entendu avant toute décision défavorable. Cela étant, les différentes dénominations retenues par le droit de l'Union – « communication des griefs », « mise en demeure », « avis motivé » ou encore « communication des motifs » - ne masquent pas que le fond de la règle est exactement la même. Pour autant, encore faut-il que l'ensemble des exigences « EDHiennes » découlant de ce droit, c'est-à-dire avoir connaissance de la cause de l'accusation – les faits matériellement reprochés - et de la nature de l'accusation – c'est-à-dire la qualification²⁷⁴² ou requalification²⁷⁴³ juridique donnée aux faits reprochés -, aient été transposées aux contentieux communautaires de nature pénale afin de réellement satisfaire à l'obligation d'interprétation conforme de l'article 52, §3 de la Charte.

709. *En droit de la concurrence* - Dans le domaine de la concurrence, le « droit à la communication des griefs retenus » respecte parfaitement l'essence du droit à l'information des accusés puisque les griefs retenus doivent être notifiés à l'issue de l'enquête et préalablement à l'adoption de la décision²⁷⁴⁴ afin de « mettre les intéressés en mesure de faire valoir leurs arguments »²⁷⁴⁵. Plus précisément, le droit à la communication des griefs est un droit à l'information de l'article 6, §3 qui ne s'avoue pas puisqu'à l'image d'une procédure pénale qualifiée comme telle, la communication doit énoncer de manière claire les faits et la qualification retenue par la Commission²⁷⁴⁶, non seulement les éléments étayant la commission de l'infraction mais également ceux qui justifieront l'infliction d'une sanction, en son principe comme dans sa mesure. Ainsi, les éléments réglementairement pertinents pour apprécier la sévérité d'une amende pour infraction - notamment de la gravité et de la durée de l'infraction supposée, son caractère

²⁷⁴² CEDH, 19 déc. 1989, *Kamasinski c/ Autriche*, req. n°9783/82, §79 ; 25 mars 1999, *Pélessier et Sassi c/ France*, req. n°25444/94, §51 ; 25 juill. 2000, *Mattoccia c/ Italie*, req. n°23969/94, §59 ; 7 janv. 2010, *Penev c/ Bulgarie*, req. n°20494/04, §§33 et 42.

²⁷⁴³ CEDH, *Pélessier et Sassi* précité ; *Penev*, précité. Sur l'obligation de notifier la requalification juridique des faits, y compris lorsqu'elle est favorable à l'accusé : CEDH, 19 déc. 2006, *Mattei c/ France*, req. n°34043/02, §§39-43.

²⁷⁴⁴ Art. 10 du règlement 773/2004 du 7 avr. 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du Traité CE (JOUE L 123 du 27 avril 2004), tel que modifié par les règlements 622/2008, en ce qui concerne les procédures de transaction engagées dans les affaires d'entente et 2015/1348 du 3 août 2015 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE.

²⁷⁴⁵ CJCE, 14 juillet 1972, *Geigy c/ Commission*, aff. 52/69, §11.

²⁷⁴⁶ CJCE, 15 juill. 1970, *ACF Chemiefarma c/ Commission*, aff. 41/69 ; 3 juill. 1991, *Azko Chemi c/ Commission*, aff. C-62/86 ; *Musique Diffusion française c/ Commission*, précité ; TPI, 9 juill. 1992, *Publishers Association c/ Commission*, aff. T-6/89. Dans le même sens, autrement formulé : CJCE, 17 nov. 1987, *British American Tobacco et Reynolds Industries c/ Commission*, aff. 142/84 et 156/84, §70 : le droit à la communication des griefs implique que soient exposées « les conclusions préliminaires de la Commission quant à l'existence d'une violation des règles de la concurrence en fournissant les appréciations de fait et de droit ».

délibéré ou négligent - doivent figurer dans la communication²⁷⁴⁷, tout comme la nature de la participation²⁷⁴⁸. La Commission ne peut sous-estimer ces exigences car elle ne pourra fonder sa décision sur d'autres griefs²⁷⁴⁹, mais ils pourront être « présentés différemment »²⁷⁵⁰, et notamment sous une autre qualification²⁷⁵¹, eu égard à la nature par définition provisoire de la communication des griefs.

710. Manquement d'Etat – Dans le domaine du manquement d'Etat, l'information des accusations portées est triplement garantie : par la mise en demeure adressée à l'Etat membre de se conformer au droit de l'Union, qui ouvre la procédure précontentieuse, par l'avis motivé constatant formellement la violation reprochée à l'Etat²⁷⁵² et qui clôture la phase précontentieuse, et par la requête saisissant la Cour de Justice qui ne pourra être fondée sur d'autres griefs que ceux exposés dans la lettre de mise en demeure et l'avis motivé²⁷⁵³. Ces trois actes doivent faire un exposé clair et détaillé des raisons de fait et de droit retenus par la Commission pour démontrer l'existence d'un manquement²⁷⁵⁴, de manière plus ou moins détaillée selon l'acte considéré et ceux qui l'ont éventuellement précédé²⁷⁵⁵. Cela étant, là encore, la Cour n'exige pas une coïncidence parfaite entre les énoncés de ces trois actes. L'essentiel est que l'objet du litige ne soit ni étendu, ni

²⁷⁴⁷ En ce sens : 18 juill. 2013, *Dow Chemical c/ Commission*, aff. C-499/11P, §70 ; 28 juin 2005, *Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission*, C-189/02P, §428 ; *Musique diffusion française e.a. c/ Commission*, aff. C-100/80, §21 ; TPICE, 20 mars 2002, LR AF 1998 c/ Commission, T-23/99, §199 ; 15 juin 2005, *Tokai Carbon c/ Commission*, aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03, §139 ; TPI, 18 juin 2008, *Hoechst c/ Commission*, aff. T-410/03, §422.

²⁷⁴⁸ En ce sens : CJUE, *Archer Daniels Midland, (rôle de meneur)*, §71, pour autant que la Cour ait considéré qu'« eu égard au fait qu'une telle communication demeure une étape dans l'adoption de la décision finale et qu'elle ne constitue dès lors pas la position définitive de la Commission, il ne peut être exigé que cette dernière procède déjà à ce stade à une qualification juridique des éléments sur lesquels elle se fondera dans sa décision finale pour qualifier une entreprise de meneur de l'entente. Il s'ensuit qu'il ne saurait être reproché au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit en ayant jugé que la Commission pouvait ne pas indiquer dans la communication des griefs qu'elle était susceptible de retenir la qualification de meneur » (§72). Dans le même sens : TUE 8 sept. 2010, *Deltafina c/ Commission*, aff. T-29/05 ; 25 oct. 2005, *Groupe Danone c/ Commission*, aff. T-38/02.

²⁷⁴⁹ Art. 11, §2 du règlement 772/2004 - CJCE, *Azko Nobel Chemicals*, précité.

²⁷⁵⁰ Conclusions, de l'avocat général GAND, présentées le 10 juin 1970 dans l'aff. *ACF Chemiefarma*, précité, §3.

²⁷⁵¹ CJCE, 15 juillet 1970, *ACF Chemiefarma c/ Commission*, aff. 41/69, §§106-116 ; 29 oct. 1980, *Van Landewyck c/ Commission*, aff. jointes 209 à 215/78 et 218/78, §68.

²⁷⁵² CJCE, 31 janv. 1984, *Commission c/ Irlande*, aff. 74/82.

²⁷⁵³ CJCE, 8 févr. 1983, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 124/81, précité.

²⁷⁵⁴ S'agissant de la mise en demeure, voir par exemple : CJCE, 15 déc. 1982, *Commission c/ Danemark*, aff. 211/81.

S'agissant de l'avis motivé, voir par exemple : CJCE, 31 janv. 1984, *Commission c/ Irlande*, aff. 74/82, §13 ; 19 déc. 1961, *Commission c/ Italie*, aff. 7/61, §2 du sommaire.

S'agissant de la requête, voir par exemple : 13 déc. 1990, *Commission c/ Grèce*, aff. C-347/88, §2 du sommaire ; 12 fév. 2009, *Commission c/ Pologne*, aff. C-475/07, §43 ; 24 mars 2011, *Commission c/ Espagne*, aff. C-375/10, §10 ; 10 mai 2012, *Commission/Estonie*, C-39/10, §24 ; 4 juin 2015, *Commission c/ Rép. Tchèque*, aff. C-678/13, §16.

²⁷⁵⁵ Par exemple, la mise en demeure peut le faire de manière succincte, résumée, puisqu'elle sera suivie d'un avis motivé, si la Commission estime nécessaire de poursuivre la procédure (en ce sens : CJCE, 28 mars 1985, *Commission c/ Italie*, aff. 274/83 ; 29 sept. 1998, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-191/95 ; 8 avril 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-337/05, §23 ; 13 fév. 2014, *Commission c/ Royaume-Uni*, C-530/11, §40). A l'inverse, la requête insuffisamment claire et précise quant aux griefs peut ne pas entraîner l'irrecevabilité du recours si l'avis motivé et/ou la mise en demeure l'avait déjà été (en ce sens : CJCE, 25 mars 2010, *Commission c/ Pays-Bas*, aff. C-79/09, §24 ; 22 mars 2007, *Commission c/ Belgique*, aff. C-437/04, §41).

modifié²⁷⁵⁶ - en revanche, il peut être restreint²⁷⁵⁷ ou reformulé²⁷⁵⁸ - et que l'Etat membre ait été suffisamment informé de manière claire et précise des griefs pour être en mesure de mettre fin au manquement²⁷⁵⁹.

711. Mesures restrictives – En revanche, dans le domaine des mesures restrictives anti-terrorisme, l'absence d'information préalable à l'inscription d'une personne n'est pas nécessairement constitutive d'une violation des droits fondamentaux. Dans le cas d'une décision initiale de gel de fonds, le Conseil n'est pas tenu de communiquer au préalable à la personne ou à l'entité concernée les motifs sur lesquels cette institution entend fonder sa décision. « En effet, une telle mesure, afin de ne pas compromettre son efficacité, doit, par sa nature même, pouvoir bénéficier d'un effet de surprise et s'appliquer immédiatement »²⁷⁶⁰. « Dans un tel cas, il suffit, en principe, que l'institution procède à la communication des motifs à la personne ou à l'entité concernée et ouvre le droit à l'audition de celle-ci concomitamment avec ou immédiatement après l'adoption de la décision »²⁷⁶¹. Il y a bel et bien atteinte au droit à l'information mais celle-ci est légitime et proportionnée, en adéquation avec l'article 52, §1 de la Charte. En revanche, dans le cas d'une décision de maintien de la mesure, cet effet de surprise n'est plus nécessaire, de sorte que l'adoption d'une telle décision doit, en principe, être précédée d'une communication des éléments retenus à charge ainsi que de l'opportunité conférée à la personne ou à l'entité concernée d'être entendues²⁷⁶², sauf urgence dûment justifiée²⁷⁶³.

712. En somme, le droit à l'information sur l'accusation peut être considéré comme systématiquement respecté par le droit des sanctions communautaires. En comparant ces garanties à la directive « droit à l'information », en revanche, une légère anomalie transversale est

²⁷⁵⁶ CJCE, 16 déc. 1997, Commission c/ Italie, aff. C-279/94 ; 29 sept. 1998, Commission c/ Allemagne, aff. C-191/95.

Cela ne vaut pas dans le cas où la Commission reproche un « manquement général et persistant », la Commission peut étoffer sa requête d'informations dont elle a eu connaissance après l'émission de l'avis motivé (notamment : CJCE, 26 avril 2005, Commission c/ Irlande, aff. C-494/01, §39.

²⁷⁵⁷ CJCE, 26 avr. 2007, Commission c/ Finlande, aff. C-195/04 ; 14 juill. 2005, Commission c/ Allemagne, aff. C-433/03 ; 11 juill. 2002, Commission c/ Espagne, aff. C-139/00, §§21-22.

²⁷⁵⁸ CJCE, 11 juill. 2002, Commission c/ Espagne, aff. C-139/00, §§21-22 ; 22 juin 1993, Commission c/ Danemark, aff. C-243/89, §20.

²⁷⁵⁹ En ce sens : CJUE, 25 mars 2010, Commission c/ P.-B. précité. ; 12 nov. 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-154/08, §60 ; 31 janv. 1984, Commission c/ Irlande, aff. 74/82, §13.

²⁷⁶⁰ CJUE, 21 déc. 2011, France c/ OMPI, aff. C-27/09 P, §61 ; « Kadi I », §§338-340.

²⁷⁶¹ CJUE, France c/ OMPI, précité ; 11 oct. 2007, Möllendorf et Möllendorf-Niehuus, aff. C-117/06, §63 ; Kadi I, précité, §§340,348 ; 3 déc. 2009, Hassan c/ Conseil, aff. C-339/06P et C-403/06P, §83.

²⁷⁶² CJUE, OMPI c/ Conseil, précité, §62 ; Kadi I, précité, §338 TUE, 7 déc. 2010, Fahas c/ Conseil, aff. T-47/03, §69 ; TUE, Sison/Conseil, T-47/03, §§212-213.

²⁷⁶³ CJUE, OMPI c/ Conseil, précité, §75.

à relever : le droit à l'information sur les accusations au sens de cette directive ne tolère aucune dérogation. Envisager d'admettre qu'il puisse y être dérogé, c'est-à-dire admettre qu'une personne puisse être condamnée à une peine sans avoir préalablement informée des motifs, est éminemment troublant de nos jours. Pour autant, l'adaptation de ce droit en matière de mesures restrictives apparaît légitime compte tenu du « nécessaire effet de surprise ». Dans la mesure où il est impossible de concilier un rigoureux droit à l'information avec l'effet de surprise souhaité, qualifier les mesures restrictives de mesures conservatoires permet, très opportunément d'éviter l'incompatibilité, ce qui peut exprimer une priorité donnée à la lutte contre le terrorisme sur le respect des droits fondamentaux relevant d'une philosophie plus autoritaire que libérale que le droit d'accès au dossier, corolaire du droit à l'information, confirmera peut-être.

II- L'accès au dossier

713. *Présentation générale* - Pour bien préparer sa défense, il est essentiel de pouvoir avoir accès au dossier et obtenir la communication des pièces le composant²⁷⁶⁴. En droit de l'Union, ce droit a rejoint le socle commun du droit à une procédure équitable, puisqu'il est mentionné à l'article 41, §2 de la Charte sans être limité aux décisions administratives faisant grief. Cette extension est, certes, heureuse, toutefois, ce droit est originalement propre à l'accusé en matière pénale²⁷⁶⁵, c'est pourquoi il est présentement abordé. Le droit d'accès au dossier n'est pas absolu. Dans certains cas, il peut être nécessaire de dissimuler certaines preuves à la défense de façon à préserver les droits fondamentaux d'un autre individu, à sauvegarder un intérêt public important ou pour tout autre raison tenant de « l'absolue nécessité »²⁷⁶⁶. *Quid* en droit des infractions et sanctions communautaires ?

714. *En droit de la concurrence* – En droit de la concurrence, la Cour a longtemps estimé que l'accès au dossier pour les entreprises poursuivies était une exception au principe de non

²⁷⁶⁴ CEDH, Kremzow c. Autriche, §52 ; 18 mars 1997, Foucher c/ France, req. n°22209/93, §36.

²⁷⁶⁵ Dans son traité de droit européen des droits de l'homme, le professeur RENUCCI le traite dans un paragraphe dédié aux « garanties spéciales » de l'article 6, les droits propres à tout accusé en matière pénale (Traité de droit européen des droits de l'homme, précité, p. 545).

²⁷⁶⁶ En ce sens en droit écrit : art. 41, §2 de la Charte, art. 47, §2 et 52, §1 de la Chart combiné, art. 7, §3 de la directive 2012/13 « droit à l'information ».

En ce sens en droit de la CEDH : CEDH, 11 déc. 2012, Mirilashvili c/ Russie, req. n°6293/04, §§203-209 ; 31 mars 2009, Natunen c/ Finlande, req. n°21022/04, §§40-41 ; 24 juin 2003, Dowsett c/ R.-U., req. n°39482/98, §§42-43.

accès²⁷⁶⁷ ; la communication des griefs suffisait²⁷⁶⁸. Le Tribunal contredit la Cour en exploitant sa jurisprudence selon laquelle « la Commission ne peut se départir des règles qu'elle s'est imposée »²⁷⁶⁹ et considéra qu'en établissant une procédure d'accès au dossier dans les affaires de la concurrence²⁷⁷⁰, la Commission s'était imposée à elle-même des obligations qu'elle était désormais tenue de respecter²⁷⁷¹. Dès lors, les entreprises devaient avoir accès à l'intégralité du dossier²⁷⁷². Aujourd'hui, le droit d'accès au dossier est consacré²⁷⁷³ et encadré²⁷⁷⁴ par les règlements relatifs aux procédures d'infractions au droit de l'Union de la concurrence. Celui-ci implique qu'à compter de la communication des griefs²⁷⁷⁵, l'entreprise concernée ait la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour la défense de cette entreprise²⁷⁷⁶, tant les pièces à charge que celles à décharge²⁷⁷⁷, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises²⁷⁷⁸ et d'autres informations confidentielles²⁷⁷⁹, des documents internes de la Commission²⁷⁸⁰ et aux autorités nationales de la

²⁷⁶⁷ CJCE, 13 juill. 1966, *Etablissements Constens et Grundig Verkaufs GmbH c/ Commission*, aff. jointes 56 et 58/64 ; 14 juill. 1972, *Bayer c/ Commission*, aff. 49/69 ; 14 juill. 1972, *SA Française des matières colorantes Francolor c/ Commission*, aff. 54/69, §22 et 23.

²⁷⁶⁸ CJCE 13 juill. 1966, *Grundig c/ Commission*, aff. 56 et 58/64, précité ; *Bayer c/ Commission*, précité ; *Francolor c/ Commission*, précité ; CJCE, 7 janv. 1984, *VBVB et VBBB c/ Commission*, aff. jointes 43/82 et 63/82, §25 ; 3 juill. 1991, *Akzo c/ Commission*, §16 : « si le respect des droits de la défense exige qu'entreprise ait été en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur les documents retenus par la Commission dans les constatations qui sont à la base de sa décision, il n'y a pas de dispositions prescrivant à la Commission l'obligation de divulguer ses dossiers aux parties intéressées ».

²⁷⁶⁹ Notamment : CJCE, 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*, aff. 81/72, §9 ; 30 janv. 1974, *Louwage c/ Commission*, aff. 148/73.

²⁷⁷⁰ 12^{ème} rapport de la Commission sur la politique de concurrence, p. 40 et 21.

²⁷⁷¹ TPI, 17 déc. 1991, *SA Hercules Chemical NV c/ Commission*, aff. 7/89.

²⁷⁷² TPI, 18 déc. 1992, *Cimenterie CBR SA c/ Commission*, aff. jointes T-10, 11, 12 et 15/92, §38 : « l'accès au dossier [relevant] ... des garanties procédurales visant à protéger les droits de la défense et à assurer, en particulier, l'exercice effectif du droit d'être entendu » ; 29 juin 1995, *ICI c/ Commission*, aff. T-37/91, §94 ; 29 juin 1995, *Solvay c/ Commission*, aff. 30/91, §93.

²⁷⁷³ Art. 27, §2 du règlement 1/2003 et art. 18, §3 du règlement 139/2004.

²⁷⁷⁴ Art. 15 du règlement 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE et art. 17 du règlement 802/2004 de la Commission du 7 avril 2004 concernant la mise en œuvre du règlement (CE) 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

²⁷⁷⁵ Communication sur l'accès au dossier, point 26.

²⁷⁷⁶ Etant précisé qu'il n'appartient évidemment pas à la Commission d'apprécier la pertinence des pièces du dossier pour la défense - TPI, 10 mai 2001, *Kaufring c/ Commission*, aff. T-186/97, §185 ; 29 juin 1995, *Solvay c/ Commission*, aff. T-30/91, §101.

²⁷⁷⁷ Notamment : la réponse d'une entreprise à la communication des griefs contenant des éléments à décharge (TUE, 30 sept. 2009, *Hoechst c/ Commission*, aff. T-161/05, §163-164 ; 12 juill. 2011, *Hitacho c/ Commission*, aff. T-161/05, §163 ; 12 juill. 2011, *Toshiba c/ Commission*, aff. T-113/07, §42).

²⁷⁷⁸ Communication de la Commission sur les règles de procédure internes relatives aux demandes d'accès au dossier dans les affaires en application des articles 85 et 86 TCE, 65 et 66 du traité CECA et du règlement du Conseil (CEE) n°4064/89 sur le contrôle communautaire des opérations de concentration des entreprises (JOCE C 23 janvier 1997).

²⁷⁷⁹ CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission*, aff. C-238/99P, §320-321 ; *Aalborg Portland e.a./Commission*, §68 ; 25 oct. 2011, *Solvay c/ Commission*, aff. C-110/10P, §49.

²⁷⁸⁰ Notamment ceux qui ne se rapportent pas à l'infraction mais sont l'expression d'avis des agents de la Commission aux différents stades de la procédure : TPI 13 déc. 2001, *Krupp-Thyssen c/ Commission*, aff. T-45 et 47/98, §34.

concurrence²⁷⁸¹. Il s'agit bien de donner accès au dossier, et non de le délivrer spontanément ; il incombe à l'entreprise d'en demander la communication²⁷⁸².

715. *En droit du manquement d'Etat* - La question de l'accès au dossier n'ayant jamais, semble-t-il été portée devant la Cour en matière de manquement²⁷⁸³, on en déduirait que celui est conforme aux exigences des droits de la défense. Plusieurs éléments permettent effectivement de le penser. D'une part, compte tenu de la nature de l'infraction, du contenu de l'obligation de communication des griefs et de ce que la Commission, dépourvue de pouvoirs d'enquête, « dépend, pour l'instruction des dossiers, des réponses et de la collaboration des États membres »²⁷⁸⁴, on voit difficilement comment l'Etat membre défendeur pourrait ne pas être informé d'une pièce du dossier. En outre, le règlement de procédure de la Cour prévoit la signification de la requête au défendeur²⁷⁸⁵, laquelle doit comporter l'objet du litige, les moyens et arguments invoqués ainsi qu'un exposé sommaire desdits moyens, les conclusions du requérant et les preuves et offres de preuve s'il y a lieu²⁷⁸⁶. En outre, toute production de moyens nouveaux doit être communiquée à la partie adverse²⁷⁸⁷.

716. *En droit des mesures restrictives* - En droit des mesures restrictives, enfin, selon la jurisprudence constante de la Cour, le droit d'accès « au dossier »²⁷⁸⁸ s'entend du pouvoir de connaître les motifs sur lesquels est fondée la décision, soit par la lecture de la décision elle-même, soit par une communication de ces motifs faite sur demande²⁷⁸⁹. Cela étant, d'une part, à titre général, le droit d'accès limité au dossier est limité aux mécanismes d'accès du public aux documents²⁷⁹⁰. D'autre part, en la matière, ce droit ne peut être garanti que dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité²⁷⁹¹. En effet, « des considérations impérieuses touchant à la sûreté de l'Union ou de ses États membres ou à la conduite de leurs relations internationales

²⁷⁸¹ Art. 15, §2 du règlement 773/2004.

²⁷⁸² TPI, 11 juill. 2002, *Hyper c/ Commission*, aff. T-205/99, §63.

²⁷⁸³ Les recherches en ce sens sur la base de données de jurisprudence de la Cour n'a donné aucun résultat.

²⁷⁸⁴ CJUE, 27 janv. 2011, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-490/09, §57.

²⁷⁸⁵ Art. 123 du règlement de procédure.

²⁷⁸⁶ Art. 120 du règlement de procédure de la Cour.

²⁷⁸⁷ Art. 127 du règlement de procédure.

²⁷⁸⁸ CJCE, 18 juill. 2013, *Commission e.a. c/ Kadi (« Kadi II »)*, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, §99 : les droits de la défense « consacré[s] à l'article 41, §2, de la charte (...) comporte le droit d'être entendu et le droit d'accès au dossier dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité.

²⁷⁸⁹ CJUE, « Kadi II », §100 ; 4 juin 2013, ZZ, C-300/11, §53.

²⁷⁹⁰ CJCE, 1^{er} fév. 2007, *Sison c/ Conseil*, aff. C-266/05 P, §48.

²⁷⁹¹ CJCE, « Kadi II », précité, §99.

peuvent s'opposer à la communication de certaines informations ou de certains éléments de preuve à la personne concernée»²⁷⁹². Une telle limitation est, du reste, conforme à la jurisprudence de la Cour EDH²⁷⁹³ qui admet que, dans des affaires touchant à la sécurité nationale, notamment en matière de terrorisme, certaines restrictions en ce qui concerne la divulgation des éléments à charge ou les modalités d'accès au dossier²⁷⁹⁴. En pareil cas, il incombe toutefois au juge de l'Union, auquel ne saurait être opposé le secret ou la confidentialité des informations, de s'efforcer de concilier, d'une part, les considérations légitimes de sécurité quant à la nature et aux sources de renseignements et, d'autre part, la nécessité de garantir à suffisance au justiciable le respect de ses droits procéduraux²⁷⁹⁵. À cette fin, le juge de l'Union procède à l'examen du dossier et vérifie le bien-fondé des raisons invoquées pour s'opposer à une telle communication²⁷⁹⁶, étant précisé qu'il reconnaît lui-même accorder une large marge d'appréciation à l'administration de l'Union sur ce point²⁷⁹⁷. Si celles-ci s'opposent effectivement à la communication, il lui est loisible d'ordonner la communication d'un résumé des informations ou des éléments de preuve en cause. Indépendamment de cet aménagement, il lui appartient d'apprécier si, et dans quelle mesure, l'absence de divulgation d'informations ou d'éléments de preuve confidentiels à la personne concernée et l'impossibilité corrélative pour celle-ci de faire valoir ses observations à leur égard sont de nature à influencer sur la force probante des éléments de preuve confidentiels²⁷⁹⁸.

717. Le droit d'accès au dossier par les procédures d'imposition de sanctions communautaires est globalement satisfaisant, plus même que le respect du droit à l'information sur les accusations puisque les dérogations tolérées en droit des mesures restrictives rejoignent celles prévues par la directive « droit à l'information » pour ce même droit²⁷⁹⁹. Transversalement plus systématique que

²⁷⁹² CJCE, « Kadi II », précité, §125 ; « Kadi I », précité, §§342-344 ; Z Z, précité, §§54, 57, 59.

²⁷⁹³ Voir, par exemple : CEDH, 15 nov. 1996, Chahal c/ R.-U., req. n°22414/93, §131 ; 16 fév. 2000, Jasper c/ R.-U., req. n°27052/95, §51 à 53 ; voir également le point IX.3 des lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe citées au point 158 ci-dessus.

²⁷⁹⁴ TUE, Sison c/ Conseil, T-43/07, §182.

²⁷⁹⁵ CJUE, « Kadi I », §§342 et 344 ; ZZ, précité, §54, 57 et 59 ; Kadi II, §125.

²⁷⁹⁶ Kadi II, §126 ; ZZ, précité, §61 et 62.

²⁷⁹⁷ CJCE, 1^{er} fév. 2007, Sison c/ Conseil, aff. C-266/05 P, §34-36.

²⁷⁹⁸ CJUE, « Kadi II », §§128-129 ; ZZ, §§65-67.

²⁷⁹⁹ Art. 7, §4 de la directive 2012/13/UE du Parlement et du Conseil, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales : « Par dérogation aux paragraphes 2 et 3, pour autant que le droit à un procès équitable ne s'en trouve pas affecté, l'accès à certaines pièces peut être refusé lorsque cet accès peut constituer une menace grave pour la vie ou les droits fondamentaux d'un tiers, ou lorsque le refus d'accès est strictement nécessaire en vue de préserver un intérêt public important, comme dans les cas où cet accès risque de compromettre une enquête en cours ou de porter gravement atteinte à la sécurité nationale de l'État membre dans lequel la procédure pénale est engagée. Les États membres veillent à ce que,

le droit à l'information sur les accusations, cela n'en exprime pas moins une priorité donnée aux besoins répressifs sur le respect des droits fondamentaux. Les droits afférents à l'exercice effectif de la défense vont conforter cette tendance.

B- L'EXERCICE DE LA DEFENSE

718. *Le droit de se défendre ou de ne pas se défendre* - Présenté de manière générale, le respect des droits de la défense « exige que l'entreprise intéressée ait été en mesure dès le stade de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits, griefs et circonstances allégués par la Commission »²⁸⁰⁰. Mais pour autant que le droit de l'Union garantisse le droit de participer effectivement à son procès (II), les personnes poursuivies n'y sont pas obligées. L'exercice des droits de la défense comprend également le droit de ne pas participer (I).

I- Le droit de garder le silence

719. *Le droit de garder le silence et ne pas contribuer à sa propre incrimination* - Désormais essentiel, le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à son incrimination est internationalement reconnu et au cœur du droit au procès équitable²⁸⁰¹. Étonnamment, il été consacré par la Cour de Justice, dès 1989²⁸⁰², soit avant la Cour EDH²⁸⁰³. Pour cette dernière, le droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination implique que l'accusation doive fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé²⁸⁰⁴. Il interdit également de

conformément aux procédures de droit national, une décision de refuser l'accès à certaines pièces en vertu du présent paragraphe soit prise par une autorité judiciaire ou soit au moins soumise à un contrôle juridictionnel ».

²⁸⁰⁰ Jurisprudence constante, notamment : CJCE, 14 fév. 1990, France c/ Commission, aff. C-301/87, §29 ; 12 fév. 1992, Pays-Bas c/ Commission, aff. C-48/90 et 66/90, §37 ; 29 juin 1994, Fiskano c/ Commission, aff. C-135/92, §39 et 40 ; TPI CE, 30 mars 2000, Kish Glass & Co c/ Commission, aff. T65/96, §32 ; 10 mai 2001, Kaufing c/ Commission, aff. T-186, 187, 190, 192, 201, 211, 216 à 218, 279 et 280, 293, 147/97, §153.

²⁸⁰¹ CEDH, 8 fév. 1996, John Murray, c/ RU, req. n°18731/91, §41-58 ; 21 déc. 2000, Heaney c/ Irlande, req. n°34720/97.

²⁸⁰² CJCE, 18 oct. 1989, Orkem c/ Commission, aff. 374/87, §30. Confirmé par, notamment : CJCE, 10 nov. 1993, Otto By c/ Commission, aff. C-60/92 ; TPICE, 8 mars 1995, Société Générale c/ Commission, aff. T-34/93 ; 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, aff. jointes T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/96, §451, 454 à 457 ; 20 fév. 2001, Mannesmannröhren-Werke AG c/ Commission, aff. T-112/98, §60.

²⁸⁰³ CEDH, 25 fév. 1993, Funke c/ France, req. n°10828/84, §44 ; 17 déc. 1996, Saunders, c/ RU, req. n°19187/91, §74.

²⁸⁰⁴ CEDH, Heaney c/ Irlande, précité ; Funke c/ France, précité.

fonder une condamnation sur le silence de la personne poursuivie²⁸⁰⁵, mais pas de voir dans un tel silence la corroboration d'autres éléments à charge²⁸⁰⁶, ce qui atténue considérablement la portée réelle du droit de garder le silence.

720. *En droit de la concurrence* – Le droit de conserver le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination est d'autant plus relatif qu'en droit de la concurrence, la Cour de Justice a précisé que l'entreprise ne peut pas pour autant se soustraire aux inspections et demandes de renseignements de la Commission même si cela peut apporter la preuve d'une infraction²⁸⁰⁷. En effet, « la reconnaissance d'un droit au silence absolu (...) irait (...) au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver les droits de la défense des entreprises et constituerait une entrave injustifiée à l'accomplissement, par la Commission, de la mission de veiller au respect des règles de la concurrence dans le marché commun »²⁸⁰⁸ et priverait d'effet utile la procédure de demande de renseignement du règlement n°17²⁸⁰⁹. Le règlement 1/2003, en entérinant la solution²⁸¹⁰, la synthétise et l'explique : lorsqu'elles se conforment à une décision de la Commission, les entreprises sont obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir l'existence d'une infraction, sans toutefois être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction²⁸¹¹. Le droit au silence en droit unioniste de la concurrence permet seulement de ne pas répondre aux questions qui portent sur la finalité de l'action entreprise et l'objectif poursuivi par ces initiatives²⁸¹². L'obligation de fournir des documents, sous peine de sanctions, n'est pas nécessairement incompatible avec le droit de la convention EDH. Pour celle-ci « l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple, les documents recueillis en vertu d'un mandat » n'enfreint pas le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination²⁸¹³. En revanche, l'obligation de répondre à

²⁸⁰⁵ CEDH, John Murray, §45 ; 2 mai 2000, Condron c/ R.-U., req. n°35718/97, §56 ; 2 oct. 2002, Beckles c. R;-U., req. n°44652/98.

²⁸⁰⁶ En ce sens : CEDH, John Murray, précité, §47.

²⁸⁰⁷ Notamment : CJCE, Orkem c/ Commission, précité ; TPICE, Société générale c/ Commission, précité.

²⁸⁰⁸ TPICE, 20 fév. 2001, Mannesmannrörhen-Werke AG c/ Commission, aff. T-112/98, §60.

²⁸⁰⁹ CJCE, Orkem, précité §34 ; 18 oct.1989, Solvay c/ Commission, 27/88, §TPICE Société générale, précité, §74.

²⁸¹⁰ « Un droit au silence ne peut être reconnu à une entreprise destinataire d'une décision de demande de renseignements au sens de l'article 11, paragraphe 5, du règlement n°17 que dans la mesure où elle serait obligée de fournir des réponses par lesquelles elle serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir l'existence » - TPICE, 20 fév. 2001, Mannesmannrörhen-Werke AG c/ Commission, aff. T-112/98, §60. ; CJCE, Orkem, précité, §35.

²⁸¹¹ Art. 18 (demande de renseignements) et 20 (inspections dans les locaux) du règlement 1/2003.

²⁸¹² G. CANIVET, L. IDOT, R. KOVAR et D. SIMON, Lamy procédures communautaires, janv. 2005.

²⁸¹³ Notamment : CEDH, 11 juill. 2007, Jalloh c/ Allemagne, req. n°54810/00, §102 ; 17 déc. 1996, Saunders c/ R.-U., req. n°19187/91, §69 ; 3 mai 2001, J.B. c/ Suisse, req. n°31827/96, §68.

des questions, même seulement factuelles, semble nécessairement impliquer la « volonté de l'auteur » et être en porte-à-faux avec les exigences de la Cour EDH²⁸¹⁴.

721. *En droit du manquement d'Etat* – La même difficulté se pose en droit du manquement d'Etat où celui-ci est tenu, en vertu du devoir de coopération loyale de l'article 4, §3 TUE, de collaborer de bonne foi avec la Commission et de fournir à celle-ci toutes les informations demandées²⁸¹⁵, sous peine de s'exposer à un recours en manquement d'Etat²⁸¹⁶. Dans la mesure où cette obligation a pour fonction de permettre à la Commission de vérifier la réalité, l'ampleur ou la gravité du manquement d'Etat, l'obligation de coopération revient à obliger l'Etat membres défaillants à s'auto-incriminer²⁸¹⁷. Tel a été le cas de la Belgique, par exemple, qui s'est vue reprocher de ne pas avoir communiqué à la Commission d'autres retards dans la mise à disposition des ressources propres de l'Union que ceux qu'elle avait constatés par celle-ci, ce qui l'a empêché de calculer la totalité des intérêts de retards dus²⁸¹⁸. Pour autant que cela puisse s'expliquer par le fait que la Commission ne dispose pas des pouvoirs d'investigation nécessaires pour vérifier l'existence d'un manquement et qu'elle soit donc dépendante de la coopération des Etats membres²⁸¹⁹, il n'en demeure pas moins que cette obligation de réponse et de coopération, dont l'irrespect est sanctionnable, porte atteinte au droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer.

722. Pour autant que l'absence de véritables pouvoirs et moyens d'enquête de la Commission a contraint la Cour a opté pour un très fragile équilibre entre le droit de conserver le silence et la nécessité de sanctionner les violations du droit de l'Union, on ne peut évidemment se satisfaire de cet état du droit. L'intérêt poursuivi apparaît des plus légitimes, la limitation est prévue par des textes et l'essence du principe est respecté, ce qui est donc conforme à la Charte et au droit de la CEDH. Il est en revanche nettement plus fâcheux, et non conforme à l'égalité des citoyens devant la loi, que les personnes morales puissent être tenues de fournir des explications à la Commission alors que la directive 2016/343 « présomption d'innocence » n'admet que la collecte

²⁸¹⁴ En ce sens : SAINT-ESTEBEN, R., Le droit de la concurrence « saisi par les droits fondamentaux » : un progrès du droit évident mais inachevé, Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, 2012, p. 187 et s.

²⁸¹⁵ CJUE, 15 déc. 2009, Commission c/ Italie, aff. C-387/05, §53 (refus de mise à disposition de documents) ; 26 avril 2005, Commission c/ Irlande, aff. C-494/01, §200 (absence de réponse à une demande de renseignements).

²⁸¹⁶ Par exemple : CJCE, 13 juill. 2004, Commission c/ Italie, aff. C-82/03.

²⁸¹⁷ CJUE, 27 janv. 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-490/09, §57.

²⁸¹⁸ CJCE, 5 oct. 2006, Commission c/ Belgique, aff. C-275/04, §§82-85.

²⁸¹⁹ En ce sens : *ibid.*

des preuves qui peuvent être obtenues légalement au moyen de pouvoirs de contrainte licites et qui existent indépendamment de la volonté des suspects ou des personnes poursuivies²⁸²⁰. Le droit des mesures restrictives n'a pas été évoqué, faute de n'avoir pas (encore) abordé cette question en jurisprudence. En ce domaine, c'est le droit d'être entendu qui pose de réelles difficultés.

II- Le droit d'être entendu

723. Présentation générale - Le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental du droit de l'Union, et le droit d'être entendu dans toute procédure en fait partie intégrante²⁸²¹. Celui-ci est consacré non seulement par les articles 47 et 48 de la Charte, qui garantissent le respect des droits de la défense ainsi que du droit à un procès équitable dans le cadre de toute procédure juridictionnelle, mais également par l'article 41, §2, a), qui assure le droit à une bonne administration²⁸²². Le droit d'être entendu garantit à toute personne la possibilité de faire connaître, de manière utile et effective, son point de vue au cours de la procédure et avant l'adoption de toute décision susceptible d'affecter de manière défavorable ses intérêts²⁸²³. Il ne doit pas être interprété littéralement comme le droit d'être oralement entendu mais comme celui de se voir offrir la possibilité de présenter des observations. Ainsi, les juridictions de l'Union ne sont pas tenues d'ouvrir une phase orale, elles peuvent statuer au terme d'une procédure uniquement écrite²⁸²⁴. Il implique également que l'administration prenne connaissance des observations de l'intéressé avec toute l'attention requise²⁸²⁵. Son respect s'impose non seulement aux institutions de l'Union²⁸²⁶, mais également, parce qu'il constitue un principe général du droit de l'Union, même lorsque la réglementation applicable ne le prévoit pas expressément²⁸²⁷. Ainsi, il

²⁸²⁰ Art. 7, §3 de la directive 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales.

²⁸²¹ En ce sens, notamment : CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c/ Commission* aff. 136/79, §§18-21 ; 29 juin 1994, *Fiskano c/ Commission*, aff. C-135/79, §§39-40 ; 10 sept. 2013, *G. et R.*, aff. C-383/13 PPU, §32.

²⁸²² CJUE, 22 nov. 2012, *M.*, aff. C-277/11, §82.

²⁸²³ Notamment : CJUE, 22 nov. 2012, *M.*, aff. C-277/11 ; 9 juin 2005, *Espagne/Commission*, C-287/02, §37 ; 18 déc. 2008, *Sopropé*, aff. C-349/07, §37 ; 21 déc. 2011, *France c/ OMPI*, C-27/09 P, §§64-65.

²⁸²⁴ Art. 114, §3, du règlement de procédure du Tribunal, auquel renvoie l'article 113 du même règlement – en jurisprudence, voir, notamment : CJCE, 19 janv. 2006, *AIT c/ Commission*, C-547/03 P, §35 ; 2 mai 2006, *Regione Siciliana*, C-417/04 P, §37 ; 28 mai 2013, *Abdulrahim c/ Conseil et Commission*, aff. C-239/12P, §42 (MRAT) ; 6 juin 2013, *Ayadi c/ Commission* aff/ C-183/12P, §40 (MRAT).

²⁸²⁵ Conclusions av. gén. BOT présentées le 26 avril 2012 dans l'aff. C-277/11, *M. M.*, §33.

²⁸²⁶ CJUE, 21 déc. 2011, *Cicala*, C-482/10, §28.

²⁸²⁷ CJCE, 18 déc. 2008, *Sopropé*, C-349/07, §38.

s'applique à la procédure de manquement d'Etat²⁸²⁸ et naturellement, aux procédures « de nature quasi répressive »²⁸²⁹ visant à adopter des sanctions économiques et financières en raison d'un acte jugé répréhensible²⁸³⁰.

724. *En droit de la concurrence* - En droit de la concurrence, les règlements régissant la procédure de sanction en précisent les modalités²⁸³¹ : il comprend un droit de réponse écrite à la communication des griefs et le droit de demander à être auditionné oralement, sous la supervision du conseiller-auditeur, censé contribuer au caractère objectif de l'audition²⁸³² qui n'est pas publique afin d'encourager la liberté des échanges entre les participants. En la matière, aucune source de mécontentement n'est à relever car bien que l'annulation d'une première décision ne réouvre pas automatiquement le droit à être entendu ; ce n'est que dans la mesure où la validité des phases écrites et orales n'ont pas été affectée par l'annulation et que la nouvelle décision ne contient de nouveaux griefs²⁸³³

725. *En droit du manquement d'Etat* - En droit du manquement d'Etat, « dans la mesure où un arrêt en manquement est susceptible d'établir le fondement d'une responsabilité qu'un État membre peut encourir (...) il est impératif que l'État membre ait l'occasion, au cours de la phase précontentieuse, de réfuter l'ensemble des griefs soulevés à son encontre par la Commission »²⁸³⁴. « Même s'il estime ne pas devoir en faire usage²⁸³⁵, [c'est] une garantie essentielle voulue par le traité »²⁸³⁶, « spécifiquement »²⁸³⁷ assurée par la mise en demeure²⁸³⁸ au stade de la phase

²⁸²⁸ CJCE, 5 janv. 2002, Commission c/ Italie, C-439/99, §10 ; 20 juin 2002, Commission c/ RFA, aff. C-287/00, §16.

²⁸²⁹ Conclusions av. gén. BOT présentées le 26 avril 2012 dans l'aff. C-277/11, M. M., §38.

²⁸³⁰ Pour une application dans le domaine des règles de la concurrence : notamment : CJUE, 3 septembre 2009, Papierfabrik August Koehler e.a. c/ Commission, aff. C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P.

Dans le domaine des mesures restrictives anti-terrorisme : CJUE, France c/ OMPI, précité, §§61-66.

²⁸³¹ Art. 10 et s. du règlement 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE ; art. 13 et s. du règlement 802/2004 de la Commission du 21 avril 2004 concernant la mise en oeuvre du règlement (CE) 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

²⁸³² Art. 5 de la décision de la Commission du 23 mai 2001 relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence - JOCE L 162 du 19 juin 2001.

²⁸³³ TPICE, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/ Commission, §251 ; CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/ Commission, §§88-111.

²⁸³⁴ CJCE, 9 nov. 1999, Commission c/ Italie, aff. C-365/97, §24.

²⁸³⁵ Très exceptionnellement, l'État membre poursuivi s'abstient d'exercer ses droits de la défense en ne produisant pas de mémoire et en ne participant pas à la procédure orale : CJCE, 21 sept. 1989, Commission c/ Grèce, aff. 68/88 ; 25 avr. 1996, Commission c/ Luxembourg, aff. C-274/93.

²⁸³⁶ CJCE, 28 mars 1985, Commission c/ Italie, aff. 274/83, §21.

²⁸³⁷ En ce sens : CJCE, 25 avril 1996, Commission c/ Luxembourg, aff. C-274/93, §11 ; 20 juin 2002, Commission c/ RFA, aff. C-287/00, §14 : Le « principe de continuité entre la phase précontentieuse et le recours (qui) serait l'expression spécifique du principe du droit d'être entendu ».

précontentieuse, et par le mémoire en défense qu'il sera invité à produire après l'ouverture de la phase contentieuse, et en participant à la procédure orale.

726. *En droit des mesures restrictives* - Dans le domaine des mesures restrictives, le droit d'être entendu est, certes, reconnu²⁸³⁹ mais il connaît une limitation notable. En effet, le nécessaire « effet de surprise » qu'une première inscription doit avoir justifie l'absence d'information préalable des intéressés²⁸⁴⁰. « Il suffit, en principe, que l'institution procède à la communication des motifs de cette décision à la personne ou à l'entité concernée et ouvre le droit à l'audition de celle-ci concomitamment avec ou immédiatement après l'adoption de ladite décision »²⁸⁴¹. En revanche, dans le cas d'une décision de maintien, « cet effet de surprise n'est plus nécessaire afin d'assurer l'efficacité de la mesure, de sorte que l'adoption d'une telle décision doit, en principe, être précédée d'une communication des éléments retenus à charge ainsi que de l'opportunité conférée à la personne ou à l'entité concernée d'être entendues »²⁸⁴².

727. *Conclusion du paragraphe* – A l'exception notable du droit de conserver le silence et de ne pas coopérer, le droit de l'Union semble se veut, globalement, assez respectueux des droits de la défense, même pour des mesures n'étant pas considérées comme relevant de la « matière pénale ». Cela étant, examinée dans le détail, la conformité à l'acquis du droit de la convention EDH n'est toujours exempte de critiques. Outre celles déjà évoquées, la sanction des atteintes portées aux droits de la défense n'est pas toujours satisfaisante non plus. En effet, s'agissant du droit d'être entendu, son irrespect entraîne l'annulation de la partie de la décision relative aux faits ou aux griefs sur lesquels l'intéressé n'a pas pu faire valoir ses observations²⁸⁴³. La violation du droit d'accès au dossier du droit d'être entendu, en droit de la concurrence, n'est susceptible, en principe, d'entraîner l'annulation de cette décision que si l'atteinte portée au droit d'accès au dossier a eu une influence sur l'issue de la solution²⁸⁴⁴. Les juridictions de l'Union sont

²⁸³⁸ Conclusions de l'av. gén. ALBER, présentées le 7 nov. 2000 dans l'affaire C-230/99, Commission c/ France, §§26-27 : « Selon une jurisprudence constante, la lettre de mise en demeure remplit deux fonctions: d'une part, elle garantit à l'État membre le droit d'être entendu, et d'autre part la mise en demeure circonscrit l'objet futur du litige ».

²⁸³⁹ CJCE, 18 juillet 2013, Commission e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, §99.

²⁸⁴⁰ loc. cit. n°711-712.

²⁸⁴¹ CJUE, 28 juill. 2016, Tomana c/ Conseil, aff. C-330/15P, §56.

²⁸⁴² CJUE, 21 déc. 2011, OMPI, aff. C-27/09 P, §62 ; « Kadi I », §342 ; « Kadi II », §99.

²⁸⁴³ Notamment : Technische Universität München ; Papierfabrik August Koehler e.a./Commission.

²⁸⁴⁴ A propos du droit d'accès au dossier : CJCE, Aalborg Portland, précité, §§71-73 ; Toshiba c/ Commission, §46 ; Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commission, précité, §317.

A propos du droit d'être entendu : CJCE, 21 mars 1990, Commission c/ Belgique, aff. C-142/87 (aides d'Etat).

manifestement plus protectionnistes des pouvoirs de sanction des violations du droit de l'Union que des droits de la défense, puisque dans la mesure du justifiable, elles évitent d'annuler l'ensemble d'une procédure. Une fois de plus, ceci exprime une philosophie un peu plus autoritaire que libérale. On s'attend donc à ce que l'application du principe *ne bis in idem* donne lieu aux mêmes observations.

§3 - NE BIS IN IDEM : PIERRE D'ACHOPPEMENT DU SYSTEME PENAL DE L'UNION EUROPEENNE²⁸⁴⁵

728. *Un énoncé, plusieurs significations* - Ce n'est, très ironiquement, qu'après avoir été inscrit à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux, en 2001, que le principe *ne bis in idem* fut reconnu comme comptant parmi « les principes généraux du droit communautaire dont le juge communautaire a toujours garanti le respect »²⁸⁴⁶, « s'imposant indépendamment de tout texte »²⁸⁴⁷. L'acquisition de la force contraignante de la Charte des droits fondamentaux avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a rendu totalement obsolète la question de la valeur de ce principe en droit de l'Union ; il s'agit désormais d'un droit fondamental applicable à l'ensemble du droit de l'Union : en matière pénale, en droit de la concurrence²⁸⁴⁸, en matière disciplinaire²⁸⁴⁹, ou encore de manquement d'Etat²⁸⁵⁰. La reconnaissance de la valeur de ce principe en droit de l'Union a surtout ouvert la voie à des questions plus délicates : la détermination de la portée des mots *bis* et *idem*. Or, sur ce point, le droit de l'Union a fait du principe *ne bis in idem*, une règle à

²⁸⁴⁵ En ce sens : WEYEMBERGH, A., le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ?, Cah. dr. eur. 2004, p. 337.

²⁸⁴⁶ Notamment : CJCE, 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl e.a. c/ Commission*, aff. jointes C-238/99 P e.a., §§59-63 ; 29 juin 2006, *SGL Carbon c/Commission*, aff. C-308/04 P, §26 ; TUE, 18 juin 2008, *Hoechst c/Commission*, aff. T-410/03, §598 13 juill. 2011, *ThyssenKrupp c/ Commission*, aff. jointes T-144, 147 à 150, 154/07, §158.

²⁸⁴⁷ TPI 18 oct. 2001, *X. c/ BEI*, aff. T-333/99, §149 ; CJCE, 5 mai 1966, *Gutmann c/Commission*, aff. 18/65 et 35/65.

²⁸⁴⁸ Notamment : CJCE, 5 mai 1966, *Gutmann c/ Commission CEEA*, aff. 18/65 et 35/65 ; 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij et a. c/ Commission*, précité ; 7 janvier 2004, *Aalborg Portland e.a./Commission*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, §338 ; 29 juin 2006, *SGL Carbon AG c/ Commission*, aff. C-308/04P, §§25-32 ; id., *Showa Denko c/ Commission*, aff. C-289/04P, §§50-56 ; 10 mai 2007, *SGL Carbon AG c/ Commission*, aff. C-328/05P, §§24-25 ; 14 fév. 2012, *Toshiba Corporation e.a.*, aff. C-17/10, §93.

²⁸⁴⁹ Art. 9, §3, de l'annexe IX du statut des fonctionnaires de l'Union ; TPI, 18 oct. 2001, *X c/ BEI*, aff. T-333/99 ; 8 nov. 2007, *Andreasen c/ Commission*, aff. F-40/05.

²⁸⁵⁰ La Cour n'a jamais fait application du principe à ces procédures. Bien qu'elle n'ait pas expressément affirmé son applicabilité, rejeter le grief pour défaut de réunion des critères tend à indiquer que c'est bien le cas. Voir : CJCE, 2 oct. 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-157/06, §20 ; 8 sept. 2005, *Commission c/ Espagne*, aff. C-416/02, §65 ; 8 avril 2008, *Commission c/ Italie*, aff. C-337/05, §§25-26 ; 29 juin 2010, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-526/08, §§36-37.

Dans le même sens: MATERNE, T., *La procédure en manquement d'Etat*, Larcier, 2012, p. 238.

géométrie variable ; le socle commun des conditions d'application (A) ne pouvant compenser les profondes dissonances d'interprétation (B).

A- LE SOCLE COMMUN DE L'INTERPRETATION DE *NE BIS IN IDEM*

729. Le bis – Globalement, la Cour a une approche uniforme de la notion de *bis*. Celle-ci interdit tout d'abord « une nouvelle appréciation au fond de la matérialité de l'infraction »²⁸⁵¹. Cela signifie qu'une violation du principe ne saurait être invoquée lorsque la première décision a été annulée pour vice de forme ou qu'elle a mis un terme aux poursuites sans qu'il ait été statué au fond²⁸⁵². En effet, dans un tel cas, les sanctions imposées par la nouvelle décision ne s'ajoutent pas à celles prononcées par la décision annulée, mais se substituent à elles²⁸⁵³. En second lieu, la décision doit être « définitive et irrévocable »²⁸⁵⁴. Ainsi en est-il de la décision de ne pas poursuivre²⁸⁵⁵, d'extinction de l'action publique, prise ou non par une juridiction²⁸⁵⁶, en raison d'une transaction ou de la prescription des faits²⁸⁵⁷, de l'accomplissement des obligations d'un sursis²⁸⁵⁸, d'un acquittement définitif²⁸⁵⁹. Le mécanisme du principe déploie également ses effets en présence d'une condamnation par contumace dont la mise à exécution de la peine est prescrite²⁸⁶⁰. Enfin, le *bis* recouvre trois garanties distinctes : ne pas être poursuivi, jugé, ni puni²⁸⁶¹. Ainsi, même dans le domaine du manquement d'Etat, dès lors qu'une première décision

²⁸⁵¹ Notamment : CJCE, 10 mars 2005, *Miraglia*, aff. C-469/03, §35 ; 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij et a. c/ Commission*, aff. jointes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99 P, §61.

²⁸⁵² Dans l'hypothèse d'une décision annulée pour vice de forme : CJCE, *Limburgse Vinyl Maatschappij et a. c/ Commission*, précité, §§59-63. Dans le même sens : TUE, 27 sept. 2012, *Italie c/ Commission*, aff. T-257/10, §41 (aide d'Etat). Dans l'hypothèse d'un abandon des poursuites, acté par décision judiciaire : CJCE, *Maraglia*, précité ; 29 juin 2016, *Kossowski*, aff. C-486/14.

²⁸⁵³ TUE, 1^{er} juill. ; 2009, *ThyssenKrupp c/ Commission*, aff. T-24/07, §190.

²⁸⁵⁴ CJCE, 22 déc. 2008, *Turansky*, aff. C-491/07. Dans le même sens : CJUE, 1 fév. 2003, *Gözütok et Brügger*, C-187/01 et C-385/01, §30 ; 16 nov. 2010, *Mantello*, aff. C-261/09, §§47-48.

²⁸⁵⁵ CJUE, *Miraglia*, précité ; 5 juin 2014, *M*, aff. C-398/12 (ordonnance de non-lieu à renvoi devant une juridiction de jugement).

²⁸⁵⁶ CJCE, 11 févr. 2003, *Gözütok c/ Brügger*, précité, spéc. §§33.

²⁸⁵⁷ CJCE, 28 sept. 2006, *Gasparini*, aff. C-467/04, §33.

²⁸⁵⁸ CJUE, 18 juill. 2007, *Kretzinger*, aff. C-288/05.

²⁸⁵⁹ CJCE, 28 sept. 2006, *Van Straaten* (insuffisance de preuves).

²⁸⁶⁰ CJCE, 11 déc. 2008, *Bourquain*, aff. C-297/07 – quoique cette solution n'ai pas un soutien unanime – AUBERT, B., *Le principe ne bis in idem dans la jurisprudence de la CJUE*, AJ pénale 2015, p. 175 et s.

²⁸⁶¹ L'article 50 de la Charte dispose que « nul ne peut être poursuivi ou puni » une seconde fois, ce qui inclut nécessairement, entre les poursuites et la punition, le jugement. L'article 54 de la CAAS, de son côté, ne mentionne que les poursuites, ce qui, *a fortiori*, fait obstacle à une seconde condamnation, et partant, à l'infliction d'une seconde sanction. En ce sens en droit de la CEDH : CEDH, 20 juill. 2004, *Nikitine c/ Russie*, req. n°50178/99, §36 ; 10 fév. 2009, *Zolotoukhine c/ Russie*, req. n°14939/03, §110.

définitive ayant statué au fond aura été rendue, celle-ci fera obstacle à l'ouverture ou la continuation d'une seconde²⁸⁶².

730. « *L'idem factuel* » plutôt que « *l'idem légal* »²⁸⁶³ - S'agissant de l'*idem*, ensuite, la notion de « mêmes faits » s'apprécie d'un point de vue factuel, et non juridique. Au titre de l'article 54 CAAS, la Cour considère que l'identité requise vise « la seule matérialité des faits », englobant un ensemble de circonstances concrètes indissociablement liées entre elles²⁸⁶⁴ dans le temps, dans l'espace, ainsi que par leur objet²⁸⁶⁵, indépendamment de la qualification juridique²⁸⁶⁶. En somme, deux qualifications juridiques divergentes peuvent couvrir des « mêmes faits », de sorte que, par exemple, l'importation et l'exportation de stupéfiants sont, *a priori*, des « mêmes faits »²⁸⁶⁷. À l'inverse, « détenir dans un État contractant des sommes d'argent provenant d'un trafic de stupéfiants et, d'autre part, à écouler dans des bureaux de change situés dans un autre État contractant des sommes d'argent provenant également d'un tel trafic ne doivent pas être considérés comme des « mêmes faits » au sens de l'article 54 de la CAAS en raison du seul fait que l'instance nationale compétente constate que lesdits faits sont reliés par la même intention criminelle »²⁸⁶⁸; ce « un lien subjectif », « c'est-à-dire le fait que l'auteur présumé des faits a agi avec la même intention criminelle, entre des faits qui ont donné lieu à des poursuites pénales dans deux États contractants différents »²⁸⁶⁹ est insuffisant pour établir l'*idem*. Quoique la question présente manifestement moins d'intérêt en dehors du droit de l'ELSJ, c'est néanmoins également une identité de faits que la Cour prendra en compte, et non de qualification juridique.

731. Ainsi se résume le socle commun des critères d'application du principe *ne bis in idem* : une triple interdiction de poursuites, jugement ou sanction, d'une part, et la notion de « mêmes faits », entendue comme une réalité matérielle et non comme la qualification juridique. Le reste des

²⁸⁶² CJCE, 8 sept. 2005, Commission c/ Espagne, aff. C-416/02, §65.

²⁸⁶³ Expression empruntée à TULKENS, F., Non bis in idem : un voyage entre Strasbourg et Luxembourg, in Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen et droits de l'homme, Liber amicorum en l'honneur de R. KOERING-JOULIN, Anthémis, 2014, p. 729.

²⁸⁶⁴ CJCE, 9 mars 2006, Van Esbroeck, aff. C-436/04, §38 ; 28 sept. 2006, Gasparini e.a., aff. C-467/04, §56 ; 28 sept. 2006, Van Straaten, aff. C-150/06, §52.

²⁸⁶⁵ CJCE, Van Esbroeck, précité, §§27, 32 et 36 ; 18 juill. 2007, Kraaijenbrink, aff. C-367/05, §27; Mantello, précité, §39.

²⁸⁶⁶ CJCE, Van Esbroeck, précité, §27 ; Van Straaten, précité, §41 ; 18 juill. 2007, Kraaijenbrink, précité, §23.

²⁸⁶⁷ CJCE, Van Esbroeck, précité, §42- « l'appréciation définitive à cet égard appartenant aux instances nationales compétentes », précise la Cour de Justice. Dans le même sens, à concernant des faits d'importations et exportations de tabac en contrebande : CJCE, 18 juill. 2007, Kretzinger, aff. C-288/05, §37.

²⁸⁶⁸ *Ibid.* §36.

²⁸⁶⁹ *Ibid.*

règles de mises en œuvre de ce principe produit de sérieuses dissonances en confrontant les différents domaines d'application.

B- LES DISSONANCES D'INTERPRETATION ET D'APPLICATION DE *NE BIS IN*

IDEM

732. La fausse dissonance entre l'article 50 de la Charte et l'article 54 de la CAAS – Une première difficulté provient de ce que l'article 50 de la Charte et l'article 54 de la CAAS garantissent tous deux le non-cumul des poursuites et des sanctions à raison des mêmes faits, mais pas dans les mêmes termes. Plus précis, l'article 54 de la CAAS est plus restrictif. Cette différence de rédaction a engendré des questions préjudicielles quant à leur compatibilité, leur articulation et, évidemment, leur interprétation croisée. Bien que l'article 54 CAAS doive être interprété à la lumière de l'article 50 de la Charte²⁸⁷⁰ - celle-ci ayant valeur de droit primaire, quand la CAAS n'a que celle de droit dérivé - il n'en demeure pas moins que l'article 54 de la CAAS comporte un critère d'application supplémentaire que le juge de l'Union ne pouvait ignorer : le principe *ne bis in idem* ne joue qu'« à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation »²⁸⁷¹. Cela n'est en rien incompatible avec l'article 50 de la Charte. En effet, son article 52, §1 autorise de déroger aux garanties qu'elle offre si cela est prévu par la loi, l'essence du droit ou du principe est respectée et les limitations apportées sont « nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »²⁸⁷². On admettra sans difficulté que l'article

²⁸⁷⁰ CJCE, M, précité, §35 ; Kossowski, précité, §32.

²⁸⁷¹ Cette « condition d'exécution » vise à éviter l'impunité de fait qui résulterait de l'interdiction de ne pouvoir condamner une personne qui, bien que précédemment condamné dans un autre Etat membre, n'a pas exécuté sa peine: pour autant que celle-ci soit toujours légalement exécutable (CJUE, Spasic, aff. C-129/04 PPU, §§63-64 – Elle vaut également pour les différents instruments qui énoncent le principe. Ainsi, l'interprétation donnée dans le cadre de la CAAS vaut également pour la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, par exemple - CJUE, 16 nov. 2010, n°C-261/09, précité, Mantello, §40.). La condition d'exécution signifie que le principe *ne bis in idem* ne trouve à s'appliquer que lorsqu'« il est constaté que, au moment où la seconde procédure pénale est entamée contre la même personne pour les mêmes faits que ceux ayant abouti à une condamnation dans le premier Etat contractant, la sanction infligée dans ce premier Etat ne peut plus être exécutée selon les lois de cet Etat » (CJCE, 11 déc. 2008, Bourquain, aff. C-297/07, §48). La condition d'exécution doit être considérée comme remplie, et fera donc obstacle à une seconde procédure, en cas d'intervention d'une loi d'amnistie ou de quel qu'autres particularités procédurales (CJCE, Bourquain, précité) encore du prononcé d'une peine d'emprisonnement avec sursis puisqu'« une fois que la période d'épreuve est achevée, la peine doit être considérée comme « ayant été subie » » (CJCE, Kretzinger précité, §§42-44), mais pas lorsqu'en présence d'une peine privative de liberté et d'une amende, seule l'amende a été exécutée (CJUE, Spasic, précité, §§80-85).

²⁸⁷² Art. 52, §1 de la Charte.

54 de la CAAS répond à ces critères²⁸⁷³, de sorte que la coexistence des deux articles, sensiblement différents, n'est pas incompatible. La condition d'exécution de l'article 54 de la CAAS fait simplement de cette disposition une application particulière du principe *ne bis in idem*.

733. *L'idem* : double identité vs triple identité – Une seconde source de difficultés touche la conception de l'*idem*. En droit de l'ELSJ, la conception factuelle et non légale implique une double identité, de faits et de contrevenants²⁸⁷⁴, indépendamment de l'intérêt juridique protégé²⁸⁷⁵. En dehors du droit de l'ELSJ, en revanche, la Cour continue à exiger une triple condition d'identité des faits, de contrevenant²⁸⁷⁶ et d'intérêt juridique protégé²⁸⁷⁷. L'incohérence n'est pas sans susciter de critiques, y compris au sein des juridictions de l'Union²⁸⁷⁸.

734. *Le cumul des sanctions « interne » et « externe »* - Ensuite, si le principe *ne bis in idem* a initialement interdit la double peine au sein d'un seul et même Etat, la question du cumul de sanction a désormais une portée internationale : les représentants d'autorités de puissance publique différentes peuvent-ils sanctionner la même personne pour les mêmes faits ? La réponse est différente selon qu'il s'agisse d'un cumul de sanctions intra-étatique, de sanctions inter-Etats

²⁸⁷³ Voir la motivation de la Cour de Justice sur cette question : CJUE, 27 mai 2014, Spasic, aff. C-129/14 PPU, §§56-72.

²⁸⁷⁴ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 8 sept. 2011 dans l'aff. C-17/10, Toshiba Corporation, §122. La Cour EDH retient également l'identité du contrevenant dans son arrêt Sergueï Zolotoukhine c/ Russie (précité, §84) : « ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace ».

Contra, cependant : CJCE, Van Staten, précité, §§49 et 53 : « il n'est pas exigé que les personnes ayant prétendument participé aux faits dans les deux États soient identiques ».

²⁸⁷⁵ CJUE, Mantello, précité, §39 ; Van Esbroeck, précité, §§27, 32 et 36 ; Van Straaten, précité, §§41, 47 et 48 ; Kretzinger, précité, §34. ; Gasparini, précité, §54.

Dans le même sens pour la Cour EDH : CEDH, Zolotoukhine c/ Russie, précité, §57.

²⁸⁷⁶ Pour le rejet de la violation du principe en raison, en particulier, de l'absence d'identité de contrevenant : CJCE, 18 déc. 2008, FNSEA e. a. c/ Commission, aff. C-101/07 P et C-110/07 P, §§127-130.

²⁸⁷⁷ En matière de concurrence, voir entre autres, CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, aff. C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P, §338 ; 14 fév. 2012, Toshiba Corporation e.a., aff. C-17/10, §97 et 98 ; TPICE, 13 déc. 2006, FNCBV et FNSEA c/ Commission, aff. T-27/03 et T-245/03, §340 (confirmé par CJCE, 18 déc. 2008, mêmes parties, précité.) ; TUE, 14 juill. 2011, Arkema France SA c/ Commission, aff. T-189/06, §127 ; Conclusions de l'av. gén. COLOMER du 11 février 2003, Italcementi/Commission, C-213/00 P, §89, conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 17 mars 2011 dans l'affaire C-150/10, BIRB c/ Beneo-Orafti SA, §90 ; conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 8 sept. 2011 dans l'affaire C-17/10, Toshiba Corporation, §114 ; conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 28 janv. 2010 dans l'aff. C-526/08, Commission c/ Luxembourg, §28.

En matière de fraude aux intérêts financiers, voir par exemple : CJCE, 18 nov. 1987, Maizena, aff. 137/85, §22 et 23 (« exiger deux cautions distinctes d'une même personne pour des faits identiques n'enfreint pas le principe *non bis in idem* parce que ces deux cautions n'avaient pas la même finalité »).

²⁸⁷⁸ Conclusions de l'av. gén. COLOMER présentées le 20 oct. 2005 dans l'affaire C-436/04, Van Esbroeck, §47 : « il convient de rejeter également le critère du bien juridique protégé, car il apparaît si lié aux choix légitimes des politiques pénales internes qu'il permettrait de réprimer plusieurs fois un même comportement, compromettant ainsi l'objectif de l'article 54 de la convention. » « Si les éléments d'appréciation étaient les infractions ou les valeurs protégées par leur interdiction, en lieu et place des simples faits, le principe *ne bis in idem* ne trouverait jamais à s'appliquer dans l'ordre international »- également : conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentée le 8 sept. 2011 dans l'affaire C-17/10, Toshiba Corporation e.a, §§111-124, réitérée dans sa prise de position du 13 juin 2014, avis 2/13, §152.

membres, de sanctions nationale et communautaire, ou de sanction communautaire et tiers. Les questions du cumul intra-étatique et inter-Etats membres sont réglées par l'article 50 de la Charte pour l'ensemble du droit de l'Union²⁸⁷⁹, et par l'article 54 de la CAAS, spécifiquement en matière pénale²⁸⁸⁰. En présence d'un cumul de sanctions communautaire/Etat tiers, « il n'existe, actuellement, aucun principe de droit international public interdisant à des autorités ou à des juridictions d'Etats différents de poursuivre et de condamner une personne à raison des mêmes faits. Une telle interdiction ne pourrait donc aujourd'hui résulter que d'une coopération internationale très étroite débouchant sur l'adoption de règles communes telles que celles figurant dans la convention d'application de l'accord de Schengen, du 14 juin 1985 »²⁸⁸¹. En droit de la concurrence, en l'absence de telles règles communes, rien ne s'oppose à ce qu'une entreprise condamnée par un Etat tiers le soit également par la Commission ; les intérêts juridiques protégés ne sont pas les mêmes²⁸⁸². En présence d'un comportement anti-concurrentiel ayant affecté le marché intérieur, d'un côté, et un marché tiers, de l'autre, l'argument est pertinent. Il l'est nettement moins lorsqu'il est avancé pour justifier le cumul d'une sanction nationale prise en application du droit national, d'une part, et d'une sanction communautaire prise en application du droit communautaire, d'autre part. En effet, bien qu'il s'agisse d'un cumul de sanctions intra-unionistes, *a priori* prohibé par l'article 50 de la Charte, la Cour considère qu'il n'y a pas de triple identité ; les intérêts juridiques protégés ne seraient pas les mêmes : la libre concurrence sur le marché national, d'un côté, la libre concurrence sur le marché intérieur, de l'autre²⁸⁸³. La solution

²⁸⁷⁹ La formulation de l'article 50 vise avant tout le cumul transnational de sanctions. Ainsi que le précise, à toutes fins utiles, la note explicative de l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux, cet article prohibe également un cumul de sanctions prononcées par les autorités d'un même Etat membre. Pour illustration d'une telle hypothèse : CJUE, 26 fév. 2013, Aklagaren, aff. C-617/10, §§32-37.

²⁸⁸⁰ CJCE, Van Esbroeck, précité, §42 (cumul de sanctions inter-Etats membres) ; Gasparini, précité, (cumul intra-étatique) ; Kraaijenbrink, précité (cumul inter-Etats membres) ; Kretzinger, précité (cumul inter-Etats membres) ; Turansky, précité (cumul inter-Etats membres) ; Van Straaten, précité (cumul inter-Etats membres) ; Bourquain, précité (cumul inter-Etats membres).

²⁸⁸¹ TPI, Kyowa Hakko Kogyo c/ Commission, précité – l'affaire confrontait une procédure communautaire à une américaine ; il s'agissait pour la Commission de préserver la concurrence non faussée sur le territoire de l'Union ; la procédure américaine protégeait le territoire américain.

²⁸⁸² Notamment : CJCE, 29 juin 2006, Showa Denko c/ Commission, aff. C-289/04P, §§52-58 ; 10 mai 2007, SGL Carbon AG c/ Commission, aff. C-328/05P, §§24 à 35 ; 9 juill. 2015, InnoLux c/ Commission, aff. C-231/14P, §§75.

²⁸⁸³ Notamment : CJCE, 13 fév. 1969, Wilhem c/ Bundekartellam, aff. 14/68 ; 14 déc. 1972, Boehringer, aff. 7/72 ; TPICE, Kyowa Hakko, précité ; 15 juin 2005, Tokai Carbon, aff. T-71/03.

Il convient néanmoins de préciser que la conduite de la procédure nationale ne doit pas porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et que l'exigence générale d'équité impose de tenir compte de la décision antérieure à une nouvelle condamnation (CJCE, Wilhem c/ Bundekartellam, précité, §11 ; 25 sept. 1984, Könecke, aff. 117/83 ; Boehringer c/ Commission, §3 ; TPICE, 6 avril 1995, Tréfileurope c/ Commission, aff. T-141/89, §191 ; 6 avril 1995, Sotralentz c/ Commission, aff. T-149/89, §29.

ne fait pas l'unité, notamment au sein de la Cour²⁸⁸⁴, sur le point de savoir si le droit national et communautaire de la concurrence protège le même bien juridique. Non sans raison. En effet, l'établissement des règles relatives à la concurrence sur le marché intérieur étant une compétence exclusive de l'Union, la répression des infractions aux règles européennes de la concurrence, fut-elle nationale, n'est que l'exécution des obligations des Etats membres envers l'Union. D'ailleurs, c'est bien une relation de coopération²⁸⁸⁵, empreinte d'une certaine hiérarchie au profit de la Commission cependant²⁸⁸⁶, qui préside les relations entre les autorités nationales et communautaires de la concurrence. Finalement, les droits nationaux de la concurrence ont d'abord pour fonction de garantir la mise en œuvre du droit communautaire de la concurrence²⁸⁸⁷. Il semble donc difficile de considérer que les sanctions nationales pour infraction au droit de la concurrence ne protègent pas le même bien juridique que celles prononcées par la Commission. Ce faisant, le critère du bien juridique qui légitime le cumul de sanctions communautaires et étrangères est également celui qui désavoue le cumul des sanctions nationales et communautaires.

735. *Le cumul conditionnel de sanctions de natures différentes* – La dernière difficulté entourant l'interprétation et l'application du principe *ne bis in idem* concerne le cumul de sanctions de nature différentes. Il s'évince clairement de la Charte que l'article 50 a vocation à s'appliquer à des décisions pénales, c'est-à-dire celles « émanant d'une autorité appelée à participer à l'administration de la justice pénale dans l'ordre juridique national concerné »²⁸⁸⁸. Cela étant, les droits et principes fondamentaux énoncés dans la Charte devant s'interpréter à la lumière de la convention et de la jurisprudence de la CEDH, il ne peut être ignoré l'extension du champ pénal aux sanctions relevant de la « matière pénale ». Jusqu'à récemment, la Cour de Justice était en porte-à-faux vis-à-vis de sa consœur strasbourgeoise en admettant, voire incitant, le cumul de sanctions disciplinaires²⁸⁸⁹, fiscales et, plus largement, administratives avec des sanctions

²⁸⁸⁴ Par exemple : conclusions de l'av. gén. COLOMER présentées le 11 fév. 2003 dans l'affaire C-213/00 P, *Italcementi c/ Commission*, §93 : « Les autorités communautaires et nationales s'acquittent d'une tâche similaire et, lorsqu'elles répriment des comportements restrictifs de la concurrence, elles cherchent à protéger un seul et même bien juridique ».

²⁸⁸⁵ Point 15 et 21 du préambule du règlement 1/2003 ; art. 11 du règlement 1/2003.

²⁸⁸⁶ En effet, lorsque la Commission décide d'ouvrir une procédure, cela dessaisi automatiquement les autorités nationales qui auraient déjà ouvert une procédure analogue. De plus, seule la Commission peut rendre une décision négative, c'est-à-dire une décision décidant qu'il n'y a pas d'infraction au droit de la concurrence (en ce sens : CJUE, 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, aff. C-375/09, §§19 à 30 ; 18 juin 2013, *Schenker*, aff. C-681/11, §42. Sur le type de décision que peuvent rendre les autorités nationales de la concurrence : art. 5 du règlement 1/2003).

²⁸⁸⁷ En ce sens : conclusions de l'av. gén. COLOMER précitées.

²⁸⁸⁸ CJCE, *Gözütok c/ Brügge*, précité, aff. C-187/01.

²⁸⁸⁹ En matière de corruption, le cumul de la responsabilité pénale et disciplinaire est expressément admise – art. 5, §2 du protocole du 27 septembre 1996 à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européenne et

pénales²⁸⁹⁰, puisque les premières ne revêtent pas de caractère pénal²⁸⁹¹, si elles estiment que les faits infractionnels qui lui sont soumis n'ont pas été sanctionnés de manière suffisamment efficace, proportionnée et dissuasive²⁸⁹². Contre toute attente, la Cour EDH semble s'être récemment ralliée au point de vue de la Cour de Justice en estimant, à son tour, que l'article 4 du Protocole n°7 ne s'oppose à un cumul de sanctions de nature différente s'il « est le fruit d'un système intégré permettant de réprimer un méfait sous ses différents aspects de manière prévisible et proportionnée et formant un tout cohérent, en sorte de ne causer aucune injustice à l'intéressé »²⁸⁹³. La Cour EDH a énoncé un certain nombre d'éléments permettant d'apprécier l'existence d'une telle injustice à sanctionner par deux procédures de nature différente un même fait : les deux procédures doivent être complémentaires en sanctionnant des aspects différents d'un même méfait²⁸⁹⁴, le cumul de procédure doit être prévu par la loi et donc être prévisible pour l'intéressé²⁸⁹⁵, le prononcé des secondes sanctions doit avoir pris en compte les premières²⁸⁹⁶, enfin, que les deux procédures présentent un lien temporel excluant que la seconde soit une répétition, et non le complément, de la première²⁸⁹⁷. En somme, les deux juridictions ont finalement accordé leur interprétation de la règle du non-cumul en présence de sanctions de nature différente. En revanche, les conditions d'un cumul sont, pour l'une et l'autre des

de la convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union Européenne.

²⁸⁹⁰ Dans le même sens devant la Cour EDH, 29 mai 2001, Fischer c/ Autriche, req. n°37950/97, §29.

²⁸⁹¹ CJUE, Aklagaren, précité, §33, 37 – dans le même sens : CJUE, Spasic, précité, §53.

²⁸⁹² *Ibid.*, §36 : « Il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier, à la lumière de ces critères, s'il y a lieu de procéder à un examen du cumul de sanctions fiscales et pénales prévu par la législation nationale par rapport aux standards nationaux au sens du point 29 du présent arrêt, ce qui pourrait l'amener, le cas échéant, à considérer ce cumul comme contraire auxdits standards, à condition que les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives ».

²⁸⁹³ CEDH, 15 nov. 2016, A. et B. c/ Norvège, req. n°24130/11, §122.

²⁸⁹⁴ « Aux yeux de la Cour, les États devraient pouvoir légitimement opter pour des réponses juridiques complémentaires face à certains comportements socialement inacceptables (par exemple le non-respect du code de la route, le non-paiement des impôts ou l'évasion fiscale) au moyen de différentes procédures formant un tout cohérent de manière à traiter sous ses différents aspects le problème social en question, pourvu que ces réponses juridiques combinées ne représentent pas une charge excessive pour la personne en cause » - *Ibid.* §122.

²⁸⁹⁵ Cela doit être prévisible « aussi bien en droit qu'en pratique » - *Ibid.*, §132.

²⁸⁹⁶ « Savoir si la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif, ce dernier risque étant moins susceptible de se présenter s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné » - *Ibid.*

²⁸⁹⁷ « Il ne faut pas en conclure pour autant que les deux procédures doivent être menées simultanément du début à la fin. L'État doit avoir la faculté d'opter pour la conduite des procédures progressivement si ce procédé se justifie par un souci d'efficacité et de bonne administration de la justice, poursuit des finalités sociales différentes et ne cause pas un préjudice disproportionné à l'intéressé. Toutefois, ainsi qu'il a déjà été précisé, il doit toujours y avoir un lien temporel. Ce lien doit être suffisamment étroit pour que le justiciable ne soit pas en proie à l'incertitude et à des lenteurs, et pour que les procédures ne s'évalent pas trop dans le temps (voir, comme exemple de lacune de ce type, Kapetanios et autres, précité, §67), même dans l'hypothèse où le régime national pertinent prévoit un mécanisme « intégré » comportant un volet administratif et un volet pénal distincts. Plus le lien temporel est ténu, plus il faudra que l'État explique et justifie les lenteurs dont il pourrait être responsable dans la conduite des procédures ». *Ibid.*, §134.

juridictions européennes, plus complémentaires qu'identiques. La question d'une convergence définitive des deux cours européennes sur cette question est cependant loin d'être certaine. D'une part, rien ne permet d'affirmer que cette nouvelle orientation prise par la Cour EDH se confirmera à l'avenir. Ensuite, il reste, évidemment, à la Cour de Justice de prendre position vis-à-vis des conditions énoncées par sa consœur, sensiblement différentes des siennes. Enfin, il convient de souligner que certains avocats généraux se sont déjà ouvertement opposés à l'adoption à cette conception restrictive du principe²⁸⁹⁸.

736. Conclusion du paragraphe – Outre la question d'une unification des interprétations de la règle *ne bis in idem* par les deux cours européennes, il convient surtout de retenir de ce paragraphe qu'en droit de l'Union, s'il existe un socle commun de conditions d'application, le principe *ne bis in idem* cependant l'objet d'une interprétation et d'une application sensiblement différente selon le domaine, ce qui « est préjudiciable à l'unité de l'ordre juridique de l'Union. La portée fondamentale que revêt la règle *ne bis in idem* en tant que principe général du droit de l'Union, élevé au rang de droit fondamental, a pour conséquence que son contenu ne devrait pas être substantiellement différent en fonction du domaine juridique concerné »²⁸⁹⁹. A cet effet, l'avocat général KOKOTT propose l'abandon définitif du critère de l'intérêt juridique protégé. En l'état, le maintien de ce critère n'est pas en accord avec la jurisprudence de la Cour EDH, ce qui constitue une double atteinte à l'article 52, §3 de la Charte puisque, outre la divergence d'interprétation, la garantie offerte par l'article 50 de la Charte se trouve alors, en droit de la concurrence en tout cas, en deçà du standard minimum qu'est le droit de la CEDH. Son intérêt permet, certes, un cumul de sanctions communautaires et tiers qui peut se justifier dans la mesure où un comportement anti-concurrentiel peut préjudicier à différents marchés dans le monde, mais cet objectif peut être atteint tout en adoptant une conception unitaire de la règle contenue à l'article 50 de la Charte. En effet, si la notion de faits doit être entendue comme un ensemble de

²⁸⁹⁸ Conclusions de l'av. gén. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 12 sept. 2017, dans l'aff. C-596/16, Di Puma, §73 : « Je persiste à dire que la Cour ne devrait pas admettre l'interprétation restrictive du principe non bis in idem de l'article 50 de la Charte, et devrait refuser de suivre le changement jurisprudentiel initié par la Cour EDH concernant l'article 4 du protocole no 7. Il convient, au contraire, de maintenir un niveau plus élevé de protection de ce droit, dans la ligne des arrêts rendus jusqu'ici sur l'article 50 de la Charte ». Voir également, ses conclusions présentées le 12 sept. 2017 dans l'affaire Menci, §§63-73. Egalement défavorable à conception restrictive du principe, quoiqu'à propos d'une problématique différente ; Conclusion de l'av. gén. KOKOTT présentées le 8 sept. 2011 dans l'affaire C-17/10, Toshiba, §123.

²⁸⁹⁹ Conclusion de l'av. gén. KOKOTT présentées le 8 sept. 2011 dans l'affaire C-17/10, Toshiba, §117 ; conclusions de l'av. gén. SHARPSTON présentées le 15 juin 2006 dans l'aff. C-467/04, Gasparini e.a. §156.

circonstances concrètes indissociablement liées entre elles²⁹⁰⁰ dans le temps, dans l'espace ainsi que par leur objet²⁹⁰¹, indépendamment de la qualification juridique²⁹⁰² ou du bien juridique, la prise en compte de la dimension spatio-temporelle dans la notion de « faits » préserverait la possibilité de cumuler sanctions unionistes et tierces, sans pour autant autoriser le cumul de sanctions internes et unionistes²⁹⁰³. Du reste, la dimension spatio-temporelle des faits est implicitement prise en compte en droit pénal traditionnel²⁹⁰⁴.

CONCLUSION DE LA SECTION

737. *Systematicité des droits fondamentaux procéduraux* - La géométrie variable du principe *ne bis in idem* exprime une fois encore que le droit de l'Union s'efforce dans toute la mesure du défendable de maximiser les possibilités de sanctionner effectivement les violations du droit de l'Union, en rognant en tant que de besoin sur une application rigoureuse et systématique des droits de l'accusé. Qu'il s'agisse du droit à la présomption d'innocence, des droits de la défense ou du principe *ne bis in idem*, aucun des droits propres d'un accusé n'est exempt de critiques. Cela étant, en refusant de considérer les amendes du droit de la concurrence, la somme forfaitaire du double manquement et les mesures restrictives anti-terrorisme comme de réelles sanctions pénales, le droit de l'Union préserve la cohérence théorique de son système. Quels que soient les arguments avancés, l'image d'une communauté de droit caractérisée par les droits de la défense et la protection juridictionnelle effective en sort nécessairement écornée²⁹⁰⁵.

738. *Systematicité des droits procéduraux pénaux* - L'émergence progressive d'un droit des mesures restrictives a complexifié la délicate recherche d'équilibre entre les impératifs sécuritaires et l'attachement à l'Etat de droit et aux libertés individuelles. Les directives de rapprochement des droits des personnes dans une procédure pénale ont, de leur côté, créé un défi systémique

²⁹⁰⁰ CJCE, 9 mars 2006, Van Esbroeck, aff. C-436/04, §38 ; 28 sept. 2006, Gasparini e.a., aff. C-467/04, §56 ; 28 sept. 2006, Van Straaten, aff. C-150/06, §52.

²⁹⁰¹ CJCE, Van Esbroeck, précité, §§27, 32 et 36 ; 18 juill. 2007, Kraaijenbrink, aff. C-367/05, §27; Mantello, précité, §39.

²⁹⁰² CJCE, Van Esbroeck, précité, §27 ; Van Straaten, précité, §41 ; 18 juill. 2007, Kraaijenbrink, précité, §23.

²⁹⁰³ Plus critique, sur cette question : BOSCO, D., Quelle place pour le principe *non bis in idem* dans le Réseau européen de la concurrence ? CCC, 2011, n°11, comm. 247.

²⁹⁰⁴ Ne serait-ce que pour des considérations d'application de la loi pénale dans le temps et dans l'espace. Ainsi, en droit pénal français, par exemple, les actes judiciaires mentionnent systématiquement, sous peine d'être viciés, la date et la géolocalisation des faits.

²⁹⁰⁵ LABAYLE, H., et ROSTANE, M., Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme : les black-list de l'Union dans le prétoire de la Cour de Justice, RTDEur, 2009, p. 231 et s.

supplémentaire : celles-ci liant les Etats membres tout comme la Charte, il est impératif que l'ensemble soit cohérent. A l'exception relevée du droit à l'information sur les accusations, les modalités des autres droits, en droit dérivé, sont globalement les mêmes que celles dictées par la Charte, ce qui est rassurant quant à la cohérence du législateur de l'Union.

CONCLUSION DU CHAPITRE

739. *Systematicité des droits procéduraux pénaux et modèle pénal de l'Union –*

L'affirmation du souci de respecter les droits fondamentaux du procès pénal équitable et leur extension expresse à toute procédure administrative atténue le caractère autoritaire du système pénal de l'Union. Abstraction faite de leurs modalités respectives, leur seule existence exprime une confiance conditionnée en la punition, qui n'est légitime que parce qu'elle respecte les droits fondamentaux des intéressés. Toutefois, cette atténuation du trait autoritaire est elle-même relativisée par les limites que connaissent chacun des droits et des garanties étudiées. Aucun(e) n'est parfaitement exempt de dérogations ou de modalités d'application discutables. En d'autres termes, la systematicité des droits procéduraux pénaux est systématiquement imparfaite. En effet, ni l'adoption de la Charte des droits fondamentaux en 2000, ni l'acquisition de sa force contraignante de droit primaire en 2009 n'ont révolutionné le système de protection des droits fondamentaux en droit de l'Union puisque ceux-ci étaient déjà reconnus et protégés par les juridictions de l'Union. Certains droits étaient déjà malmenés dans certains contextes, ils le sont toujours : le droit et les juridictions de l'Union semblent préférer porter atteinte à un droit – dans les limites justifiables par l'article 52, §1 de la Charte – lorsqu'il en va de l'effet utile du droit de l'Union. Il convient donc de voir ici l'expression d'une caractéristique du modèle pénal de l'Union, un système qui protège les droits fondamentaux des accusés, tant que cela ne paralyse pas l'application effective du droit de l'Union et l'imposition des sanctions prévues, le cas échéant. On observe en effet que là où la Cour de Justice s'écarte le plus de l'acquis de la convention EDH sont les questions où son ralliement signifierait, au moins temporairement, l'impossibilité pour les institutions concernées d'infliger les sanctions prévues, autrement dit l'ineffectivité (temporaire) du droit de l'Union : les compétences sanctionnatrices de la Commission et du Conseil, les modalités d'interprétation du principe *ne bis in idem*, en particulier.

740. *Fonction systémique des droits fondamentaux procéduraux* - Au-delà, les droits fondamentaux procéduraux participent de l'unité entre le droit pénal de l'Union d'application centralisée, appliqué par les institutions de l'Union, et celui d'application décentralisée, mis en œuvre par les systèmes pénaux nationaux. Ces principes qui relèvent du « comment est-il légitime de punir ? » ne sont pas les seuls principes fondamentaux assurant l'unité et la cohérence du système pénal de l'Union dans ces différentes branches et niveau d'exécution. Des principes fondamentaux de fond encadrent le « comment est-il légitime d'interdire ? ».

CHAPITRE 2 : LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE FOND MODELANT UN SYSTEME PENAL ORIGINAL

741. De l'unité à l'originalité du système pénal de l'Union - De nos jours, un système de droit pénal se caractérise dans une large mesure, par sa soumission au principe de légalité²⁹⁰⁶. Celui-ci règne à peu près partout²⁹⁰⁷ et est si fortement ancré dans les traditions pénales modernes qu'il est difficile de concevoir un système pénal digne de ce nom qui n'y serait pas soumis. On ne pouvait donc traiter d'un système pénal de l'Union européenne sans aborder ce principe. Rares sont les écrits sur le droit pénal de l'Union européenne – quelle qu'en soit la définition retenue – qui n'évoquent ce principe directeur de la matière pénale, d'ailleurs. Le principe de légalité est l'un des principes fondamentaux de fond du système pénal de l'Union (section 1). Cependant, celui-ci « n'a pas seulement vocation à encadrer telle ou telle norme pénale existante ; il a une fonction plus générale de soumettre au droit l'activité répressive des autorités publiques »²⁹⁰⁸. Le principe de légalité n'est toutefois pas le seul qui remplisse cette fonction. D'autres principes issus du droit institutionnel dominant également la matière, lui assure une certaine unité en organisant, à l'image de la légalité criminelle, le « comment est-il légitime d'interdire ? ». En effet, en tant que sous-système spécialisé du système juridique de l'Union, son système pénal est soumis aux principes directeurs du droit institutionnels. Opérant un lien matériel entre le système juridique globale de l'Union et son sous-système pénal, ils assurent la reproduction du modèle unioniste par le système pénal de l'Union ce qui en fait un système pénal original, qui « apparaît inventé, imaginé sans modèle ou souvenir antécédent »²⁹⁰⁹ (section 2).

²⁹⁰⁶ En ce sens : LEGEAIS, R., Grands systèmes de droit contemporain, LexisNexis, coll. Manuel, 2008, pp. 267-272, n°428-432 ; PRADEL, J., Droit pénal comparé, précité, p. 649-684 ; SATZGER, H., Le principe de légalité, in : GIUDICELLI-DELAGÉ, G., et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union Européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société de législations comparées, 2012, p. 85.

²⁹⁰⁷ PRADEL, J., Droit pénal comparé, Dalloz, coll. Précis, 2008, 3^{ème} édition, n°645, p. 685.

²⁹⁰⁸ BEAUVAIS, P., précité, p. 285, n°356.

²⁹⁰⁹ V° original, dictionnaire Littré.

742. Du principe général de légalité pénale aux principes en garantissant le respect -

Aussi bien que rares sont les écrits relatifs au droit pénal de l'Union qui ne traitent du principe de légalité, il est tout aussi rare qu'ils n'en critiquent les garanties offertes par le système juridique de l'Union. Afin de confronter les garanties portées par le principe général de légalité à celles qu'applique le droit de l'Union, on s'intéressera successivement au principe de légalité stricto sensu (§1) et ses corollaires traditionnels (§2).

§1 - LE PRINCIPE DE LEGALITE STRICTO SENSU

743. Le principe de légalité en droit de l'Union²⁹¹⁰ - D'abord indirectement reconnu par le truchement du principe général de sécurité juridique²⁹¹¹, puis, substantiellement appliqué sans être nommé²⁹¹², l'affirmation d'une légalité criminelle qualifiée comme telle s'est finalement faite par double emprunt²⁹¹³ : un emprunt « ascendant » d'une part, puisant dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres²⁹¹⁴ pour ériger la légalité des délits et des peines en principe général du droit communautaire²⁹¹⁵, un emprunt « horizontal » au droit de la convention EDH, d'autre part, auquel la Cour de Justice finira par se référer directement²⁹¹⁶. Le

²⁹¹⁰ Sur les sources historiques de la légalité pénale dans l'Union Européenne : BEAUVAIS, P., Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union Européen, th. dact., Paris X Nanterre, 2006, p. 39 et s.

²⁹¹¹ CJCE 9 juill. 1981, Gondrand, aff. 169/80, §17 : le principe de sécurité juridique exigeait une réglementation « claire et précise » afin qu'un contribuable puisse « connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence ». Dans le sens d'une affirmation implicite du principe de légalité : PRADEL, J., CORSTENS, G., et VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, Précis, 3^{ème} éd., n°638 ; MANIN, P., L'Union Européenne, Pedone, 2005, 5^{ème} éd., n°799, p. 490 ; POELEMANS, M., La sanction dans le système répressif communautaire, LGDJ, pp 544 et s.

²⁹¹² Par ex : CJCE, 25 sept. 1984, Könecke, aff. 117/83, §11 : « une sanction, même de caractère non pénal, ne peut être infligée que si elle repose sur une base légale claire et non ambiguë » ; 11 juin 1987, Pretore di Salo, aff. 14/86, §§19-20 : « une directive non transposée (...) ne peut avoir comme effet, par elle-même est indépendamment d'une loi interne d'un Etat membres prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infractions à ses dispositions ».

²⁹¹³ En ce sens, BEAUVAIS, P., précité, p. 209.

²⁹¹⁴ En effet, il est énoncé à l'art. 14 de la Constitution du Royaume de Belgique, 39 de la charte des droits et libertés fondamentaux de la Rep. Tchèque, 103 de la loi fondamentale allemande, 23 de la Constitution d'Estonie, 5 de la Constitution de la République hellénique, 9 de celle du Royaume d'Espagne, 7 et 8 de la DDHC, 25 de la Constitution italienne, 12.1 et 3 de la Constitution chypriote, 31 de la constitution croate, 31 de la constitution Lituanienne, 14 de la Constitution du Grand Duché du Luxembourg, 57 de la constitution de la République de Hongrie, 39.8 de la Constitution de Malte, 16 de la constitution du Royaume des Pays-Bas, 42 de la Constitution de République de Pologne, 29 de la constitution portugaise, 28 de la Constitution de la République de Slovénie, 49 de la Constitution slovaque, 8 de celle de la Finlande et 10 de celle du Royaume de Suède, Human Right Act.

²⁹¹⁵ CJCE, Procédure pénale c/ X, aff. C-74/95 et 129/95, §§25.

²⁹¹⁶ CJCE, 28 janv. 2005, Dansk Rørindustri et autres c/ Commission, aff. jointes C-205 à 208/02 e. a., §215 (amendes du droit de la concurrence) ; CJCE, 7 janv. 2004, Montres Rolex SA, aff. C-60/02, §61 (à propos de la sanction, en droit autrichien, en application d'un règlement communautaire, du transit de marchandise de contrefaçon).

renvoi de l'article 6, §3 TUE issue du traité de Lisbonne à la Convention EDH, associé à l'élévation concomitante de la Charte des droits fondamentaux au rang de droit primaire, l'a formellement et définitivement consacré comme « principe général de droit européen »²⁹¹⁷. Toutefois, l'importation d'une institution dans un système juridique donne souvent lieu à sa déformation ; il s'agit donc de s'interroger la manière dont il a été aménagé – ou non – pour s'adapter aux besoins de l'Union²⁹¹⁸. A ne considérer que la conception unioniste du principe de légalité, son implémentation en droit de l'Union semble avoir généré un affaiblissement de ses garanties (A), mais paradoxalement, considérer dans son ensemble le système pénal de l'Union européenne, les promesses du principe de légalité en apparaissent plutôt renforcées (B).

A- L'AFFAIBLISSEMENT DU PRINCIPE DE LEGALITE PENALE EN DROIT DE L'UNION

744. De la garantie de la légalité aux garanties de la légalité - Selon l'article 49, §1 de la Charte des droits fondamentaux, « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international »²⁹¹⁹. Plus précisément, le principe de légalité comporte traditionnellement deux aspects : la légalité formelle, d'une part, qui exige une base légale valide décrivant le comportement interdit et prévoyant la sanction (I) ; la légalité matérielle, d'autre part, qui impose que le droit soit suffisamment clair, précis, prévisible et accessible pour que tout à chacun puisse connaître, à l'avance, les conséquences pénales auxquelles l'expose son comportement (II). Il convient donc de déterminer dans quelles mesures le droit pénal de l'Union est réellement soumis aux exigences qui en découlent.

²⁹¹⁷ SATZGER, H., Le principe de légalité, in : GIUDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C. (dir.), « Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne », Société de législations comparées, coll. UMR droit comparé, vol. 28, p. 88.

²⁹¹⁸ PRADEL, J., droit pénal comparé, précité, p. 229, n°153, p. 232, n°232. Egalement BEAUVAIS, P., p. 209, n°247.

²⁹¹⁹ La formulation ne mentionne pas le droit de l'Union, toutefois, convient d'y voir une « maladresse » rédactionnelle, issue de la volonté d'établir parallélisme parfait avec l'article 7, §1 de la CEDH.

I- L'affaiblissement objectif de la légalité formelle

745. *Les exigences de la légalité formelle* - Le principe de légalité découle de l'idée que « le pouvoir de déterminer les peines des délits (...) ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »²⁹²⁰. En réalité, sous l'appellation « légalité formelle », c'est une légalité organico-formelle exigeant non seulement que les infractions et les peines soient prévues par un texte, mais que celui-ci présente les garanties démocratiques propres à protéger le citoyen de tout risque d'une condamnation arbitraire, « ce qui ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »²⁹²¹.

746. *De l'exigence d'une loi à l'exigence d'un texte* - Selon son acception traditionnelle, le principe de légalité formelle exige que seule une loi puisse prévoir les délits et les peines. A cet égard, déjà, l'article 49, §1 de la Charte rompt avec l'héritage de BECCARIA²⁹²² en visant le droit national et international. L'adoption de la même formule que l'article 7, §1 de la convention EDH, visant le droit national ou international, consolide une conception de la légalité commune aux deux enceintes européennes dans laquelle la notion de « droit » correspond à celle de « loi » et englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle²⁹²³. Ainsi, une euro-infraction ou sa/ses sanctions peuvent aussi bien procéder des traités²⁹²⁴, d'un règlement²⁹²⁵, de la jurisprudence²⁹²⁶ ou encore des lignes directrices ou des communications de la Commission²⁹²⁷.

²⁹²⁰ BECCARIA, C., Des délits et des peines, Le Monde, Flammarion, coll. Les livres qui ont changé le monde, 2010, p. 38.

²⁹²¹ *Ibid.*

²⁹²² En ce sens : BEAUVAIS, P., Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union européenne, précité, p. 131, n°146.

²⁹²³ CEDH, 22 nov. 1995, S. W. c/ R.-U., req. n°20166/92, §§34-36 ; 15 nov. 1996, Cantoni c/ France, req. n°17862/91, §§29-32 ; 22 juin 2000, Coëme e. a. c/ Belgique, req. n°32492/96 e. a., §45.

²⁹²⁴ Invoquant la violation du principe de légalité tiré de l'application de l'article 260 TFUE à des faits antérieurs à l'adoption du traité de Lisbonne, la Cour rétorque : « il suffit de constater que le traité FUE n'a apporté aucun changement concernant, d'une part, l'obligation des États membres de prendre les mesures que comporte l'exécution d'un arrêt de la Cour constatant un manquement et, d'autre part, les sanctions auxquelles s'exposent les États membres en cas de méconnaissance de cette obligation » - CJUE, 11 déc. 2012, Commission c/ République Tchèque, aff. C-610/10, §51.

²⁹²⁵ A propos des règlements : CJCE, 7 janv. 2004, Montres Rolex SA, aff. C-60/02, §61 ; CJCE, SGS Belgium, précité, §§37-43, spéc. §43 (insuffisance du seul règlement 2988/95 pour fonder une sanction pour fraude aux intérêts financiers de l'Union car nécessité d'une réglementation sectorielle complémentaire).

²⁹²⁶ « Outre le texte de la loi elle-même, la Cour EDH tient compte de la question de savoir si les notions indéterminées utilisées ont été précisées par une jurisprudence constante et publiées » - TPICE, 5 avril 2006, Degussa c/ Commission aff. T-279/02, §70. Dans le même sens en droit de la convention EDH : CEDH, 26 avril 1979, Sunday times, req. n°6538/74 §49 ; 24 avril 1990, Kruslin c/ France, req. n°11801/85, §29 (violation de la légalité pour jurisprudence insuffisamment claire et prévisible) ; 24 mai 1988, Müller c. Suisse, req. n°10737/84, §29.

²⁹²⁷ A propos des lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, a), du règlement (CE) 1/2003 (JOUE C 210 du 1 sept. 2006), par exemple : CJCE, 22 mai 2008, Evonik Degussa, aff. C-266/06 P, §55 ; CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri et autres c/ Commission, aff. jointes, C-205/02 e.a., §§209, 210, 223 ; 18 mai 2006, Archer Daniels Midland c/ Commission, aff. C-397/03 P, §20 : « Les règles de conduite interne adoptées par l'administration

Cela constitue indiscutablement un affaiblissement de la légalité formelle, toutefois, celle-ci est difficilement critiquable. D'une part, la Cour EDH a également abandonné l'exigence d'une source nécessairement parlementaire du droit pénal²⁹²⁸, assez logiquement afin de concilier l'article 7, §1 de la Convention avec la tradition juridique de *common law* de certains Etats parties à la Convention. D'autre part, la prééminence de la source parlementaire est « une représentation imaginaire d'un code pénal qui n'a jamais tout à fait fonctionné comme ainsi »²⁹²⁹ ; le monopole législatif sur le droit pénal n'existe plus réellement dans les droits pénaux nationaux tant les exceptions sont nombreuses : compétence du pouvoir réglementaire, rôle de l'interprétation judiciaire, influences internationales et régionales²⁹³⁰. En somme, « la loi nationale est (...) un instrument privilégié [de la légalité] mais dans une acception large, la légalité peut recouvrir tous les instruments juridiques qui permettent d'assurer cette prévisibilité de la solution à venir »²⁹³¹.

747. L'exigence de principe d'une base légale ponctuellement malmenée - « L'approche européenne de la légalité ne se préoccupe plus des modes institutionnels de création du droit pénal. Elle exige seulement que les autorités publiques interviennent en respectant les voies juridiques sans requérir de procédure d'adoption particulière »²⁹³². En effet, s'exprimant au sujet du principe de sécurité juridique dont le principe de légalité est une application particulière au droit pénal²⁹³³, la Cour de Justice « requiert que tout acte visant à créer des effets juridiques emprunte sa force obligatoire à une disposition du droit communautaire qui doit expressément être indiquée comme base légale et qui prescrit la forme juridique dont l'acte dit être revêtu »²⁹³⁴.

visant à produire des effets juridiques sur des tiers, tels les opérateurs économiques susceptibles de commettre des infractions à l'article 101 TFUE, si elles ne sauraient pour autant être qualifiées de règles de droit à caractère impératif en raison de leur nature intrinsèque, énoncent toutefois des règles de conduite indicatives dont l'administration ne peut d'elle-même s'écarter dans un cas particulier, sauf à fournir des justifications compatibles avec le principe d'égalité de traitement. Les lignes directrices de 2006, qui constituent de telles règles de conduite, sont englobées dans la notion de « droit » au sens de l'article 7, §1 de la CEDH ».

A propos de la communication de la Commission sur l'application de l'article 260, §3, TFUE (somme forfaitaire du double manquement d'Etat : « bien qu'il ne s'agisse pas de textes normatifs proprement dits, ces communications lient l'institution dont elles émanent, du moins, en ce sens qu'elle ne pourra s'en écarter que moyennant une justification appropriée, sous peine de violation du principe d'égalité de traitement » - Conclusion de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 28 sept. 1999 dans l'aff. C-387/97, Commission c/ Rep. Hellénique.

²⁹²⁸ Concernant la Cour EDH : CEDH, 22 nov. 1995, S. W. c/ R.-U., req. n°20166/92, §35 : « la notion de « droit » utilisé à l'article 7 (...) englobe le droit écrit comme non écrit ». Dans le même sens : 29 mars 2006, Achur c/ France, req. n°67335/01, §§42, 52. Concernant la CJUE, voir infra.

²⁹²⁹ DELMAS-MARTY, M., *Le flou du droit*, PUF, Quadrige, 2004, p. 57-58.

²⁹³⁰ BEAUVAIS, P., précité, p. 131, n°147.

²⁹³¹ CONTE, P., précité.

²⁹³² BEAUVAIS, P., précité, p. 113, n°119, p. 249, n°303. Dans le même sens : GINDRE, E., *L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne*, LDGJ – La Varenne, 2010, n°616 : « il suffit que l'infraction existe en droit national ou international, peu importe sa source formelle ».

²⁹³³ En ce sens : BEAUVAIS, P., op. cit.

²⁹³⁴ CJCE, 16 juin 1983, France c/ Commission, aff. C-325/91.

Sur ce point, il est vrai que le droit de l'Union n'a pas toujours été exempt de reproches. S'agissant des mesures restrictives personnelles contre le terrorisme, bien que l'on approuve la Cour de Justice d'avoir entériné la pratique du Conseil et s'être rendue compétente pour contrôler la légalité des mesures, il n'en demeure pas moins qu'il lui fallut en passer par une interprétation discutable du droit primaire pour justifier la validité des règlements adoptés sur une base qui, formellement, ne l'autorisait pas²⁹³⁵. L'exigence d'une base légale a également été malmenée par les décisions-cadres « contrefaçon de l'euro », « contrefaçon des moyens de paiements », « blanchiment », « aide à l'immigration illégale » et « cybercriminalité »²⁹³⁶ qui, ne relevant pas des infractions visées par les anciennes dispositions du TUE²⁹³⁷, reposent en réalité sur une légalité « consensuelle »²⁹³⁸ et non formelle. L'adoption du traité de Lisbonne devrait réduire ce genre de pratique : l'article 83, §1 TFUE permet d'étendre, par décision du Conseil, la liste des formes de criminalité grave transfrontière pouvant donner lieu à harmonisation²⁹³⁹ ; l'article 83, §2 TFUE autorise l'harmonisation pénale accessoire à toute politique de l'Union ayant déjà fait l'objet d'une harmonisation. Les hypothèses dans lesquelles un acte législatif pénal ne serait pas légalement fondé sont désormais réduites.

748. *Le déficit démocratique de la loi pénale unioniste* - En exigeant que seul le législateur puisse intervenir, la légalité formelle commande une légitimité démocratique de la décision d'incriminer un comportement. Ce n'est ni plus ni moins ce qu'exprime BECCARIA en énonçant que « le pouvoir de déterminer les peines des délits (...) ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »²⁹⁴⁰. Le grief d'un déficit

²⁹³⁵ CJCE, 3 déc. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation, aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P : En effet, avant l'adoption du traité de Lisbonne, les mesures restrictives ne pouvaient viser que des pays tiers, et non des personnes (art. 60 et 301, CE). Les institutions usèrent de l'article 308 CE qui permet d'étendre les compétences des institutions au-delà de ce que les traités autorisent, une disposition concernant le bon fonctionnement du marché intérieur et les objets de la Communauté, alors que les mesures restrictives relevaient de la PESC, donc, antérieurement, de la compétence de l'Union, et non de la Communauté.

²⁹³⁶ Décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro ; décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces ; décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime ; décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, JOUE L 69 du 16 mars 2005.

²⁹³⁷ L'anc. art. 31, §1 e) TUE ne l'autorisait que pour la criminalité organisée, le terrorisme et le trafic de drogue. Il fut néanmoins entendu qu'en raison de la rédaction de l'anc. art. 29 TUE, l'harmonisation des législations pouvait également s'appliquer au racisme et à la xénophobie, à la traite des êtres humains, aux crimes contre les enfants, à la corruption et à la fraude.

²⁹³⁸ GINDRE, E., L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, LGDJ, La Varenne, 2009, p. 244.

²⁹³⁹ Art. 83, §1, der. al. : « En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen ».

²⁹⁴⁰ BECCARIA, C., Des délits et des peines, Le Monde – Flammarion, coll. Les livres qui ont changé le monde, 2010, p. 38. Cette dimension de la légalité n'est pas ignorée au sein de l'Union : « Ce débat soulève une autre question, qui ne concerne pas

démocratique du droit pénal de l'Union a fréquemment été formulé²⁹⁴¹. Toutefois, celui-ci a perdu beaucoup de sa pertinence. En effet, longtemps tenu à l'écart du processus d'adoption des actes de l'ELSJ²⁹⁴², le Parlement européen est désormais co-législateur de la procédure législative ordinaire²⁹⁴³, dont relève, par défaut, le droit de l'Union, y compris pénal²⁹⁴⁴. Compte tenu des rôles toujours importants de la Commission et du Conseil²⁹⁴⁵, la procédure législative ordinaire n'est peut-être pas la plus démocratique qui soit, mais suffisamment pour satisfaire l'essence de la légalité. En effet, outre que l'institution représentative des citoyens ne peut plus être évitée, le contrôle démocratique se trouve renforcé par celui des Parlements nationaux, systématiquement tenus informés des propositions législatives unionistes, qui peuvent contraindre les institutions à réexaminer un projet législatif²⁹⁴⁶. Enfin, gardant à l'esprit que l'origine du monopole législatif en droit pénal est l'idée qu'« un représentant élu devrait être moins enclin à abuser de son pouvoir pénal car il hésitera à compromettre sa réélection par des mesures attentatoires à la liberté de ceux qui l'ont investi »²⁹⁴⁷, il convient de ne pas omettre que les représentants des Etats membres au

tellement les Etats membres, mais plutôt les citoyens : il s'agit de leur droit à ce que les incriminations soient déterminées par les représentants démocratiquement élus, ce qui se traduit en termes juridiques par le principe de légalité pénale, dans sa double dimension matérielle, de prédétermination normative des comportements, et formelle, qui s'exprime à travers une réserve absolue en faveur du titulaire du pouvoir législatif » (Conclusions de l'av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 26 mai 2005 dans l'affaire C-176/03, Parlement c/ Conseil, §77).

²⁹⁴¹ Notamment : SATZGER, H., Le principe de légalité, in GIUDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C. (dir.), « Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne », Société de législations comparées, coll. UMR droit comparé, vol. 28, p. 93 et références en doctrine allemande citées ; TRICOT, J., Etude critique de la contribution de l'Union européenne au renouvellement de la légalité pénale, th. dactyl., Paris I, 2009, p. 400 et s., n°320 et s. ; CESONI, M.-L., Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse, in : DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), L'espace pénal européen, enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p.160 ; GINDRE, E., L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, LGDJ, La Varenne, 2009, p. 280, n°617 et s. ; BERNARDI, A., Le rôle du troisième pilier dans l'europanisation du droit pénal, RSC 4/2007 ; MANACORDA, S., Droit pénal et Union européenne : esquisse d'un système, RSC 2000-1, p. 116 ; BERNARDI, A., Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales, In Mélanges offerts à J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Cujas, 2006, p. 956.

²⁹⁴² Le Parlement n'était que consulté (anc. art. 39 TUE). Bien que la Cour s'assurait que sa consultation soit effective (CJCE, 10 juin 1997, Parlement c/ Conseil, aff. C-391/95), le Conseil pouvait passer outre un avis négatif.

²⁹⁴³ Art. 289, §1 TFUE : « La procédure législative ordinaire consiste en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission ».

²⁹⁴⁴ Ainsi qu'il ressort de la lecture combinée des articles 289, §1 et §2. Dans le champ pénal, la procédure législative ordinaire est applicable au rapprochement des législations prévues par le traité (art. 82, §2 et 83 TFUE), en matière de prévention de la criminalité (art. 84 TFUE), de coopération judiciaire (art. 82, §1 et 85 TFUE) et policière (art. 87 et 88 TFUE). La procédure législative spéciale est réservée aux questions sensibles : l'institution d'un procureur européen (art. 86 TFUE) et la fixation des modalités selon lesquelles des autorités pénales peuvent intervenir sur le territoire d'un autre Etat (art. 89 TFUE).

²⁹⁴⁵ La Commission a le pouvoir d'initiative législative et peut rendre un avis négatif sur les amendements du Parlement, avis qui doit être surmonté par l'unanimité du Conseil. Le Conseil, de son côté, a également un rôle sensiblement plus prépondérant sur le Parlement puisque si celui-ci ne statue pas sur les amendements du Conseil dans le délai imparti, le projet législatif est réputé adopté sans que la réciproque soit vraie. En outre, si le Parlement peut approuver la position du Conseil à la majorité des votes exprimés, il ne peut la rejeter qu'à la majorité des membres qui le composent (art. 294 TFUE).

²⁹⁴⁶ Ils sont destinataires de tout projet d'acte législatif et peuvent adresser un avis motivé relatif au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité (art. 2, 3 et 4 du protocole sur le rôle des parlements nationaux). Si un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux émettent un avis motivé, le projet législatif doit être réexaminé (art. 7 du protocole sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité).

²⁹⁴⁷ BEAUVAIS, P., précité, p. 132-133, n°149.

Conseil, second co-législateur, procèdent plus ou moins directement, selon les systèmes juridiques nationaux, d'un suffrage. En tout état de cause, s'il y a bel et bien un certain déficit démocratique du droit pénal de l'Union, celui-ci tient moins du système institutionnel de l'Union que d'un phénomène global²⁹⁴⁸ et de la reconnaissance de sources non parlementaires du droit pénal²⁹⁴⁹ initiée par la Cour EDH, en particulier le pouvoir créateur du juge pénal.

749. *La légitimité du droit de punir de l'Union en question* - Derrière l'exigence d'une légitimité démocratique du droit pénal, il y a surtout celle de la légitimité démocratique du droit de punir, ainsi que BECCARIA l'indique en évoquant le contrat social. Si la légitimité du droit de punir de l'Etat ne se pose plus en droit interne²⁹⁵⁰, l'entrée de l'Union dans le champ pénal ravive ce questionnement disparu depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle : « qui est légitime pour punir ? »²⁹⁵¹ ou, plus exactement en l'occurrence, « l'Union a-t-elle la légitimité pour punir ? ». La rhétorique du « non » est bien rodée : les traités n'ont jamais conféré que des compétences d'attribution, de sorte qu'en l'absence d'une compétence expresse pour légiférer en droit pénal, les institutions des Communautés et de l'Union n'ont pas le droit de punir²⁹⁵². Pourtant, il a toujours été possible de soutenir le contraire : jusqu'à l'adoption du traité d'Amsterdam, les limites normatives des compétences matérielles d'attribution n'étaient pas très claires : une fois admis que le pouvoir de réglementer s'accompagne nécessairement d'un certain pouvoir de sanction²⁹⁵³, on peut envisager que celui-ci inclut le pouvoir de pénaliser. A s'en tenir aux traités antérieurs à 1997, les Communautés et l'Union n'ont jamais été expressément dépourvues que du pouvoir de punir – c'est-à-dire la compétence et des moyens pour user de la force publique –, pas du droit d'incriminer – c'est-à-dire la compétence pour pénalement interdire²⁹⁵⁴. Avec l'adoption

²⁹⁴⁸ Voir : WEYEMBERGH, A., *L'harmonisation des législations : conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 286 et s. et 294 et s.

²⁹⁴⁹ Une grande majorité de la doctrine pénale défend toujours une légalité formelle traditionnelle, parlementaire, la plus à même de garantir la légitimité démocratique nécessaire pour porter atteinte aux libertés individuelles comme le droit pénal le fait. En ce sens : BEAUVAIS, P., précité, pp. 132-133, n°148-149 et auteurs cités.

²⁹⁵⁰ En ce sens : PONCELA, P., *Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État*, Archives de philosophie du droit, 1981, vol. 28, p. 123.

²⁹⁵¹ *Ibid.*

²⁹⁵² Voir supra, n°12.

²⁹⁵³ CJCE, 27 oct. 1992, RFA c/ Commission, aff. C-240/90, §11 : « le pouvoir d'instituer les sanctions qui sont nécessaires à l'application effective des réglementations existant dans le domaine de la politique agricole commune a été reconnu à diverses reprises par la Cour à la Communauté ».

Dans le même sens, plus général, la Cour a déclaré que « en l'absence d'une disposition expresse dans l'ordre juridique communautaire pour sanctionner sa non-observation par des particuliers, les législations nationales peuvent établir les sanctions que les États membres estiment appropriées » (CJCE, 2 fév. 1977, Amsterdam Bulb, aff. 50/76, §33), ce qui induit un pouvoir général de sanction au profit de la Communauté.

²⁹⁵⁴ Les anc. art. 135 et 280 TCE, respectivement relatifs à la coopération douanière et à la lutte contre la fraude aux intérêts financiers, précisaient que les mesures adoptées : « ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la

du traité d'Amsterdam, en revanche, les compétences pénales de l'Union se sont trouvées autant consacrées que limitées²⁹⁵⁵, mais rien ne fit réellement avancer la question des éventuelles compétences pénales des Communautés²⁹⁵⁶. La question, demeurée longtemps sans réponse²⁹⁵⁷, est désormais obsolète ; la légitimité de l'Union pour légiférer en droit pénal vient des articles 82 à 89 TFUE du traité de Lisbonne²⁹⁵⁸ signé, conformément aux règles constitutionnelles nationales, par les chefs d'Etat ou de gouvernement des Etats membres, représentants directs ou indirects de leurs ressortissants.

750. La certaine indifférence des enceintes européennes pour l'origine parlementaire du droit pénal et l'admission de sources moins démocratiques, tels que le pouvoir réglementaire, la jurisprudence ou le droit international, peuvent être ainsi considérés comme les caractéristiques du modèle européen de la légalité formelle, modèle ramené à sa plus stricte exigence : l'existence d'une origine légale. Cet affaiblissement de la légalité formelle devrait donc, par un effet de « vases communicants », conduire à accorder une plus grande importance à la légalité matérielle. Toutefois, ce n'est pas vraiment le cas.

II- L'affaiblissement relatif de la légalité matérielle

751. *Les exigences de la légalité matérielle : Clarté, précision, prévisibilité, accessibilité* - La légalité matérielle exige une certaine qualité des textes. Le rattachement du principe de légalité

justice dans les États membres ». L'anc. art. 33 TUE réservaient aux Etats membres le monopole du « maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure », ce qui vise indiscutablement le pouvoir de punir mais avec beaucoup moins d'évidence le droit de punir.

Du côté des attributions positives, en revanche, l'article 308 TCE, relatif aux compétences implicites, aurait parfaitement pu fonder une compétence pénale accessoire aux compétences des Communautés « Si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, prend les dispositions appropriées ».

²⁹⁵⁵ Par exemple, l'anc. art. 31, §1, e) limitait le rapprochement des incriminations à certaines infractions ; Voir anc. art. 29 à 34 TUE, annexe I. Encore qu'il convient de relever que l'emploi du terme « entre autre » à plusieurs reprises ouvrirait substantiellement le champ d'action de l'Union.

²⁹⁵⁶ L'anc. art. 29 (ex-article K.1) TUE, relatif aux compétences de l'Union dans le domaine de la coopération judiciaire et policière en matière pénale précisait bien « Sans préjudice des compétences de la Communauté européenne, ... ».

²⁹⁵⁷ En 1999, un avocat général concluait encore que « la Cour n'a jamais considéré qu'il était nécessaire de définir de manière spécifique la nature du pouvoir de sanction de la Communauté européenne et a évité de rentrer dans la distinction de fond entre sanctions administratives et pénales » - Conclusions de l'av. gén. SAGGIO présentées le 16 juin 1999 dans l'aff. C-356/97, Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen, §49.

²⁹⁵⁸ Mais avant cela de l'arrêt CJCE, 13 sept. 2005, Commission c/ Conseil, aff. C-176/03, confirmé par CJCE, 23 oct. 2007, Commission c/ Conseil, aff. C-440/05.

au principe général de sécurité juridique²⁹⁵⁹, reposant sur l'idée « de certitude du droit »²⁹⁶⁰, dessine le contenu de la légalité matérielle : clarté, précision²⁹⁶¹, prévisibilité et accessibilité²⁹⁶², qui globalement se rejoignent²⁹⁶³, afin que « le justiciable [puisse] savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »²⁹⁶⁴. Si, de manière générale, le principe de sécurité juridique commande une formulation claire et non équivoque des règles de droit, cette exigence est d'autant plus forte, d'autant plus rigoureuse, en présence de réglementations imposant des charges aux particuliers²⁹⁶⁵, ce que fait, à n'en pas douter, le droit pénal.

752. Clarté, précision et harmonisation des législations - Pour de nombreux auteurs, toutefois, la méthode normative qu'est l'harmonisation ne satisfait qu'assez rarement la légalité matérielle, par manque fréquent de clarté et de précision²⁹⁶⁶. La critique n'est pas parfaitement

²⁹⁵⁹ CJCE, 12 déc. 1996, Procédures pénales c/ X., aff. C-74/95 et C-129/95, §25.

²⁹⁶⁰ BARAV, C., PHILIP, C., dictionnaire juridique des Communautés Européennes, PUF, 1993, p. 861.

²⁹⁶¹ En droit de l'Union : CJCE, Könecke, précité, §11 ; 18 nov 1987 Maizena, aff. C-137/85, §15 ; 11 juill. 2002, Käserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00, §52 ; 26 oct. 2006, Koninklijke c/ Commission, aff. C-284/04, §80 ; 22 mai 2008, Evonik Degussa c/ Commission, aff. C-266/06P, §§45, 55 ; 18 juill. 2013, Schindler Holding c/ Commission, aff. C-501/11P, §58 ; 22 oct. 2015, AC-Treuhand c/ Commission, aff. C-194/14P, §§40-41 ; 16 fév. 2017, Hansen e. a. c/ Commission aff. C-90/15P, §§77-79.

En droit de la conv. EDH : CEDH, Kokkinakis c/ Grèce précité, §40 ; 22 juin 2000, Coëme c/ Belgique, req. n°32492/96, §145.

²⁹⁶² En droit de l'Union, voir, par exemple, CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri et autres c/ Commission, précité, §219 ; Evonik Degussa c/ Commission précité, §§30-40 ; Schindler Holding c/ Commission, précité, §57 ; AC-Treuhand c/ Commission, précité, Hansen e. a. c/ Commission, précité, §81.

En droit de la conv. EDH : CEDH, 15 nov. 1996, Cantoni c/ France, req. n°17862/91, §§29, 35 ; 22 nov. 1995, S. W. et C. R. c/ R.-U., req. n°20166/92, §§35-36 ; Coëme c/ Belgique, précité.

²⁹⁶³ L'exigence de prévisibilité impliquerait que l'étendue et les modalités d'exercice de ce pouvoir soient définies avec précision, eu égard au but légitime en jeu, pour fournir à l'individu une protection adéquate contre l'arbitraire (CEDH, 24 avril 1990, Kruslin c/ France req. n°11801/85, §§27, 29 et 30 ; Margareta et Andersson c/ Suède, précité, §75 : Dans le même sens : CJCE, , Evonik Degussa c/ Commission, précité, §45 ; 15 nov. 1996, Cantoni c/ France, req. n°17862/91, §35).

« dans son appréciation de la clarté de cette réglementation, le Tribunal a également pris en considération à juste titre le fait que l'exercice de ce pouvoir est contrôlé par le juge communautaire, lequel a permis, par une jurisprudence constante et publiée (ndla : soit prévisible et accessible), de préciser les critères et la méthode de calcul que la Commission doit appliquer dans le cadre de la fixation des amendes » (CJCE, Evonik Degussa c/ Commission, précité, §57).

²⁹⁶⁴ Notamment : TPICE 5 avril 2006, Degussa c/ Commission, aff. T.279/02, §70 (concurrence) ; CJCE, 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, aff. C-303/05, §50 (DPUE) ; 22 mai 2008, Evonik Degussa c/ Commission, aff. C-266/06 P, §§39-40 (concurrence) ; 3 juin 2008, Intertanko, aff. C-308/06, §71 (transport) ; 22 oct. 2015, AC-Treuhand c/ Commission, aff. C-194/14 P, §40.

En droit de la CEDH : CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce, req. n°14307/88, §52.

²⁹⁶⁵ CJCE, 9 juill. 1981, Administration des douanes c/ Gondrand Frères et Garancini aff. 169/80 ; 22 fév. 1989, Commission c/ France et R ;-U., aff. 92 et 93/87.

²⁹⁶⁶ Voir : GINDRE, E., précitée, pp. 283 et s. ; CESONI, M.-L., Droit pénal européen : une harmonisation périlleuse, in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), L'espace pénal européen, enjeux et perspectives, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 161 ; DE BIOLLEY, S., Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen, in : DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), précité, p. 189 ; WEYEMBERGH, A., L'harmonisation des législations : conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004, p. 264 ; CONTE, P., Construction européenne et droit pénal, in : HEUZE, V., et HUET, J., (dir.), Construction européenne et Etat de droit, Academie des sciences morales et politiques, centre de recherche en théorie générale du droit, Ed. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2012, p. 144 ; EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE, Manifeste pour une politique criminelle européenne, 2009, n°4, a) - https://sites.google.com/site/eucrimpol/manifest/francais#_ftnref1 ; MANACORDA, S., Droit pénal et Union européenne : esquisse d'un système, RSC 2000-1, p. 116.

dépourvue de fondements mais la conclusion d'une atteinte à la légalité omet certains points. Tout d'abord, l'harmonisation est une méthode normative connaissant plusieurs déclinaisons, dont certaines sont intrinsèquement conformes aux exigences de la légalité matérielle, telles l'harmonisation totale, maximale, complète et/ou détaillée dont on trouve ponctuellement des illustrations en droit pénal²⁹⁶⁷. Ce n'est donc pas le principe même de l'harmonisation mais ses modalités qui peuvent être sources d'insuffisances au regard de la légalité. Ensuite, l'harmonisation pénale concernant principalement des incriminations préexistantes en droit interne, celles-ci ont déjà « passé le filtre qualitatif du principe de la légalité pénale » en droit interne²⁹⁶⁸. Au-delà, bien que certaines dispositions manquent effectivement de clarté - tels le standard de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive », qui est des plus imprécis²⁹⁶⁹ et le système du « seuil minimal de la peine maximale », de prime lecture, aussi abscond qu'imprécis²⁹⁷⁰ - et de précision - telle l'absence de définition des modes de participation que sont l'incitation, l'instigation, la tentative et la complicité pourtant systématiquement incriminées, ou encore les options d'incrimination laissées aux Etats membres²⁹⁷¹ - la qualité des incriminations s'est nettement améliorée ces quinze dernières années. On trouvera difficilement à redire des incriminations des dernières directives adoptées²⁹⁷². Enfin, la Cour EDH reconnaît qu'il est inévitable, pour éviter une rigidité excessive et contreproductive, de recourir à des formulations « plus ou moins floues »²⁹⁷³. D'ailleurs, la Cour de Justice n'a jamais sanctionné la validité d'une disposition pénale pour défaut de précision des incriminations ou sanctions qu'elle comporte²⁹⁷⁴.

753. Prévisibilité – La légalité matérielle exige également que la loi pénale soit prévisible, c'est-à-dire que tout à chacun puisse anticiper les conséquences juridiques de ses actes à partir des normes existantes²⁹⁷⁵. Celle-ci est assurée par les exigences qualitatives du droit pénal²⁹⁷⁶, mais

²⁹⁶⁷ Voir supra n°158 et s.

²⁹⁶⁸ BEAUVAIS, P., précité, n°693.

²⁹⁶⁹ Voir supra n°369 et s. – Egalement en ce sens : GINDRE, E., précité, n°627.

²⁹⁷⁰ Egalement en ce sens : GINDRE, E., précité, n°627.

²⁹⁷¹ V. par exemple la triple option de définition du but terroriste (art. 1, §1 de la décision-cadre « infractions terroristes » et 3, §2 de la directive « infractions terroristes ») ou l'option d'incrimination de l'art. 2 de la décision-cadre « criminalité organisée » ne permettent pas aux citoyens européens de savoir précisément quel comportement leur est interdit en droit interne. Voir infra, n°507 et s. et n°512.

²⁹⁷² Voir la présentation des directives « infractions terroristes », « traite des êtres humains » et « exploitation sexuelle des enfants », ou encore « cybercriminalité » - respectivement n°507 et s., 515 et s., 529 et s.

²⁹⁷³ CEDH, Kokkinakis, précité, §40.

²⁹⁷⁴ GINDRE, E., précité, n°628.

²⁹⁷⁵ BEAUVAIS, P., p. 235, n°285 – en réalité, l'exigence de prévisibilité est double : à l'aspect synchronique – ou statique – qui vient d'être exposé, s'ajoute la dimension diachronique de la prévisibilité qui consiste, de manière dynamique, à pouvoir tableter sur une certaine stabilité du droit dans le temps ou sinon à pouvoir anticiper ses éventuelles évolutions. Ce second aspect concerne le principe de légalité en ce qu'il interdit l'application rétroactive des normes mais sera traité dans quelques pages ; il

« dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires »²⁹⁷⁷. La prévisibilité n'est donc pas appréciée objectivement mais en fonction des destinataires de la norme²⁹⁷⁸. Il ne s'agit toutefois pas d'un affaiblissement significatif de la légalité pénale ; sa finalité première n'est pas de contraindre le législateur pour le principe, mais de protéger le citoyen. Adapter la précision ou la clarté d'un texte en fonction d'un destinataire n'apparaît pas le mettre particulièrement en danger. En revanche, l'affaiblissement de la légalité formelle, qui admet le pouvoir créateur du juge, entraîne dans son sillage l'affaiblissement de la prévisibilité. On évoquera, à titre d'illustration, les affaires qui opposèrent le Parlement et le Conseil en 2005 et 2007 et où la Cour de Justice octroya une nouvelle base légale - qui plus est alors uniquement prétorienne - pour l'harmonisation des infractions²⁹⁷⁹.

754. Accessibilité - La légalité matérielle suppose, enfin, que la loi pénale soit accessible²⁹⁸⁰, c'est-à-dire que le citoyen puisse disposer « de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné »²⁹⁸¹. A cet égard, il a été reproché les renvois opérés par le législateur unioniste à des règlements que les législateurs nationaux doivent, *a priori*, reprendre à leur compte en raison de l'interdiction de transposer un règlement unioniste²⁹⁸². Il est sans doute excessif de considérer que ce procédé rend pratiquement impossible d'appréhender les comportements interdits, en contradiction avec le principe de légalité²⁹⁸³. D'une part, si le législateur de l'Union limite ou renonce aux renvois, le droit pénal de l'Union européenne risque très sérieusement de perdre en clarté. La directive « protection de l'environnement par le droit pénal », par exemple, renvoie à différents

commande également d'éviter des transformations trop fréquentes et/ou trop rapides du droit (KOLB, R., *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruylant, 2003, p. 285) ce qui ne concerne qu'assez peu le droit pénal de l'Union européenne.

²⁹⁷⁶ CJCE, 13 mars 1990, Commission c/ France, aff. C-30/89, §23 : « le caractère de certitude et de prévisibilité constitue, d'après la jurisprudence constante de la Cour, un impératif qui s'impose avec une rigueur particulière ».

²⁹⁷⁷ CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e. a. c/ Commission, §222.

²⁹⁷⁸ BEAUVAIS, P., p. 226, n°276.

²⁹⁷⁹ CJCE, 23 oct. 2007, Commission c/ Conseil, aff. C-440/05 ; 13 sept. 2005, Commission c/ Conseil, aff. C-176/03.

²⁹⁸⁰ En droit de la conv. EDH : CEDH, Kokkinakis c/ Grèce, précité, §40, 41 et 52 ; 22 nov. 1995, S. W. et C. R. c/ R.-U., req. n°20166/92, §35 ; 15 nov. 1996, Cantoni c/ France §29 ; Coëme c. Belgique précité, §145.

En droit de l'Union : CJCE, Dansk Rørindustri e.a./Commission, précité, §216.

²⁹⁸¹ CEDH, 26 avril 1979, Sunday Times, req. n°10890/84, §49.

²⁹⁸² Le code pénal français, par exemple, procède à quelques renvois à des règlements unionistes. V. art. 113-6, 223-8 c. pén.

²⁹⁸³ En ce sens : SATZGER, H., Le principe de légalité, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C. Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 92 ; TRICOT, J., précité, p. 446, n°366 ; : TRICOT, J., Discussion : l'harmonisation pénale accessoire, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des Législations comparées, 2012, p. 191 -195.

règlements ; s'ils devaient être supprimés, les incriminations concernées seraient pratiquement illisibles²⁹⁸⁴. D'autre part, considérant que les renvois de droit pénal interne à droit interne ne sont pas rares, cela n'a pas pour autant conduit les autorités nationales compétentes ou la Cour EDH à sanctionner la méthode législative. Pour faire ce grief au droit de l'Union, encore faudrait-il justifier qu'un renvoi du droit interne au droit unioniste est réellement plus contraignant qu'un renvoi entre dispositions nationales. Or, l'accessibilité, garantie par la seule publication officielle, de la loi comme de la jurisprudence²⁹⁸⁵, apparaît bien assurée puisque l'ensemble des traités institutifs, modificatifs et d'adhésion, la législation de l'Union, les actes préparatoires, les actes hors nomenclatures, la jurisprudence de l'Union, etc... ont été mis en ligne à disposition du public qui peut, à partir d'un acte juridique particulier, suivre les liens hypertextes redirigeant vers les actes modificatifs, les autres actes cités, les jurisprudences importantes liées, le droit primaire de référence, ou encore le résumé de la procédure législative telle qu'elle s'est déroulée, le tout, évidemment, dans toutes les langues de l'Union²⁹⁸⁶. Très récemment, un onglet répertoriant les mesures nationales de transposition d'un acte et redirigeant vers lesdites mesures a même été ajouté. Sous cet aspect de l'accessibilité, le droit de l'Union ne semble pas devoir rougir. Bien au contraire²⁹⁸⁷. Il est vrai cependant que la transposition conduit à ne plus connaître l'origine unioniste d'une norme. L'outil de transposition doit théoriquement en faire nécessairement

²⁹⁸⁴ La directive incrimine, par exemple, « le transfert de déchets, lorsqu'il relève de l'article 2, §35, du règlement (CE) n°1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur le transfert de déchets, et qu'il est réalisé en quantité non négligeable, qu'il ait lieu en un seul transfert ou en plusieurs transferts qui apparaissent liés ». En supprimant le renvoi, l'incrimination viserait alors : « le transfert de déchets, lorsqu'il est :

- a) effectué sans notification à l'ensemble des autorités compétentes concernées en application du présent règlement ;
- b) effectué sans le consentement des autorités compétentes concernées en application du présent règlement ;
- c) effectué alors que le consentement des autorités compétentes concernées a été obtenu par le recours à la falsification, à une présentation erronée des faits ou à la fraude ;
- d) effectué d'une manière qui n'est pas matériellement indiquée dans la notification ou les documents de mouvement ;
- e) effectué d'une manière ayant pour résultat la valorisation ou l'élimination en violation de la réglementation communautaire ou internationale ;
- f) effectué en violation des articles 34, 36, 39, 40, 41 et 43 ;
- g) au sujet duquel, pour ce qui est des transferts de déchets visés à l'article 3, §2 et 4 :
 - i) il a été découvert que les déchets ne figurent pas aux annexes III, III A ou III B ;
 - ii) les dispositions de l'article 3, §4, n'ont pas été respectées ;
- iii) le transfert est effectué selon des modalités qui ne sont pas spécifiées concrètement dans le document figurant à l'annexe VII ... ».

²⁹⁸⁵ CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*, req. n°11801/85, §30 ; 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, précité, §40.

²⁹⁸⁶ Le site Eur-Lex, en particulier, dispose de ces fonctionnalités éminemment pratiques. Pour une illustration de toutes ces fonctionnalités, voire en particulier, par exemple, le règlement 2580/2001 relatif aux mesures restrictives anti-terrorisme contre Al Qaïda et autres.

²⁹⁸⁷ A notre sens, il est souhaitable que les autorités nationales intègrent, au droit interne consultable en ligne, les liens hypertextes permettant d'accéder aux actes juridiques de l'Union cités.

mention²⁹⁸⁸ mais pas, par souci légitime d'économie législative, chacune des règles elles-mêmes, potentiellement disséminées ensuite dans un, voire plusieurs, code(s)²⁹⁸⁹. L'article 442-1 du code pénal français, relatif à la contrefaçon de la monnaie, par exemple, est issu de la loi 2004-204 du 9 mars de 2004 ayant notamment procédé à la transposition de la décision-cadre « contrefaçon de l'euro » ; la consultation du seul article ne permet pas de connaître cette origine. Il serait souhaitable que, dans ces hypothèses, l'acte unioniste à la source de la disposition soit mentionné, de la même manière que l'est le droit interne pertinent²⁹⁹⁰.

755. En somme, les griefs adressés au droit de l'Union concernant l'affaiblissement de la légalité ne sont pas totalement dépourvus de bien-fondés, mais cet affaiblissement n'a rien de spécifique à l'enceinte unioniste. La légalité pénale unioniste étant malgré tout conforme à la jurisprudence de la Cour EDH, garante en dernier recours du respect des libertés individuelles, il est peu fair-play d'attendre de l'Union qu'elle soit plus « royaliste que le roi ». Mais surtout, le fondement du principe de légalité étant la volonté de protéger le justiciable, c'est à la lumière de cette finalité qu'il convient d'apprécier cet affaiblissement. Or, du point de vue du citoyen européen, la légalité dans le système pénal de l'Union est loin d'être affaiblie. Elle serait plutôt renforcée.

B- LE RENFORCEMENT DES GARANTIES DE LA LEGALITE PAR LE SYSTEME PENAL DE L'UNION

756. *Le modèle juridique de l'Union, clé de compréhension du respect de la légalité formelle en droit de l'Union* – On ne le soulignera probablement jamais assez : le système

²⁹⁸⁸ CJCE, 10 oct. 1973, Variola, aff C-34/73, §11 : la Cour interdit que l'origine unioniste d'une norme soit dissimulée afin de ne pas compromettre sa justiciabilité devant la Cour, seule compétente pour en interpréter le sens et la portée ou en apprécier la validité.

²⁹⁸⁹ TRICOT, J., précité, p. 451, n°371.

²⁹⁹⁰ Sur Légifrance, l'article 442-1 c. pén. apparaît comme suit :

Article 442-1 (Modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 6 JORF 10 mars 2004).

La contrefaçon ou la falsification des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France (...) sont applicables aux infractions prévues par le présent article.

Liens relatifs à cet article :

Cite: Code pénal - art. 132-23 (V).

Cité par: Loi n°1918-03-18 du 18 mars 1918 - art. 4 ; Décision n°2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010, v. init. Code de la défense - art. L2121-3 (V) Code de procédure pénale - art. 704 (VI) Code de procédure pénale - art. 706-55 (V) ; Code de procédure pénale - art. 706-73 (V) ; Code des instruments monétaires et des médailles - art. 37 (Ab).

Code général des impôts, CGI. - art. 1649 quater-0 B bis (V) ; Code monétaire et financier - art. L162-1 (V) ; Code pénal - art. 113-10, 131-30-2, art. 442-11, art. 442-15 (V), 442-16 (V), art. 442-2 (V), art. 442-6 (V), art. 442-7 (V).

Codifié par: Loi 92-686, 1992-07-22.

juridique de l'Union est à « double détente »²⁹⁹¹, fondée sur une collaboration entre l'Union et les Etats membres. Compte tenu de l'obligation de coopération loyale qui existe entre l'Union et ses Etats membres, ces 29 personnalités juridiques sont aussi bien tenues individuellement que solidairement de respecter la légalité pénale. Ainsi, considéré dans son ensemble, le système pénal de l'Union offre finalement de meilleures garanties que les droits pénaux nationaux pris individuellement, tant au regard de la légalité formelle (I) que matérielle (II).

I- Le dédoublement de la légalité formelle : le renforcement de l'encadrement du droit de punir

757. *Le dédoublement des garants de la légalité* – Selon le Professeur BEAUVAIS, « l'une des difficultés soulevées par l'affirmation du principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne est son adaptation au partage des compétences répressives entre les institutions communes et les Etats membres »²⁹⁹². En réalité, la principale difficulté était certainement d'identifier cette problématique. Une fois formulée, la question d'un partage ou d'un cumul de la responsabilité de garantir le respect de la légalité entre l'Union et les Etats membres trouve ses réponses. En effet, le respect de la légalité s'impose aussi bien aux institutions de l'Union qu'aux Etats membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union²⁹⁹³. La responsabilité d'en garantir le respect est donc cumulative. En d'autres termes, l'harmonisation pénale par voie d'outils non directement applicables établit un système de « sources mixtes »²⁹⁹⁴ dédoublant le support formel, ce qui contribue à renforcer la légalité pénale pour le citoyen²⁹⁹⁵ en dédoublant, en conséquence, les garanties de la légalité formelle : dédoublement l'approbation démocratique par les interventions successives du Parlement européen lors de la procédure législative unioniste et par les parlements nationaux, dédoublement de base légale valide, dédoublement des contrôles juridictionnels. La plus-value n'a rien de théorique.

²⁹⁹¹ ISAAC, G. et BLANQUET, Droit général de l'Union européenne, Sirey, coll. Université, 10^{ème} édition, 2012, pp. 206.

²⁹⁹² BEAUVAIS, P., précité, p. 279, n°347.

²⁹⁹³ Art. 51 de la Charte des droits fondamentaux. On ajoutera que les obligations des Etats membres envers l'Union ne les délient pas de respecter, lorsqu'ils s'exécutent, de respecter la Convention.

²⁹⁹⁴ BEAUVAIS, P., précité, n°347.

²⁹⁹⁵ GINDRE, E., précité, n°629 ; TRICOT, J., précité, p. 188, n°155.

758. *Dédoubllement de l'approbation démocratique* – L'exigence de transposition en droit interne ne suppose pas nécessairement l'intervention du législateur national²⁹⁹⁶, sauf en droit pénal, précisément en raison du principe de légalité. En vertu des traités, les Etats membres sont destinataires des directives qui leur imposent une obligation de résultat en les laissant libre des moyens pour y parvenir²⁹⁹⁷ ; « le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres implique la libre détermination de la procédure de transposition au sein de chaque système national »²⁹⁹⁸, selon leurs règles de droit interne, notamment constitutionnelles²⁹⁹⁹. Le seul droit institutionnel n'impose pas l'intervention du législateur national, en revanche, le principe de sécurité juridique et son application particulière qu'est le principe de légalité, oui. « Il importe que chaque Etat membre donne aux directives une exécution qui corresponde pleinement aux exigences de clarté et de certitude des situations juridiques voulues par les directives (...). De simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable de l'obligation qui incombe »³⁰⁰⁰. Plus explicite, la jurisprudence « Pretore » vise « les principes généraux de droit qui font partie du droit communautaire, et notamment dans ceux de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité » pour dire pour droit « qu'une directive ne peut pas avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne prise par un Etat membre pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions »³⁰⁰¹. La coexistence des principes étatique et européen de la légalité renforce ainsi l'approbation démocratique nécessaire à la légitimité des euros-infractions indirectes.

759. *Dédoubllement du contrôle de la base légale* – Le doublement du principe de légalité implique une double base légale pour fonder une condamnation : formellement, celle-ci sera

²⁹⁹⁶ CJCE, 23 mai 1985, Commission c/ RFA, aff. 29/84, somm. §1 ; 9 avril 1987, Commission c/ Italie, aff. 363/85, §7 : « la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale expresse et spécifique et peut, en fonction de son contenu, se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise, afin que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales » ; 30 mai 1991, Commission c/ Allemagne, aff. 361/88 et 49/89, §15.

²⁹⁹⁷ Art. 249, al. 3 TFUE.

²⁹⁹⁸ PORTA, J., La réalisation du droit communautaire, LGDJ – La Varenne, 2008, t. 1, p. 126, n°164.

²⁹⁹⁹ TRICOT, J., précitée, p. 175, n°143. Egalement : CJCE, 15 déc. 1971, International Fruit Company e.a., aff. 51 à 54/71, §4.

³⁰⁰⁰ CJCE, 6 mai 1980, Commission c/ Belgique, aff. 102/79, somm. §1.

³⁰⁰¹ CJCE, 11 juin 1987, « Pretore » de Salo c/ X, aff. 14/86 ; 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86, §13 ; 7 janv. 2004, X, aff. C-60/02, §61 ; 3 mai 2005, Berlusconi e. a., aff. C-387/02, C-391/02 et C-403/02, §74.

fondée sur le droit interne, faute d'applicabilité directe des directives pour fonder une condamnation ; substantiellement, celle-ci est fondée sur le droit de l'Union. Si le législateur national ne pourra pas toujours « rattraper » les vices de l'acte unioniste, la coexistence des principes étatique et européen de légalité permet indiscutablement d'écarter l'application directe d'une norme pénale de l'Union qui ne serait pas légalement fondée. La Cour constitutionnelle allemande a ouvert la voie avec la jurisprudence Solange I, que la Cour de Justice a, pour ainsi dire, approuvé en usant d'un raisonnement assez proche dans l'affaire « Kadi I » : la primauté d'une norme cède devant le respect des droits fondamentaux³⁰⁰². Ce faisant, une directive pénale qui serait formellement illégale en droit de l'Union ne devrait pas pouvoir être imposée aux citoyens de l'Union. S'il est possible d'aboutir au même résultat en s'appuyant sur le droit institutionnel, l'existence d'un principe européen de légalité n'est pas superflète dans la mesure où il pose une exigence stricte et transversale de base juridique qui trouve toute son utilité lorsque les dispositions des traités sont imprécises³⁰⁰³. Rétrospectivement, la légalité des premiers règlements imposant des mesures restrictives anti-terrorisme est définitivement non conforme au principe de légalité formelle : la base juridique qu'est l'ancien article 308 TCE qui autorise la Communauté à aller au-delà des compétences attribuées par les traités lorsque cela est nécessaire pour garantir l'effectivité et l'efficacité de ses compétences explicites, n'est certainement pas une base claire et non ambiguë pouvant fonder une sanction de nature pénale.

³⁰⁰² Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitutionnel fédéral), 29 mai 1974, Internationale Handelsgesellschaft, BvL 57/71, BVerfGE 37, 271 dit « Solange I » : selon laquelle « la primauté [du droit communautaire] était conditionnée par l'article de la loi fondamentale prévoyant la participation de l'Allemagne à la construction européenne, et que cet article n'autorisait pas les Communautés européennes à porter atteinte aux bases constitutionnelles de la République fédérale d'Allemagne, et notamment à la garantie des droits fondamentaux.(...) Aussi longtemps que (*solange*) cette condition ne serait pas remplie, des recours contre une disposition de droit communautaire en invoquant la violation d'un droit fondamental reconnu par la Constitution allemande resteraient recevables. (Rapport d'information n°119 (2009-2010) de M. Hubert HAENEL, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 26 novembre 2009, sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Cour de Karlsruhe) au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne - <https://www.senat.fr/rap/r09-119/r09-1192.html>).

CJCE, « Kadi I » précité, §§305-307 : « Une immunité juridictionnelle du règlement litigieux quant au contrôle de la compatibilité de celui-ci avec les droits fondamentaux qui trouverait sa source dans une prétendue primauté absolue des résolutions du Conseil de sécurité (...) ne s'étendrait pas au droit primaire et, en particulier, aux principes généraux dont font partie les droits fondamentaux ».

³⁰⁰³ BEAUVAIS, P., précité, p. 285, n°356.

II- Le dédoublement de la légalité matérielle : le renforcement du pouvoir de punir

760. *L'harmonisation par directive ou décision-cadre et la légalité matérielle* - Les euros-infractions étant majoritairement régis à la fois par le droit de l'Union, à la fois par le droit pénal interne, l'absence d'effet direct des directives et décisions-cadres fait porter la responsabilité du respect de la légalité sur les épaules des seuls Etats membres³⁰⁰⁴. Quel que soit l'actuel bien-fondé des griefs adressé à l'harmonisation des infractions, la conclusion d'une atteinte à la légalité pénale omet l'impératif de transposition des directives et des décisions-cadres, mais surtout les conditions de l'effet direct des directives. En effet, d'une part, en parfaite adéquation avec le principe de légalité, le droit institutionnel de l'Union a choisi la directive comme outil de rapprochement des législations, un outil devant impérativement être transposé ; or, sauf conformité du droit national, « si des dispositions d'une directive ne sont pas suffisamment précises pour satisfaire aux exigences de légalité, il appartient au législateur national d'y remédier lors de la transposition »³⁰⁰⁵, d'une manière « qui corresponde pleinement aux exigences de clarté et de certitude des situations juridiques voulues »³⁰⁰⁶. D'autre part, l'une des conditions de l'effet direct des directives – dont l'Etat, du reste, ne peut se prévaloir au détriment des particuliers- est précisément un triptyque très proche de la légalité matérielle : « clarté, précision, inconditionnalité »³⁰⁰⁷. L'harmonisation n'est sans doute pas la méthode permettant de respecter scrupuleusement les exigences de la légalité matérielle, toujours est-il qu'étant à « double détente »³⁰⁰⁸ - l'une unioniste, l'autre nationale – le citoyen européen ne peut être condamné que sur le fondement d'un texte clair et précis³⁰⁰⁹.

761. *Contrôle juridictionnel unioniste* - Il a été soulevé non sans raison que le risque du manque de précision de l'harmonisation est que la transposition en droit interne la reproduise³⁰¹⁰.

³⁰⁰⁴ HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., Droit pénal international, PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd. 2005, P. 93, n°58 ; La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire, in Mélanges André Vitu, Cujas 1989, pp. 25-49 ; Pour de plus amples développements sur la question : BEAUVAIS, P., précité, p.279-284, n°347-354.

³⁰⁰⁵ Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 20 nov. 2007 dans l'aff. C-308/06, Intertanko, §144.

³⁰⁰⁶ CJCE, 6 mai 1980, Commission c/ Belgique, aff. 102/79, §11 - Voir également : CJCE, 9 juill. 1981, Administration des douanes c/ Gondrand Frères et Garancini, aff. 169/80, §17.

³⁰⁰⁷ Voir supra, n°150 et s., 174 et s.

³⁰⁰⁸ ISAAC, G. et BLANQUET, Droit général de l'Union européenne, Sirey, coll. Université, 2012, 10^{ème} édition, p. 206.

³⁰⁰⁹ En ce sens également : CJCE, 3 juin 2008, The Queen c/ Secretary of State for transport, aff. C-308/06, §78 : « Enfin, conformément à l'article 249 TCE, la directive 2005/35 doit être transposée par les Etats membres dans leurs ordres juridiques respectifs. Ainsi, la définition même des infractions visées à l'article 4 de cette directive et les sanctions applicables sont celles qui résultent des règles édictées par les Etats membres ».

³⁰¹⁰ TRICOT, J., précité, p. 447-448, n°366 ; GINDRE, précité, p. 285 et s.

Quid le cas échéant ? En premier lieu, le renvoi préjudiciel est donc tout indiqué. La Cour de Justice est en effet la seule juridiction compétente pour interpréter et apprécier la validité du droit de l'Union. Ainsi, dans l'affaire *The Queen c/ Secretary of State for transport*, la Cour étant saisie d'une demande d'interprétation, la directive « pollution par les navires »³⁰¹¹ visant la négligence grave sans la définir. Au lieu de renvoyer le législateur unioniste à sa responsabilité – puisque celui-ci est tenu de respecter le principe de légalité lorsqu'il harmonise les infractions³⁰¹² - elle donna une définition de la négligence³⁰¹³. Ce rôle palliatif du juge peut être dérangent au regard de la conception française de la légalité formelle, c'est en revanche en parfaite adéquation avec la conception européenne qui inclut la jurisprudence comme source légale de la loi pénale³⁰¹⁴.

762. *Contrôle juridictionnel national* - En dernier recours³⁰¹⁵, si un juge national estime contraire à la légalité pénale de fonder une condamnation sur la base directe ou indirecte d'un acte de l'Union, le recours à la jurisprudence Solange reste possible. En effet, la Cour de Justice a clairement énoncé que « le principe de légalité s'oppose à ce que des poursuites pénales puissent être engagées du fait d'un comportement dont le caractère répréhensible ne résulte pas clairement de la loi »³⁰¹⁶. Or, le juge pénal français, par exemple, est aussi bien tenu de faire respecter la légalité criminelle de l'article 111-3 du code pénal, que celle de l'article 8 de la DDHC, que celle de l'article 7, §1 de la convention EDH, que celle de l'article 49, §3 de la Charte des droits fondamentaux. Considérant que le principe européen de légalité prime une directive³⁰¹⁷ et qu'aucun lien de subordination ne soumet le juge national aux juridictions de l'Union, le recours à la jurisprudence « Solange I » apparaît juridiquement défendable, voire recommandée. Les institutions de l'Union seraient malvenues de s'en offenser car c'est précisément une combinaison de la primauté du droit de l'Union et de la légalité criminelle qui justifie l'obligation du juge national de laisser inappliqué le droit interne contraire au droit de l'Union. La primauté de la légalité criminelle européenne dicte donc de laisser inappliquée, si besoin, une norme unioniste qui enfreindrait ce principe.

³⁰¹¹ Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions, notamment pénales, en cas d'infractions de pollution – JOUE L 255 du 30 sept. 2005.

³⁰¹² CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-303/06, §§45-47.

³⁰¹³ CJCE, 3 juin 2008, *The Queen c/ Secretary of State for transport (Intertanko)*, aff. C-308/06.

³⁰¹⁴ Voir supra, n°746.

³⁰¹⁵ Etant entendu qu'outre le renvoi préjudiciel, l'insuffisante clarté et/ou précision d'une norme peut toujours être l'objet d'une QPC. La QPC pouvant, d'ailleurs, donner lieu à renvoi préjudiciel (Cons. Const., 4 avril 2013, décision n°2013-314 P QPC, Jeremy Forrest).

³⁰¹⁶ CJCE, 12 déc. 1996, *Procédures pénales c/ X.*, aff. C-74/95 et C-129/95, §25.

³⁰¹⁷ Art. 51 de la Charte : celle-ci s'applique aux institutions de l'Union.

763. Conclusion du paragraphe – Le système de légalité pénale, en droit de l'Union, est à l'image du système juridique de l'Union dans son ensemble : un système à « double détente » dont l'effectivité réside dans la nécessaire association de l'échelon unioniste et de l'échelon national. A ne prendre en compte que la seule production normative unioniste, les garanties du principe européen de légalité se sont amoindries. « La Cour de Justice s'est appropriée la conception de la légalité pénale de la Cour EDH, centrée sur la prévisibilité du droit pénal et le rôle du juge pour garantir celle-ci »³⁰¹⁸. En réalité, le principe de légalité pénale est sans aucun doute une des « clés de voute » du système pénal de l'Union³⁰¹⁹ : ce principe étant dédoublé en ce qu'il s'impose à l'Union comme aux Etats membres, indépendamment l'une des autres, les mêmes exigences, il se fait le liant entre le droit pénal de l'Union tel qu'issu du processus législatif et le droit pénal de l'Union tel qu'il sera effectivement appliqué aux citoyens de l'Union, entre le législateur de l'Union et le juge national. Evidemment, des insuffisances peuvent être relevées. L'affaiblissement de la légalité formelle n'a cependant rien de propre au système pénal de l'Union européenne. Il s'agit plutôt d'une tendance générale qui doit conduire à s'interroger sur l'évolution de la conception de la légitimité démocratique privilégiant des instances considérées comme plus efficaces, constantes, cohérentes et loyales que les instances parlementaires, sur le remplacement d'un idéal de séparation des pouvoirs par celui de l'équilibre des pouvoirs³⁰²⁰, sur la garantie qu'entend représenter le juge national car c'est lui, finalement, le mieux placé pour protéger le citoyen du risque d'une condamnation illégitime. Le système pénal de l'Union a défini les conditions du respect de la légalité et mis en place les mécanismes propres à en assurer le respect, il appartient donc à chacun de ses acteurs – des institutions de l'Union au juge national en passant par le législateur étatique – d'assumer sa part de responsabilité.

³⁰¹⁸ BEAUVAIS, P., précité, p. 247, n°302.

³⁰¹⁹ TRICOT, J., le contrôle de l'exécution normative : la légalité pénale entre dits et non-dits, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.), *Cour de justice et justice pénale en Europe, société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris*, vol. 19, 2010, p. 86.

³⁰²⁰ MAGNETTE, P., *L'Europe, l'Etat et la démocratie*, Editions Complexe, 2000, p. 223.

764. Principe de légalité et conséquences - En vertu du principe de légalité, une infraction ne peut juridiquement exister sans texte. Temporellement parlant, donc, on ne peut punir la commission d'un fait qui, à l'époque où il a été commis, n'était pas constitutif d'une infraction. Ainsi découle de la seule et simple formulation du principe de légalité celui de la non-rétroactivité de la loi pénale. Les tenants et les aboutissants de deux principes se confondent au point que l'article 7 de la Convention EDH les éleva au rang supranational dans une seule formulation que l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux reprend pratiquement *in extenso*³⁰²¹ pour le rendre indiscutablement applicable au droit de l'Union et national pris en application de l'Union (I). Le second corolaire traditionnel du principe de légalité, le principe d'interprétation stricte destiné à empêcher l'application arbitraire d'une loi pénale à des situations qu'elles ne visaient pas, en revanche, ne semble pas réellement exister en droit de l'Union (II).

A- LES PRINCIPES D'APPLICATION DE LA LOI PENALE DANS LE TEMPS

765. Autonomisation des principes de non-rétroactivité et de rétroactivité in mitius – L'article 49, §2 de la Charte ne se limite pas à énoncer distinctement de l'exigence d'un texte punitif, que celui-ci ne peut s'appliquer à des faits commis avant son adoption (I). L'autonomisation formelle du principe de non-rétroactivité pénale s'accompagne de celle de son corolaire. En effet, l'article 49 comporte également l'énoncé du principe de la rétroactivité *in mitius* (II). Cela étant, en droit de l'Union, comme en droit interne, ces deux principes connaissent des exceptions ou, en des termes plus conciliants, des aménagements (III).

³⁰²¹ L'article 7, §1 de la conv. EDH dispose : « 1) Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2) Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». L'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union dispose : « 1) Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou le droit international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit une peine plus légère, celle-ci doit être appliquée.

2) Le présent article ne porte pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux reconnus par l'ensemble des nations ».

I- Le principe de non rétroactivité stricto sensu

766. *De principe général à principe fondamental* - Le principe de non-rétroactivité de la loi pénale fait partie des principes généraux dont l'observance fut assurée par la Cour bien avant l'adoption de la Charte. « En effet, le principe de la non-rétroactivité des dispositions pénales est un principe commun à tous les ordres juridiques des Etats membres³⁰²², consacré par l'article 7 de Conv. EDH comme un droit fondamental, qui fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect »³⁰²³. Ce principe pénal prime, d'ailleurs, le principe institutionnel de l'effet direct des directives, puisqu'une directive ne peut être directement appliquée si cela implique une aggravation de la responsabilité pénale³⁰²⁴. L'introduction de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux a transformé ce principe général du droit en principe fondamental du système juridique de l'Union mais n'a cependant pas été une révolution en pratique. Le droit de l'Union en faisait déjà très largement application.

767. *Analyse systémique de l'application du principe* - S'agissant des sanctions mixtes³⁰²⁵, la Cour a estimé que ni un règlement, ni une directive, ni les traités ne peuvent justifier l'imposition rétroactive d'une sanction pénale³⁰²⁶. Dans le domaine des sanctions communautaires³⁰²⁷, la Cour

³⁰²² En effet, il est énoncé à l'art. 14 de la Constitution du Royaume de Belgique, art. 40 de la charte des droits et libertés fondamentaux de la Rep. Tchèque, art. 103 de la loi fondamentale allemande, art. 23 de la Constitution d'Estonie, art. 5 de la Constitution de la République hellénique, art. 9.3 et 25 de celle du Royaume d'Espagne, art. 7 de la DDHC, art. 25 et 26 de la Constitution italienne, art. 12.1 et 3 de la Constitution chypriote, art. 31 de la Constitution lituanienne, art. 14 de la Constitution du Grand-Duché du Luxembourg, art. 57 de la constitution de la République de Hongrie, art. 39.8 de la Constitution de Malte, art. 16 de la constitution du Royaume des Pays-Bas, art. 42 de la Constitution de République de Pologne, art. 29 de la constitution portugaise, art. 28 de la Constitution de la République de Slovénie, art. 49 de la Constitution slovaque, art. 8 de celle de la Finlande, ou encore art. 10 de celle du Royaume de Suède.

³⁰²³ Notamment : CJCE, 10 juill. 1984, Kent Kirk, aff. 63/83 §22 ; 13 nov. 1990, Fedesa aff. C-331/88, §§§ ; 28 juin 2005, Dansk Rørindustri et autres c/ Commission, aff. jointes C-189/02 P, e.a., §220.

Contra : CJCE, 16 fév. 1982, Rumi, aff. 285/80, §12 ; 16 fév. 1982, Padana, aff. 276/80, §16 : « le principe de la sécurité juridique s'oppose à ce que la portée dans le temps d'un acte communautaire voie son point de départ fixé à une date antérieure à sa publication, il peut en être autrement, à titre exceptionnel, lorsque le but à atteindre l'exige et lorsque la confiance légitime des intéressés est dûment respectée ». Ces affaires n'impliquaient cependant pas l'infliction d'amendes ; on ne peut en déduire que la solution eut été identique le cas échéant (en ce sens : PRADEL, J., Droit pénal européen, Dalloz, précité, §703). Dans le sens d'une distinction selon l'enjeu d'une sanction ou d'une punition : CJCE 10 juillet 1984 – Kent Kirk 63/83, §22 : « un acte communautaire ne peut pas avoir pour effet de permettre aux Etats membres de punir une personne rétroactivement, même si un règlement communautaire autorise les Etats membres à sanctionner avec rétroactivité ».

³⁰²⁴ CJCE, 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. 80/86, §13 ; 7 janv. 2004, X, aff. C-60/02, §61 ; 3 mai 2005, Berlusconi, aff. C-403/02, §§74-78.

³⁰²⁵ C'est-à-dire les sanctions précisément définies par le droit national en exécution de l'obligation communautaire de prévoir une sanction effective, proportionnée et dissuasive – voir supra, n°345.

³⁰²⁶ A propos des règlements : CJCE, Kent Kirk, précité ; 7 janv. 2004, X, C-60/02, §§61-63.

A propos des directives, notamment : CJCE, Fedesa e. a., précité ; Pretore di Salò, précité, §20; Procédures pénales c/ X, précité, §24.

A propos des traités : CJUE, 14 fév. 2012, Toshiba e. a. , aff. C-17/10 : « Les dispositions de l'article 81 CE (...) ne sont pas applicables à une entente qui a produit des effets, sur le territoire d'un Etat membre ayant adhéré à l'Union européenne le 1er mai

fait application de la règle de non-rétroactivité d'une disposition punitive au contentieux de la concurrence³⁰²⁸ et aux mesures restrictives anti-terroristes³⁰²⁹. En matière de double manquement d'Etat, sans véritablement s'être prononcée sur la question³⁰³⁰, la Cour n'a jamais condamné un Etat en violation évidente de cette règle. Certes, elle condamna la France au paiement d'une somme forfaitaire à raison de l'inexécution d'un arrêt prononcé avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, c'est-à-dire avant l'introduction de la somme forfaitaire parmi les sanctions du double manquement d'Etat³⁰³¹. Cela étant, la date de référence pour constater l'existence d'un manquement est celle d'expiration du délai fixé par la Commission dans l'avis motivé³⁰³². Or, en l'espèce, le manquement – l'inexécution de l'arrêt en constatation de manquement - ne fut caractérisé qu'au 17 juin 1996, soit bien après l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht. Ainsi, on ne peut véritablement considérer que la Cour a enfreint le principe de non-rétroactivité. La non-rétroactivité pénale est donc un principe fondamental du système pénal de l'Union dont les diverses mises en œuvre, à propos de sanctions mixtes, nationales ou communautaires, ont permis à la Cour de clarifier les modalités de son action en droit de l'Union.

768. Précisions sur le champ d'application du principe de non-rétroactivité de la loi pénale – En premier lieu, à l'image du principe de légalité des délits et des peines, le principe de non-rétroactivité s'applique aux textes déterminant les infractions comme les sanctions mais « également aux dispositions de loi qui n'ont pas elles-mêmes un caractère pénal mais qui concourent (...) à déterminer le contenu de l'incrimination »³⁰³³. Ainsi, conférer à une décision adoptant des mesures restrictives anti-terrorisme un caractère rétroactif « contribuerait, en réalité, à fonder une condamnation pénale (en cas de non-respect desdites mesures restrictives) pour des

2004, au cours de périodes antérieures à cette date (§1 du dispositif de l'arrêt). S'agissant des traités : Dans le même sens, antérieurement, CJCE, 17 oct. 1989, *Dow Chemical Ibérica, SA e. a. c/ Commission*, aff. jointes 97/87, 98/87 et 99/87, §§61-63.

³⁰²⁷ C'est-à-dire les sanctions prononcées par les institutions de l'Union, elles-mêmes.

³⁰²⁸ Notamment : CJCE, 28 janv. 2005, *Dansk Rørindustri et autres c/ Commission*, aff. jointes C-189/02, C-202/02, C-205 à 208/02, C-213/02, §§217, 218 et 227 à 231; 9 juill. 2003, *Archer Daniels Midland et a. c/ Commission*, aff. T-224/00, §25; 8 février 2007, *Groupe Danone/Commission*, C-3/06 P, §87 à 92; 18 juill. 2013, *Schindler c/ Commission*, aff. C-501/11P, §75.

³⁰²⁹ CJUE, 29 juin 2010, E. et F., aff. C-550/09, §§59-60.

³⁰³⁰ L'av. gén. FENNELLY, en revanche, s'est prononcé pour l'application du principe de non-rétroactivité des lois sanctionnatrices plus sévères à l'inexécution d'un arrêt en constatation de manquement intervenu avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht (§17 des conclusions présentées le 16 nov. 1995 dans l'aff. C-334/94, *Commission c/ France* - noter que la Cour ne prononça qu'une astreinte).

³⁰³¹ CJCE, 12 juill. 2005, *Commission c/ France*, aff. C-304/02.

³⁰³² CJUE, 17 oct. 2013, *Commission c/ Belgique*, aff. C-533/11, §32.

³⁰³³ Conclusions de l'av. gén. MENGOZZI présentées le 17 mai 2010 dans l'affaire C-550/09, E. et F., §117.

faits commis pendant ladite période, alors qu'elle (la décision) n'existait pas »³⁰³⁴. En second lieu, et en adéquation avec sa conception de la légalité pénale, la notion de « droit applicable au moment de l'infraction » de l'article 49, §2 de la Charte renvoie à une légalité plus matérielle que formelle puisque la substitution d'un instrument juridique par un autre, sans modification substantielle de la règle, ne remet pas en cause la punissabilité des faits³⁰³⁵. Ainsi, le fait que le règlement ayant fondé l'expulsion d'étrangers n'était pas encore entré en vigueur à la date de dénonciation de leur situation irrégulière est indifférent dans la mesure où ledit règlement n'avait fait que « reprendre le libellé de l'article 6 ter, §3, de la CAAS, en vigueur lorsque la situation irrégulière sur le territoire espagnol de la demanderesse au principal a été dénoncée »³⁰³⁶. La situation est différente lorsqu'un outil normatif a été invalidé et qu'un autre a été réadopté, purgé des vices du premier, puisque l'annulation d'un acte juridique implique que celui-ci est réputé n'avoir jamais existé³⁰³⁷.

769. Le principe de non-rétroactivité des dispositions pénales de fond n'est pas qu'un principe chimérique, existant dans les textes mais dont les modalités d'application resteraient floues ou incertaines. Il s'agit véritablement d'une règle du système pénal de l'Union européenne, qui s'applique aussi bien aux sanctions communautaires qu'aux sanctions mixtes et nationales - prises en application du droit de l'Union – et dont les modalités de mises en œuvre sont précisées, autant que de besoin, par les juridictions de l'Union. Il en va de même pour son corolaire traditionnel, la rétroactivité *in mitius*, que le système pénal de l'Union a, pour la première fois, formellement consacré à l'échelon supranational.

³⁰³⁴ CJUE, E. et F., précité, §60.

³⁰³⁵ En ce sens, CJUE, 22 oct. 2009, Zurita Garcia et Choque Cabrera, aff. jointes C-261/08 et C-348/08.

³⁰³⁶ *Ibid.*, §39.

³⁰³⁷ Pour une application dans le champ pénal, voir par exemple : CJUE, E. et F., précité, §§37-62 (mesures restrictives anti-terrorisme).

II- Le principe corollaire de rétroactivité *in mitius*

770. *Autonomisation du principe de la rétroactivité in mitius* - Connu de certains Etats membres, seulement³⁰³⁸, désormais protégé par la Cour EDH³⁰³⁹, le principe de rétroactivité *in mitius* a d'abord été appréhendé de manière négative et en l'extériorisant³⁰⁴⁰ : le droit de l'Union ne s'oppose pas (approche négative) à l'application du principe de rétroactivité *in mitius* en vertu du droit interne (extériorisation)³⁰⁴¹. Il fut ensuite directement appliqué, sans être nommé, aux sanctions « administratives » plus douces³⁰⁴² avant d'être formellement reconnu, en 2005, comme principe général du droit communautaire pour faire partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres³⁰⁴³. Tout comme le principe de non-rétroactivité pénale, donc, l'inscription du principe de rétroactivité *in mitius* à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux n'a fait qu'assoir l'existence autonome et la portée de cette règle.

771. *Analyse systémique de l'application du principe* – Il est vrai, cependant, que cette règle semble n'avoir jamais avoir été appliquée aux sanctions communautaires³⁰⁴⁴. Toutefois, les décisions et conclusions pertinentes laissent entendre que c'est d'abord à raison d'un défaut de réunion des conditions nécessaires³⁰⁴⁵. En effet, ce principe ne s'applique qu'à une disposition de

³⁰³⁸ L'Irlande et le Royaume-Uni n'ont pas reconnu le principe de rétroactivité *in mitius* (Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 14 oct. 2004 dans les affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Berlusconi e. a, note 129, Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 10 juin 2004 dans l'aff. C-4557/02, Niselli, §64.

³⁰³⁹ CEDH, 17 sept. 2009, Scoppola c/ Italie, §106-110 ; CEDH, 27 sept. 1995, G. c/ France, req. n°15312/89, §24.

³⁰⁴⁰ TRICOT, J., le contrôle de l'exécution normative : la légalité pénale entre dits et non-dits, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.), Cour de justice et justice pénale en Europe, société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris, vol. 19, 2010, p. 91.

³⁰⁴¹ CJCE 23 nov. 1998, Awoyemi, aff. C-230/97, §38 ; 29 fév. 1996, Procédures pénales c/ Sofia Skanavi et Konstantin Chryssanthakopoulos, aff. C-193/94, §17.

³⁰⁴² « A la lumière des articles 1^{er}, §2 et 2, §2 du règlement 2988/95, énonçant que les modifications ultérieures des dispositions communautaires instituant des sanctions moins sévères doivent s'appliquer de manière rétroactive, les modifications apportées à l'article 9, §4 du règlement 3887/92 par le règlement 1648/95 s'appliquent aux faits survenus avant son entrée en vigueur » - CJCE, 17 juillet 1997, National Farmers' Union, aff. C-354/95, §41.

³⁰⁴³ CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi, aff. C-387/02, §§68 et 69 ; 11 mars 2008, Jager, aff. C-420/06 §59 ; 28 avril 2011, El Dridi, aff. C-61/11 PPU, §61.

³⁰⁴⁴ Voir cependant : Décision 1999/210/CE de la Commission du 14 octobre 1998 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (aff. IV/F-3/33.708 - British Sugar plc ; aff. IV/F-3/33.709 - Tate & Lyle plc ; aff. IV/F-3/33.710 - Napier Brown & Company Ltd, aff. IV/F-3/33.711 - James Budgett Sugars Ltd), §212.

³⁰⁴⁵ Tel est ce qu'il semble se déduire lorsque, par exemple, le Tribunal estime qu'« il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que, en estimant que, en l'espèce, l'application de l'article 81, paragraphe 1, CE n'est pas plus favorable que l'application de l'article 65, paragraphe 1, CA, la Commission n'a commis aucune erreur de droit. La seconde branche du troisième moyen doit donc être écartée (aff. T-91/10, §195), ou lorsque la Cour énonce que « le principe *lex mitior* ne s'oppose pas, en l'espèce, à l'application de l'article 65, paragraphe 5, CA, dès lors que l'amende infligée par la décision litigieuse est, en tout état de cause, inférieure au plafond prévu à l'article 23, paragraphe 2, du règlement n°1/2003 pour l'infliction d'une amende en raison d'une violation des règles de concurrence de l'Union » (CJUE, 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg SA c/ Commission, aff. C-216/09 P, §72 ; id., ThyssenKrupp, aff. C-352/09 P, §85).

Voir, en matière de manquement d'Etat : CJUE, 11 déc. 2012, Commission c/ Espagne, aff. C-610/10, §51.

fond, et non de procédure, plus favorable, *in concreto*, aux intéressés. Or, dans le domaine de la concurrence, de manquement d'Etat ou des mesures restrictives anti-terroristes, le droit écrit applicable n'a été que rarement modifié, encore moins en ce sens³⁰⁴⁶. S'agissant des sanctions mixtes, en revanche, ce principe, applicable en vertu des droits nationaux mais également du droit de l'Union, a été ponctuellement codifié³⁰⁴⁷ ; il est surtout d'application générale depuis que la Cour s'opposa à ce que l'effet direct des directives – et a fortiori celui, plus complet des règlements - aggrave la responsabilité pénale d'une personne³⁰⁴⁸. Quant à ce qu'une disposition des traités puisse avoir un tel effet, il semblerait que oui, à la condition discutable que la situation infractionnelle ne soit pas définitivement acquise. En effet, dans un arrêt récent, la Cour de Justice a estimé que l'adhésion d'un nouvel Etat membre ne s'oppose pas à la sanction d'un « passeur » pour aide à l'entrée ou au séjour d'un ressortissant anciennement tiers mais devenu citoyen de l'Union dès lors ces infractions, instantanées, ont été intégralement et définitivement consommées avant que le ressortissant tiers ne devienne citoyen européen³⁰⁴⁹.

772. Analyse critique des conditions d'application de la rétroactivité *in mitius* – Cela étant, mise en perspective avec d'autres éléments, la solution « Paoletti » est étonnante, pour ne pas dire déconcertante. D'une part, ainsi qu'il a été évoqué, la Cour a estimé que la non-rétroactivité pénale s'étend aux dispositions non-pénales intervenant dans la délimitation d'une incrimination³⁰⁵⁰, ce qui aurait tout aussi pu être étendu à la rétroactivité *in mitius*. Le mécanisme de la rétroactivité étant supposé modifier le passé, la Cour aurait pu (du ?) conclure que, par l'effet de l'adhésion, les ressortissants roumains devaient alors être considérés comme ayant

³⁰⁴⁶ A cet égard, le Tribunal a approuvé l'argument de la Commission selon lequel l'article 81 CE n'est pas plus favorable que l'ancien article 65 CECA (TPICE, 9 déc. 2014, *Riva Fire c/ Commission*, aff. T-83/10, §§83-86 ; 9 déc. 2014, *Lucchini SpA c/ Commission*, aff. T-91/10, §§170-171).

³⁰⁴⁷ Ainsi, est-il inscrit aux articles 7 de la convention et 2, §2 du règlement n°2988/95 relatifs à la sanction des infractions portant atteintes aux intérêts financiers de l'Union V. également CJCE, 1^{er} juill. 2004, *Gerken*, aff. C-295/02, §§52-58 ; 8 mars 2007, *Campina*, aff. C-45/06, §§32-33.

³⁰⁴⁸ CJCE, *Berlusconi*, précité.

³⁰⁴⁹ CJUE, 6 oct. 2016, *Paoletti*, aff. C-218/15, §§40-41. La solution aurait sans doute été différente si les faits avaient été ceux d'un séjour illégal : par l'effet de l'adhésion, l'infraction continue qu'est le fait, pour un ressortissant tiers, d'être en situation irrégulière, perd l'un de ses éléments constitutif et n'est donc plus punissable (conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 26 mai 2016, dans l'aff. *Menci*, §§38-41, que la Cour a, pour le reste, suivies).

La Chambre criminelle de la Cour de cassation française, elle, estime, de jurisprudence constante, qu'un traité d'adhésion pouvait donner lieu à l'application du principe de rétroactivité *in mitius* et avoir pour effet de dépénaliser une situation infractionnelle. L'hypothèse courante concerne les infractions liées à l'immigration et à l'emploi d'un ressortissant étranger. « l'entrée [nouvel Etat membre] dans l'Union Européenne (...) a eu pour effet de mettre fin à l'obligation pour [ses] ressortissants d'obtenir un visa pour les longs séjours en France et leur permettre d'entrer et de circuler librement sur le territoire de l'Union Européenne élargie (...) de sorte que les faits [d'aide à l'entrée ou au séjour d'un étranger] avait perdu leur caractère punissable » (Cass. Crim., 7 sept. 2010, pourvoi n°09-86137. Dans le même sens, Cass. Crim., 11 déc. 2012, pourvoi n°11-86415 ; 3 nov. 2015, pourvoi n°14-84459).

³⁰⁵⁰ CJUE, E. et F., précité, §60 – voir supra n°768.

toujours été citoyens européens. La Cour a d'ailleurs, étonnamment, rappelé dans cet arrêt que les effets de l'acquisition de la citoyenneté européenne doivent être appliqués aux situations nées antérieurement³⁰⁵¹. D'autre part, la Cour a également estimé qu'une disposition pénale de fond plus douce ne peut affecter les condamnations définitives³⁰⁵². C'est alors le caractère définitif d'une condamnation, et non de la consommation de l'infraction, qui s'oppose à l'effet rétroactif d'une disposition plus douce. Par extension, cela signifie qu'une situation non encore définitivement jugée peut connaître le jeu de la rétroactivité *in mitius*. En l'espèce, au contraire, la Cour a considéré que la rétroactivité ne pouvait jouer compte tenu de ce que l'infraction avait été définitivement consommée, mais non jugée, au jour de l'adhésion³⁰⁵³. Pour autant que cette solution soit manifestement dictée par de légitimes considérations répressives, il n'en demeure pas moins que le principe de la non-rétroactivité *in mitius* – et la cohérence du système pénal de l'Union – en ressort écorné.

773. Précisions sur les conditions d'application de la rétroactivité in mitius – Enfin, dernière précision apportée par la jurisprudence, l'article 49 de la Charte, contrairement à l'article 112-1 du code pénal français, ne prévoit pas d'évènement « butoir » à compter duquel l'intervention d'une loi pénale plus douce ne peut plus modifier une situation juridique. La Cour de Justice semble néanmoins avoir ajouté une telle condition en s'opposant à ce que le droit pénal de fond plus doux affecte les condamnations définitives³⁰⁵⁴.

774. Bien que les principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius* soient des principes fondamentaux du droit pénal, y compris celui de l'Union européenne, ils connaissent généralement des exceptions. Le système pénal de l'Union européenne n'y déroge pas, d'autant que l'article 52, §1 de la Charte l'autorise.

³⁰⁵¹ CJUE, Paoletti, précité, §37 ; 11 juill. 2002, D'Hoop, aff. C-224/98, §25 ; 21 déc. 2011, Ziolkowski et Szeja, aff. C-424 et 425/10, §58.

³⁰⁵² CJUE, 6 oct. 2015, Delvigne, aff. C-650/13, §§53-58.

³⁰⁵³ *Ibid.*, §§40-42.

³⁰⁵⁴ CJUE, 6 oct. 2015, Delvigne, aff. C-650/13, §§53-58. *Contra*, toutefois : la Commission n'est pas tenue de faire bénéficier des entreprises de nouvelles lignes directrices plus douces à des infractions non encore définitivement jugées : TPICE, 12 déc. 2007, BASF et UCB c/ Commission, aff. T-101/05 et T-111/05, §§233-234 ; 2 fév. 2012, Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals/Commission, aff. T-83/08, §126 – Ce que le Tribunal justifie de manière peu convaincante : les communications et les lignes directrices de la Commission sont assimilées à du droit non-écrit pouvant faire l'objet d'une application rétroactive lorsqu'il est raisonnablement prévisible, « partant, le droit, même conditionnel, de la Commission d'appliquer rétroactivement au détriment des intéressés des règles de conduite visant à produire des effets externes, telles que les lignes directrices, exclut toute obligation pour cette institution d'appliquer la *lex mitior* ».

III-Les aménagements des principes de non-rétroactivité et de rétroactivité *in mitius*

775. Une exception légale, deux aménagements prétoriens - Outre l'exception de l'article 49, §2 de la Charte concernant « les infractions fondées sur les principes généraux reconnus par l'ensemble des nations » qu'aucun élément autre que les explications annexées à la Charte ne permet d'éclairer³⁰⁵⁵, les principes de non-rétroactivité et rétroactivité *in mitius* en droit pénal connaissent deux exceptions, ou plutôt deux aménagements, d'origine jurisprudentielle : l'application immédiate des règles de procédures(a) et la rétroactivité des normes (interprétatives) raisonnablement prévisibles (b).

a) L'application immédiate des règles de procédure

776. Principe et règles de l'exception - Selon une jurisprudence constante, et de portée générale, « les règles de procédure sont généralement censées s'appliquer à tous les litiges pendants au moment où elles entrent en vigueur, à la différence des règles de fond qui sont habituellement interprétées comme ne visant pas des situations acquises antérieurement à leur entrée en vigueur³⁰⁵⁶. Relèvent des règles de procédures : les règles de compétence³⁰⁵⁷, la prévision d'un motif de refus en matière de reconnaissance mutuelle³⁰⁵⁸, la prévision du délai de traitement d'une demande faite à la Commission³⁰⁵⁹, ou encore les règles d'application des normes dans le temps³⁰⁶⁰ mais pas, contrairement au droit pénal français, les règles relatives à la prescription³⁰⁶¹. Par exception à l'exception, et retour au principe, des règles de procédures relèveront du régime d'application dans le temps des règles de fonds dont elles sont indissociables³⁰⁶².

³⁰⁵⁵ Et auxquelles nous renvoyons.

³⁰⁵⁶ CJCE, 12 nov. 1981, Salumi e. a. ; aff. 212/80 à 217/80, §9 ; 7 sept. 1999, De Haan, aff. C-61/98, §13 (sanctions mixtes – douanes) ; 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg c/ Commission Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., aff. C-201/09 P et C-216/09 P, §75 (concurrence) ; 26 oct. 2010, ThyssenKrupp Nirosta c/ Commission, aff. C-352/09 P, §88 (concurrence) ; 8 juin 2007, Dell'Orto, C-467/05, §48 (droit des victimes) ; 12 août 2008, Santesteban Goicoechea, aff. C-296/08 PPU, §80 (MAE) ; 8 juill. 2010, Commission c/ Italie, aff. C-334/08, §60 (manquement d'Etat) ; 14 fév. 2012, Toshiba e. a., aff. C-17/10, §47 et s. (concurrence) ; 26 fév. 2013, Melloni, Aff. C-399/11, §32 (MAE).

³⁰⁵⁷ Voir également : CJCE, Dell'Orto, précité (compétence juridictionnelle) – dans le même sens, TUE, 7 sept. 2010, Etimine et Etiproduits c/ Commission, aff. T-539/08, §79 ; id., Norilsk Nickel Harjavalta et Umicore c/ Commission, aff. T-532/08, §73. Etant précisé qu'en l'espèce, l'application immédiate des règles de procédure s'est vue opposée la règles selon laquelle la recevabilité d'un recours s'apprécie à la date de son introduction.

³⁰⁵⁸ CJUE, Melloni, précité.

³⁰⁵⁹ CJCE, 6 juillet 1993, CT control c/ Commission, aff. C-121/91 et C-122/91.

³⁰⁶⁰ CJCE, Santesteban Goicoechea, précité.

³⁰⁶¹ CJCE, 23 fév. 2006, Molenbergnatie, aff. C-201/04.

³⁰⁶² CJCE, Salumi e.a., précité §11 ; 23 février 2006, Molenbergnatie, aff. C-201/04, §32.

777. *Illustrations* - Pures règles de procédure, les étapes à respecter jusqu'à l'adoption d'une décision d'infraction aux règles de la concurrence ou jusqu'à l'introduction d'un recours en constatation de manquement sont d'application immédiate. Ainsi, par exemple, la suppression de l'étape de l'avis motivé du recours en manquement « trouv[e] à s'appliquer à tout recours en manquement introduit après la date de leur entrée en vigueur, et ce nonobstant le fait que la procédure précontentieuse avait été engagée avant cette date »³⁰⁶³. Ce principe s'est également illustré en droit de la concurrence à l'occasion de l'adhésion de l'Espagne à l'Union. Dès alors, les dispositions procédurales du règlement n°17 étaient applicables dans ce nouvel État membre, permettant à la Commission de soumettre les entreprises établies en Espagne à des vérifications à partir du 1er janvier 1986³⁰⁶⁴.

778. Cet aménagement du principe de non-rétroactivité, dicté par d'évidentes considérations pratiques, est familier en droit pénal, français au moins. Le second, affectant les règles de fond plus sévères, l'est tout autant.

b) La rétroactivité des règles de fonds plus sévères raisonnablement prévisibles

779. *Principe et règles de l'exception* - Quoique l'article 49, §1 de la Charte des droits fondamentaux dispose qu'« il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise », cette disposition « ne saurait être interprétée comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale »³⁰⁶⁵. En effet, en adéquation avec la jurisprudence de la Cour EDH³⁰⁶⁶, la jurisprudence, ainsi que les lignes directrices, peuvent avoir un effet rétroactif « si la modification en cause était raisonnablement prévisible à l'époque où les infractions concernées ont été commises³⁰⁶⁷ ». Se référant à la jurisprudence de sa consœur strasbourgeoise³⁰⁶⁸, la Cour apprécie essentiellement la notion de

³⁰⁶³ CJUE, 11 déc. 2012, Commission c/ Espagne, aff. C-610/10, §47 – dans le même sens, s'agissant de la procédure à suivre en matière d'infractions à la concurrence, voir : TUE, 9 déc. 2014, Ferriera Valsabbia dc/ Commission, aff. T-92/10 ; 1^{er} juill. 2009, ThyssenKrupp Stainless AG c/ Commission, aff. T-24/07 ; 31 mars 2009, ArcelorMittal Luxembourg e.a. c/ Commission, aff. T-405/06.

³⁰⁶⁴ CJCE, 17 oct. 1989, Dow Chemical Ibérica e.a. c/ Commission, aff. 97/87 à 99/87, §62.

³⁰⁶⁵ CJCE, Dansk Rørindustri précité, §217.

³⁰⁶⁶ CEDH, 10 oct. 2006, Pessino c/ France, req. N°40403/02 ; 21 oct. 2013, Rio del Prada c/ Espagne, req. n°42750/09.

³⁰⁶⁷ Notamment : CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri et autres c/ Commission, précité, §224 ; 8 fév. 2007, Groupe Danone c/ Commission, aff. C-3/06P, §§87-89 ; TUE, 2 fév. 2012, Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals c/ Commission, aff. T-83/08, §120.

³⁰⁶⁸ CEDH, Cantoni c/ France, cité dans l'arrêt Dansk Rørindustri, §219.

prévisibilité à la lumière du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires³⁰⁶⁹. L'exception s'applique aussi bien à une clarification qui aboutirait à l'infliction d'une sanction plus forte³⁰⁷⁰ qu'à l'extension du champ d'application de l'infraction³⁰⁷¹.

780. Discussion autour de la rétroactivité des lignes directrices de fond plus sévères de la

Commission en droit de la concurrence – L'autorisation donnée à la Commission d'appliquer de nouvelles lignes directrices plus sévères à des infractions commises avant leurs adoptions est cependant discutable. Pour la Cour, « le fait que la Commission a appliqué, dans le passé, des amendes d'un certain niveau à différents types d'infractions ne saurait la priver de la possibilité d'élever ce niveau dans les limites indiquées dans le règlement n° 17, si cela est nécessaire pour assurer la mise en œuvre de la politique communautaire de la concurrence, (...) les entreprises (...) ne sauraient acquérir une confiance légitime dans le fait que la Commission ne dépassera pas le niveau des amendes pratiqué antérieurement ni dans une méthode de calcul de ces dernières [et] doivent tenir compte de la possibilité que, à tout moment, la Commission décide d'élever le niveau du montant des amendes par rapport à celui appliqué dans le passé »³⁰⁷². Autrement dit, tant que cela reste dans les limites fixées par le règlement de référence en vigueur, la Commission peut alourdir le montant de ses amendes ou modifier la méthode de calcul. Cependant, d'une part, certains auteurs doutent³⁰⁷³, non sans raison, qu'il eut été raisonnablement prévisible que la Commission réforme deux fois ses méthodes de calculs en moins d'une décennie³⁰⁷⁴. D'autre part, il est dérangeant d'interdire à la Commission de se départir de ses lignes directrices sous peine d'être sanctionnée pour violation, notamment, du principe de confiance légitime pour l'autoriser,

³⁰⁶⁹ CJCE, Dansk Rørindustri, précité, §219 ; CJCE, AC Treuhand, précité, §42.

³⁰⁷⁰ Notamment : CJCE, Dansk Rørindustri e. a., précité ; Groupe Danone, précité.

³⁰⁷¹ CJCE, 21 mai 2015, AC-Treuhand c/ Commission, aff. C-194/14 P. Dans cette affaire, la Commission a poursuivi une entreprise de Conseil pour avoir participé à la mise en œuvre d'une entente illicite sur un marché distinct de celui sur lequel elle opérait. L'entreprise de Conseil invoquait la non-rétroactivité en réaction à ce qu'elle estimait être une extension de l'incrimination à une entreprises de conseil ayant fourni ses services à une entente opérant sur un marché parfaitement distinct du marché du conseil, le marché des producteurs de stabilisants thermiques, et n'ayant donc pas, par son comportement, portée atteinte à la concurrence sur le marché de ces producteurs.

³⁰⁷² CJCE, Dansk Rørindustri e. a., précité, §227-229 ; Groupe Danone, précité, §§90-91 ; Archer Daniels Midland, précité, §59.

³⁰⁷³ Notamment : BAILLEUX, A., Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence, RTDEur. 2010, p. 31 et s. et les auteurs cités.

³⁰⁷⁴ Les lignes directrices relatives au calcul du montant des amendes en droit de la concurrence de 2004 ont été modifiées en 2006.

quelques lignes plus loin à appliquer une nouvelle méthode de calcul plus sévère³⁰⁷⁵ qui, précisément, malmène la confiance légitime.

781. Après avoir étudié le principe de légalité stricto sensu et ses corollaires temporels, on en vient naturellement à rechercher le dernier corollaire classique du principe de légalité : celui de l'interprétation stricte. On ne saurait cependant extraire des interprétations effectivement strictes du droit pénal de l'Union un principe général le prescrivant.

B- L'INTERPRETATION DE LA LOI PENALE : DE L'INTERPRETATION STRICTE A L'INTERPRETATION CONFORME

782. *L'apparente affirmation du principe d'interprétation stricte* – Bien que le principe d'interprétation stricte de la loi pénale ne soit pas mentionné par la Charte des droits fondamentaux, ni en droit de l'Union, certaines décisions de la Cour de Justice semblent avoir réceptionné, et quelque peu adapté, le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale. C'est évidemment à ce principe que l'on pense lorsque la Cour prescrit d'interpréter strictement les motifs de non-exécution en droit de la reconnaissance mutuelle des décisions pénales³⁰⁷⁶, tout comme lorsqu'elle énonce que le principe de légalité « commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de la personne poursuivie »³⁰⁷⁷. Et ce, d'autant plus que, comme le principe de légalité, ce principe d'interprétation « non extensive » est un principe général du droit de l'Union pour être commun aux traditions constitutionnelles des Etats membres et consacré par la convention EDH, notamment³⁰⁷⁸. A s'en tenir là, on déduirait donc que l'interprétation stricte, en droit pénal de l'Union, s'entend d'une conception assouplie, l'interprétation « non extensive », néanmoins en accord avec l'essence du principe, la protection du citoyen contre un pouvoir de punir arbitraire. On se situerait donc globalement dans le respect des conditions pour déroger à une disposition de la Charte des droits fondamentaux³⁰⁷⁹.

³⁰⁷⁵ CJCE, 22 mai 2008, Evonik Degussa/Commission et Conseil, C-266/06 P, §53.

³⁰⁷⁶ CJUE, 14 nov. 2013, Baláz, aff. C-60/12, §29.

³⁰⁷⁷ CJCE, Proc. pén. c/ X. précité, §25 ; voir également, usant du vocable d'interprétation stricte : TUE, 27 fév. 2014, aff. T-256/11, §§70-73.

³⁰⁷⁸ CJCE, 12 déc. 1996, Proc. pén. c/ X. aff. C-74/95 et C-129/95, §25.

³⁰⁷⁹ L'article 52, §1 de la Charte admet les dérogations au respect des droits qu'elle édicte à condition qu'elles soient proportionnées aux buts légitimes poursuivis, que l'essence du droit respecté, et que cela soit prévu par le droit. L'interdiction

783. *L'incertitude quant au respect de la substance du principe* - A y regarder de plus près, il est difficile de savoir si, dans l'énoncé selon lequel le principe de légalité « commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de la personne poursuivie », c'est l'interprétation extensive ou son effet rétroactif qui fait l'objet de l'interdit de la Cour. Pour P. BEAUVAIS, le fait que l'interprétation conforme ne puisse conduire à engager ou aggraver la responsabilité pénale de manière rétroactive, tient du caractère extensif de l'interprétation³⁰⁸⁰. Rien n'est moins sûr. Certes, c'est bien ce que sous-entend l'énoncé selon lequel « le principe qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au désavantage de la personne poursuivie, lequel est le corollaire du principe de la légalité des délits et des peines, et plus généralement du principe de la sécurité juridique, s'oppose à ce que des poursuites pénales soient engagées du fait d'un comportement dont le caractère répréhensible ne résulte pas clairement de la loi »³⁰⁸¹. Toutefois, la référence au principe de légalité peut tout aussi viser la non-rétroactivité que l'interprétation stricte. D'autant que la Cour de Justice s'adonne en tant que de besoin à des interprétations extensives, y compris dans le champ pénal. Dans l'arrêt « Kadi I », par exemple, elle a, certes, rejeté l'interprétation excessivement extensive du champ d'application *ratione personae* des articles 60 et 301 TCE proposée par la Commission³⁰⁸². C'est néanmoins pour retenir une interprétation guère encore plus extensive du champ d'application *ratione materiae* des mêmes articles puisque, après avoir estimé que la finalité du règlement est la lutte contre le terrorisme international³⁰⁸³, objectif relevant de la PESC³⁰⁸⁴, constaté que l'article 308 CE s'appliquait au marché intérieur et non à la PESC³⁰⁸⁵, la Cour a néanmoins considéré que l'objet des mesures

d'une interprétation extensive, par préférence à l'obligation d'une interprétation stricte se justifie aisément puisque la Cour EDH elle-même reconnaît qu'une trop grande rigidité de la loi pénale est contre-productive (en ce sens : CEDH, 12 fév. 2008, Kafkaris c/Chypre, req. n°21906/04, §141 ; 21 oct. 2013, Del Rio Prada c/ Espagne, req. n°42750/09, §92), l'admission d'interprétation non stricte sans être excessivement extensive respecte l'essence du principe de légalité, enfin, le fait d'être reconnu par la jurisprudence satisfait à la conception unioniste de la légalité formelle.

³⁰⁸⁰ En ce sens : BEAUVAIS, P., précité, p. 219 ; TRICOT, J., précité, pp. 144-145, n°117-118.

³⁰⁸¹ CJCE, Procédures pénales c/ X., précité (nous soulignons).

³⁰⁸² CJCE « Kadi I », §168 : « Retenir l'interprétation des articles 60 CE et 301 CE que préconise la Commission, selon laquelle il suffirait que les mesures restrictives en cause visent des personnes ou des entités se trouvant dans un pays tiers ou y étant associées à un autre titre, donnerait une portée excessivement large à ces dispositions et ne tiendrait nullement compte de l'exigence, découlant des termes mêmes de celles-ci, que les mesures décidées sur la base desdites dispositions doivent être prises à l'encontre de pays tiers ».

³⁰⁸³ CJCE, « Kadi I », §169 : En outre, le but essentiel et l'objet du règlement litigieux est de combattre le terrorisme international, en particulier de le couper de ses ressources financières en gelant les fonds et les ressources économiques des personnes ou entités soupçonnées d'être impliquées dans des activités qui y sont liées, et non d'affecter les relations économiques entre la Communauté et chacun des pays tiers dans lesquels ces personnes ou entités se trouvent, à supposer d'ailleurs que leur lieu de résidence soit connu ».

³⁰⁸⁴ *Ibid.* §209.

³⁰⁸⁵ CJCE, « Kadi I », §§196-201.

restrictives litigieuses - le gel des ressources économiques - relevait de la libre circulation des capitaux, donc de l'article 60 CE, et conclu à l'applicabilité de l'article 308 CE³⁰⁸⁶. Evoquons également la jurisprudence selon laquelle la Cour admet le cumul de sanctions, certes de manière conditionnée, en parfaite contrariété avec une interprétation stricte du principe *ne bis in idem*³⁰⁸⁷. Les juridictions de l'Union se livrent même à l'occasion à l'interprétation par analogie, pourtant exclue en droit pénal par la Cour EDH³⁰⁸⁸.

784. Les méthodes connues d'interprétation de la Cour de Justice en défaveur d'un principe d'interprétation stricte – En se tournant vers les méthodes connues d'interprétation des juridictions de l'Union, on en vient même à douter de que la Cour puisse reconnaître un principe d'interprétation stricte, même uniquement de la loi pénale. « Conformément à une jurisprudence constante de la Cour, en vue de l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, il y a lieu de tenir compte non seulement des termes [méthode littérale] de celle-ci, mais également de son contexte [méthode systématique³⁰⁸⁹] et des objectifs poursuivis [méthode téléologique] par la réglementation dont elle fait partie »³⁰⁹⁰. Les méthodes systématique et téléologique, les plus fréquentes³⁰⁹¹, ne sont aucunement garanties d'une interprétation stricte. Et à la réflexion, ces méthodes peuvent tout aussi bien expliquer des interprétations strictes adoptées dans le champ pénal. Celle des motifs de non-exécution d'une procédure de reconnaissance mutuelle en droit pénal est en réalité téléologique, puisque justifiée par le caractère central de l'obligation d'exécution dans la perspective d'une libre circulation des décisions pénales³⁰⁹². Sensiblement les mêmes raisons ont conduit à la Cour de Justice a, très étonnement, interprété les délais d'exécution comme non impératifs³⁰⁹³. Et ce sont le contexte et les objectifs de la directive

³⁰⁸⁶ *Ibid.*, §§212-214.

³⁰⁸⁷ Voir infra n°734-735.

³⁰⁸⁸ Notamment : CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce, req. n°14307/88, §52 ; 17 sept. 2009, Scoppola c/ Italie, req. n°10249/03 §93 ; Coëme et autres c/ Belgique, précité.

³⁰⁸⁹ Moins familière que les autres, cette méthode mérite d'être définie. Elle consiste à prendre compte « l'agencement interne » des traités, « de façon à ce que chaque règle soit interprétée non seulement selon sa lettre et son fondement, mais aussi en fonction des autres, car leur ensemble constitue un tout cohérent » (ALEXANDRE, D. et HUET, A., Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale, Rep. Dalloz dr. eur., janv. 2015 (actualisation : janv. 2017), n°17 ; dans le même sens : BOULOUIS, J., Interprétation (méthodes), Rep. Dalloz, dr. eur., 1992, n°20 et s.).

³⁰⁹⁰ CJUE, 17 nov. 1983, Merck, aff. 292/82, §12 ; 24 oct. 1996, Eismann, aff. C-217/94, §16 ; 19 déc. 2013, Koushkaki, aff. C-84/12, §34 ; 16 juill. 2015, Lanigan, C-237/15 PPU, §35 ; 8 nov. 2016, Ognyanov, aff. C-554/14, §31 ; 27 janv. 2017, Vilkas, aff. C-640/15, §30.

³⁰⁹¹ L'interprétation littérale a une prédilection pour les contextes de divergence linguistiques et d'autonomisation des concepts (BOULOUIS, J., Interprétation (méthodes), Rep. Dalloz, dr. eur., 1992.

³⁰⁹² CJUE, 16 juillet 2015, F. Lanigan, aff. C-237/15 PPU, §§36-42/

³⁰⁹³ CJUE, Vilkas, précité, §69.

« droit à l'interprétation et à la traduction »³⁰⁹⁴ qui fait dire à la Cour de Justice que ces droits doivent être interprétés strictement (pour autant qu'il ne s'agit que de règles minimales) en ne s'imposant pas à l'opposition écrite formée contre une ordonnance pénale, ce qui irait au-delà des objectifs poursuivis par la directive³⁰⁹⁵.

785. *Un principe général d'interprétation conforme* – Gardant à l'esprit l'obligation générale d'interprétation conforme du droit national à la lumière du droit de l'Union qui pèse sur le juge national, l'article 52 de la Charte prescrivant l'interprétation de celle-ci à la jurisprudence de la Cour EDH, on en vient à conclure que l'interprétation du droit de l'Union est soumis à un principe général d'interprétation conforme. Un principe général, moins dans le sens d'un principe à valeur particulière qu'un principe ayant une portée générale. En effet, l'interprétation conforme « signifie que les acteurs du procès ne cherchent plus seulement à préciser les contours sémantiques des textes normatifs qu'ils appliquent mais que ceux-ci choisissent, dans le réseau des sources, (...) la norme appropriée au cas d'espèce³⁰⁹⁶ ». Il s'agit donc moins de chercher à dissiper les doutes d'un texte obscur ou de l'adapter aux évolutions de la société que de chercher à le rendre compatible avec l'ensemble dans lequel il s'insère³⁰⁹⁷, à trouver « dans la sélection, [des] nombreux « contenus » possible d'un texte pénal, uniquement de celui/ceux légitimes communautairement³⁰⁹⁸. Et finalement, les interprétations littérale, systématique et téléologique ne sont-elles pas des interprétations conformes à la lettre du texte, à l'économie générale des traités et à l'objectif de la norme ?

786. Le système de légalité de l'Union n'a pas repris à son compte le principe d'interprétation stricte. La question de l'interprétation du droit pénal dans l'Union se situe à la croisée des principes directeurs du droit pénal, d'une part, et du droit institutionnel de l'Union, d'autre part. Le droit pénal dicte une interprétation stricte ; le droit de l'Union dicte une interprétation conforme à l'effectivité et à l'utilité du droit de l'Union. Les deux étant incompatibles, l'option

³⁰⁹⁴ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil, du 20 octobre 2010, relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales.

³⁰⁹⁵ A savoir : permettre aux personnes concernées d'être informées, pleinement et dans leur langue, des faits qui leur sont reprochés et de fournir leur propre version de ces faits, d'exercer leurs droits de la défense et pour garantir le caractère équitable de la procédure, interpréter ces droits de manière à les étendre (CJUE, 15 oct. 2015, Covaci, aff. C-216/14, §§38, 46).

³⁰⁹⁶ VIGLIOTTI, M., L'érosion de la pyramide pénale moderne et l'hypothèse du réseau, RIEJ, 2005, n°55, p. 10.

³⁰⁹⁷ En ce sens également : TRICOT, J., précité, p. 423, n°341.

³⁰⁹⁸ BERNARDI, A., Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'europanisation du droit sur le système pénal, RIEJ, 2004, n°52, note 119.

choisie n'est pas anodine. Elle confère à système pénal de l'Union une identité d'abord unioniste, avant d'être pénale. Elle affecte également, par ricochet, la dimension libérale du système pénal de l'Union puisqu'à choisir entre la protection du citoyen par l'obligation d'une interprétation stricte de la loi pénale, le système pénal de l'Union y a préféré une interprétation conforme à l'effectivité du droit de l'Union.

CONCLUSION DE LA SECTION

787. *Un système complet de légalité* - Il existe donc un système complet de légalité en droit de l'Union. Les principes fondamentaux découlant littéralement de l'énoncé des articles 49, §3 de la Charte et 7, §1 de la convention EDH ont bien été intégrés : légalité stricto sensu, non-rétroactivité des lois plus sévères, rétroactivité in mitius. La seule institution d'un système de légalité relève d'un esprit libéral, empreint du respect des libertés individuelles. Ce système possède toutefois une originalité déplaisante pour le pénaliste. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, consubstantielle au principe de légalité, s'est transformé en un principe d'interprétation conforme, propre au système juridique de l'Union. Le système pénal de l'Union est avant tout un sous-système de l'Union avant d'être un système pénal. Au-delà de cette simple observation, l'adaptation du principe d'interprétation stricte à la volonté d'assurer une application optimale du droit de l'Union dédouble la continuité de la chaîne normative qui relie les traités unionistes, source du droit pénal de l'Union, au citoyen, destinataire de ce droit. Une chaîne normative fait que toute norme découle d'une autre, d'un point de vue normatif et non causal³⁰⁹⁹. La légalité formelle établit, seulement pour le droit pénal, cette chaîne normative descendante : une continuité de validité formelle doit relier la condamnation au pouvoir de punir. Cette fonction qu'assure le principe de légalité en droit pénal se voit renforcée dans le système pénal de l'Union par l'obligation institutionnelle de transposition. Le principe d'interprétation conforme dédouble cette garantie d'un mécanisme semblable, mais ascendant : l'application de chaque norme doit être substantiellement conforme à ce que celle dont elle découle normativement. Le tout caractérise l'unité formelle et substantielle nécessaire à la reconnaissance d'un système, une

³⁰⁹⁹ COMBACAU, J., Le droit international : bric-à-brac ou système ? *in* : Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey 1986, p. 92.

unité encore renforcée par les principes fondamentaux institutionnels, lesquels confèrent au système pénal de l'Union toute son originalité.

SECTION 2 : LES PRINCIPES FONDAMENTAUX D'UN SOUS-SYSTEME DE L'UNION

788. *Le modèle unioniste, clé de compréhension du système pénal de l'Union* – En tant que sous-système du système juridique unioniste, le système pénal de l'Union est naturellement soumis aux principes directeurs du droit de l'Union. Ceux-ci ne font pas qu'assurer l'identité unioniste du système, ils ont surtout façonné un système pénal original, incomparable aux modèles nationaux ou internationaux existants. Afin de développer ces particularités (§2), il convient de présenter ces principes (§1).

§1 - LES PRINCIPES MODELANT UN SYSTEME PENAL ORIGINAL

789. *Distinction entre les principes institutionnels à destination de l'Union ou des Etats membres* - Un certain nombre de principes du droit institutionnel ont déjà été évoqués : le principe de primauté, l'obligation de coopération loyale, l'effet direct, l'obligation d'interprétation conforme, etc.... Ceux-ci exercent principalement leur contrainte sur législateur et le juge national. La relation d'obligations entre l'Union et les Etats membres n'est cependant pas à sens unique. Aussi, il en existe d'autres principes qui, à l'image du principe de légalité, exercent une contrainte sur le législateur de l'Union. Ceux-ci ont vocation à assurer la reproduction du modèle juridique de l'Union, tout comme le principe de légalité assure la reproduction du modèle pénal moderne légaliste. Il s'agit des principes de subsidiarité (A), de proportionnalité (B) et du respect de l'identité nationale (C).

A- LES PRINCIPES DE SUBSIDIARITE

790. *Le principe de subsidiarité : une appellation, deux expressions* – Dans la mesure où certaines compétences de l'Union lui ont été attribuées sans que les Etats membres en soient totalement dépossédés, la concurrence ainsi créée entre les deux sources de droit devaient donc

être régulée. C'est la fonction du principe institutionnel de subsidiarité (I). Toutefois, sa formulation trouve un écho supplémentaire et particulier en droit pénal. Afin d'éviter une confusion entre les deux, le caractère subsidiaire qu'est censé avoir le droit pénal sera étudiée sous l'appellation du principe de nécessité de la peine (II)

I- Le principe institutionnel de subsidiarité

791. *Le principe institutionnel de subsidiarité* – Formulé pour la première fois par le traité de Maastricht, le principe de subsidiarité est un principe structurel du système juridique ayant pour but de localiser le niveau de décision efficace au plus bas³¹⁰⁰ en encadrant les circonstances justifiant l'intervention de l'Union par deux contraintes cumulatives : « les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local », d'une part, et « peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »³¹⁰¹, d'autre part. Ce principe profite à tous : pour les pro-européens, il protège la légitimité de l'action de l'Union ; pour les eurosceptiques, il défend les compétences nationales³¹⁰². A cette dimension régulatrice de compétence s'ajoute une dimension attributive de compétence encadrant le transfert d'une compétence à l'Union. Dans les deux acceptions, c'est bien l'idée d'une plus-value obligatoire de l'intervention unioniste que porte le principe de subsidiarité. En l'état du transfert de compétences pénales à l'Union, la subsidiarité attributive de compétence est considérée comme acquise et ne sera pas discutée. C'est donc plus spécifiquement la conception étroite du principe de subsidiarité qui retiendra l'attention.

792. *Conséquences* – Le principe de subsidiarité implique de devoir justifier l'intervention de l'Union plutôt que celle des États membre³¹⁰³, en son principe et selon les modalités proposées.

³¹⁰⁰ ISAAC, G. et BLANQUET, M., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, coll. Université, 2012, 10^{ème} édition, p. 63.

³¹⁰¹ Art. 5, §3 TUE. Plus spécifiquement réaffirmé pour l'action pénale par la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 septembre 2011, « vers une politique de l'UE en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal » - COM (2011) 573 final.

³¹⁰² HAGUENAU-MOIZARD, C., GAZIN, F., LEBLOIS-HAPPE, J., *Les fondements du droit pénal de l'Union Européenne*, Larcier, coll. Paradigme, 2016, p. 84 ; VAN de KERCHOVE, M., *Le principe de subsidiarité*, in GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Société des législations comparées, 2012, pp. 34-35.

³¹⁰³ VAN de KERCHOVE, M., précité, p. 29.

C'est pourquoi toute proposition législative doit être accompagnée d'une analyse d'impact par laquelle la Commission expose les avantages et inconvénients de toute nature d'un projet législatif³¹⁰⁴. Cette exigence procédurale se prolonge matériellement en préambule des outils normatifs, par l'obligation de motivation³¹⁰⁵ qui, en théorie, doit donc exposer deux séries d'arguments : l'insuffisance des dispositifs unionistes et/ou nationaux existants et la plus-value apportée par l'acte juridique adopté aux regards de ces lacunes³¹⁰⁶. Cependant, cette succession de justifications tient bien souvent de l'affirmation plus que de la démonstration³¹⁰⁷. La proposition de directive « droit à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales »³¹⁰⁸, par exemple, exposa ceci : « l'objectif de la présente proposition ne peut être atteint d'une manière adéquate par les seuls États membres, celle-ci ayant pour objet de promouvoir la confiance entre eux. Il importe donc de convenir d'une norme minimale commune qui soit applicable dans l'ensemble de l'Union européenne. La présente proposition rapprochera les règles procédurales des États membres applicables à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, afin de renforcer la confiance mutuelle. La proposition est donc conforme au principe de subsidiarité »³¹⁰⁹. Compte tenu de ce que la directive n'a pas réellement eu de plus-value par rapport à l'acquis du droit de la convention EDH en la matière, la motivation laisse quelque peu perplexe. La proposition de directive « droit à l'assistance d'un avocat » va même jusqu'à faire sourire en énonçant que « l'objectif de la présente proposition ne peut être atteint d'une manière adéquate par les seuls États membres car les modalités et les délais précis attachés à l'exercice du droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales varient encore sensiblement dans l'Union européenne » alors même que le texte ne fixe aucun délai précis³¹¹⁰. A *contrario*, le préambule la décision-cadre relative à la reconnaissance mutuelle des peines privatives de liberté,

³¹⁰⁴ Art. 5 du Protocole sur le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Pour plus de développements, voir : Commission européenne, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact, 15 janvier 2009, SEC(2009) 92.

³¹⁰⁵ Art. 296, al. 2, TFUE.

³¹⁰⁶ Voir, par exemple : préambule des directives « décision d'enquête européenne », « contrefaçon de l'euro et des autres monnaies », « abus de marchés ».

³¹⁰⁷ En ce sens également : HAGUENAU-MOIZARD, C., GAZIN, F., LEBLOIS-HAPPE, J., Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, Larcier, coll. Paradigme, 2016, p. 88 ; VAN de KERCHOVE, M., précité, pp. 36, 41 ; SATZGER, H. (dir.), Manifeste pour une politique criminelle européenne, 2009, - https://sites.google.com/site/eucrimpol/manifest/francais#_ftnref1.

³¹⁰⁸ Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales – procédure législative 2010/0801/COD.

³¹⁰⁹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales - COM/2010/0082 final - COD 2010/0050.

³¹¹⁰ Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires – Procédure législative 2011/015/COD.

qui justifie son utilité au regard des lacunes de la convention du Conseil de l'Europe sur le transfèrement des détenus³¹¹¹, apparaît nettement plus satisfaisant.

793. *Les contrôles du respect de la subsidiarité* – L'importance apparente du principe de subsidiarité n'est cependant pas corroborée par les mécanismes de contrôle de son respect ; ceux-ci se révèlent matériellement peu efficaces, ainsi que le démontrent les justifications peu satisfaisantes évoquées. Le traité de Lisbonne a créé une procédure de contrôle politique effectuée *a priori* par les parlements nationaux³¹¹². Nécessairement tenus informés des dépôts de projets législatifs, ceux-ci peuvent contraindre les auteurs du texte à le réexaminer en émettant, par plus d'un quart, un avis négatif sur le respect du principe de subsidiarité. Toutefois, ceux-ci ne peuvent en réalité que ralentir le processus, mais pas l'interrompre³¹¹³. La Cour de Justice, de son côté, a toujours eu la faculté de contrôler le respect du principe de subsidiarité via un contrôle de légalité des actes législatifs³¹¹⁴. Toutefois, celui-ci apparaît plus formel qu'autre chose. Ainsi qu'il a été observé, « le principe de subsidiarité n'a jamais vraiment été développé par les juridictions de l'Union » qui limitent leur contrôle au respect de la base légale et à l'erreur manifeste d'appréciation³¹¹⁵. Certes, le déploiement progressif des effets du traité de Lisbonne, qui a incité à un plus grand contrôle en mentionnant la compétence de la Cour dans le Protocole dédié aux principes de subsidiarité et de proportionnalité³¹¹⁶, l'a conduite à préciser certains points³¹¹⁷. Toutefois, elle semble toujours se contenter d'une justification formelle de l'opportunité de

³¹¹¹ Point 4 du préambule de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne (JOUE L 327 du 5 déc. 2008).

³¹¹² Article 4 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

³¹¹³ En effet, la proposition ayant fait l'objet d'un avis négatif peut être maintenue, modifiée ou retirée. Si le projet de texte litigieux est maintenu, le Parlement et le Conseil doivent se prononcer sur la conformité du projet législatif au principe de subsidiarité. Seuls ces derniers peuvent, en réalité, conduire à l'abandon du projet de texte.

³¹¹⁴ Anc. art. 230 TCE ; art. 263 TFUE, auquel renvoie l'art. 8 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité actuellement en vigueur.

Pour des illustrations de ce grief à l'occasion de recours, antérieurement au traité de Lisbonne : CJCE, 14 avril 2005, Belgique c/ Commission aff. C-110/03, §§56-58 ; 13 mai 1997, Allemagne c/ Parlement et Conseil, aff. C-233/94, §28 ; 12 nov. 1996, R.-U. et Irlande c/ Conseil, aff. C-84/94, §55.

³¹¹⁵ RACCAH, A., Les faux espoirs du principe de subsidiarité post-Lisbonne. LE principe de subsidiarité post-Lisbonne rationalise-t-il vraiment l'exercice des compétences de l'Union ?, Colloque « Belgique, Europe et mondialisation, quelles équations ?, ISPOLE, Louvain-la-Neuve, 13 et 14 oct. 2010, cité par VAN de KERCHOVE, M., Le principe de subsidiarité, précité, p. 35.

³¹¹⁶ Art. 8 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité actuellement en vigueur ; le protocole précédemment en vigueur ne le précisait pas.

³¹¹⁷ Tel le fait que « le principe de subsidiarité ne saurait avoir pour effet de rendre invalide un acte de l'Union en raison de la situation particulière d'un État membre, fût-il plus avancé que d'autres au regard d'un objectif poursuivi par le législateur de l'Union, dès lors que celui-ci a, comme en l'espèce, estimé sur la base d'éléments circonstanciés et sans commettre d'erreur d'appréciation que l'intérêt général de l'Union pouvait être mieux servi par une action au niveau de celle-ci » - CJUE, 18 juin 2015, Estonie/Parlement et Conseil, C-508/13, §54. Dans le même sens : CJUE, Pologne c/ Parlement et Conseil, précité, §119.

l'intervention législative de l'Union³¹¹⁸. On lui concèdera néanmoins qu'apprécier, au fond, le respect de ce principe est assez délicat, l'exposant à la critique d'un « gouvernement des juges ».

794. Sous cet angle général, le principe de subsidiarité dicte à l'Union le « quand légiférer ». Lorsque l'on applique le principe au droit pénal, le « quand légiférer au moyen du droit pénal », la subsidiarité unioniste rejoint le principe pénal de nécessité.

II- Le principe pénal de subsidiarité : le principe de nécessité de la peine

795. *Principe de subsidiarité appliqué au droit pénal = principe de nécessité* - En théorie générale de la loi pénale, les peines doivent être strictement et évidemment nécessaires. Autrement dit, il ne saurait être fait recours à la loi pénale qu'en dernier ressort (*ultima ratio*)³¹¹⁹. Considérer le principe de subsidiarité unioniste dans le contexte du domaine du droit pénal de fond, celui-ci rejoint alors le principe pénal de nécessité³¹²⁰. Le principe de subsidiarité a pour but de rationaliser le partage d'une compétence entre l'Union et les Etats membres ; le principe de nécessité à celui de rationaliser le recours à la sanction pénale. Afin de distinguer ces deux problématiques différentes, il est donc préférable d'envisager la question de la subsidiarité de la sanction pénale sous l'appellation de principe de nécessité de la peine.

796. *Nécessité de la peine en droit pénal de l'Union* – En effet, le droit pénal de l'Union européenne est soumis à ce principe. Selon des modalités certes différentes³¹²¹, le principe de la nécessité de la peine est implicitement exigé par les articles 83, §1 et §2, TFUE. Le premier n'autorise que l'harmonisation des formes de criminalité particulièrement graves, lorsqu'elles sont

³¹¹⁸ Elle se satisfait de ce que l'acte « fa[ss]e ressortir l'essentiel de l'objectif poursuivi, il serait inutile d'exiger une motivation spécifique pour chacun des choix techniques opérés » CJUE, *Estonie c/ Parlement*, précité, §60 ; CJCE, *Italie c/ Commission*, aff. 100/99, §64.

³¹¹⁹ La « subsidiarité du droit pénal » se dédouble d'une « subsidiarité en droit pénal ». La seconde succède à la première, pour peu qu'elle appelle une réponse positive, et interroge alors la question de « quelle peine ? ».

Voir : VAN DE KERCHOVE, M. et VAN DROOGHENBROECK, S., « la subsidiarité en droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in DELPERRE, F. (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 153-160.

³¹²⁰ Notamment : TRICOT, J., *Etude critique de la contribution de l'Union européenne au renouvellement de la légalité pénale*, th. dactyl. Paris I – Panthéon Sorbonne, 2009, pp. 572-574 ; VAN DE KERCHOVE, M. et VAN DROOGHENBROECK, S., *La subsidiarité et le droit pénale : aspects nouveaux d'une question ancienne*, in DELPERRE, F. (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, 2002, pp. 153-160.

³¹²¹ L'art. 83, §1 TFUE envisage un premier cas d'harmonisation des infractions pénales : lorsqu'il s'agit de formes particulièrement graves de criminalité transfrontière nécessitant d'être combattue sur les bases communes. L'art. 83, §2 TFUE, quant à lui, concerne l'harmonisation des infractions pénales « indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation ».

transfrontières, par nature ou par effet, ou lorsqu'il est nécessaire d'agir sur des bases communes. Le second soumet l'harmonisation des infractions à la condition qu'il s'agisse de garantir l'effectivité d'une politique de l'Union ayant fait l'objet d'une harmonisation. Quoique la question ne fasse pas l'unanimité³¹²², ce n'est ni plus ni moins que l'expression du principe de nécessité autorisant les institutions de l'Union à n'imposer de sanctions pénales que « lorsqu'elles sont jugées essentielles à la protection des intérêts »³¹²³ de sorte qu'« il ne faudrait, d'une manière générale, y recourir qu'en dernier recours (...) afin de viser des comportements (...) auxquels on ne peut pas s'attaquer de manière efficace par des mesures moins sévères »³¹²⁴.

797. Conséquences - La nécessité de la sanction pénale s'analysant en une subsidiarité spéciale, les institutions de l'Union doivent donc en justifier le respect lors du processus législatif, ce qui est fréquemment aussi peu satisfaisant que les justifications de la subsidiarité de l'action de l'Union. Le préambule de la directive « protection pénale de l'euro et des autres monnaies »³¹²⁵, par exemple, l'expose en quelques lignes³¹²⁶. S'il est vrai qu'en l'occurrence, s'agissant de la monnaie unique, compétence exclusive, l'Union est toute légitime pour assurer la protection pénale de l'euro³¹²⁷, la plus-value apportée par l'adoption d'une directive pénale, alors que l'ensemble des Etats membres sont partis à la convention internationale pour la répression du faux-monnayage³¹²⁸, n'est pas réellement démontrée. Certes, on peut observer que la nécessité du

³¹²² Pour certains auteurs, il s'agit plutôt de principes d'efficacité. Voir : PIN, X., discussion : subsidiarité versus efficacité, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées*, 2012, p. 47-57 ; VAN de KERCHOVE, M., *Le principe de subsidiarité*, *in* GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., précité, pp. 27-46.

³¹²³ Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal - 16542/1/09 REV 1 JAI 868 DROIPEN 160 – p. 4.

³¹²⁴ *Ibid.*

³¹²⁵ Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, et remplaçant la décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil - JOUE L 151 du 21 mai 2014.

³¹²⁶ « En tant que monnaie unique partagée par les États membres de la zone euro, l'euro est devenu un élément important de l'économie de l'Union et de la vie quotidienne de ses citoyens. Néanmoins, depuis sa mise en circulation en 2002, comme il s'agit d'une monnaie sans cesse visée par des groupes criminels organisés actifs dans le faux monnayage, la contrefaçon de l'euro a entraîné un préjudice financier d'au moins 500 000 000 EUR. Il est dans l'intérêt de l'Union dans son ensemble de contrecarrer et de sanctionner toute activité susceptible de remettre en cause l'authenticité de l'euro par la contrefaçon ».

³¹²⁷ CJUE, 19 déc. 2012, *Mitteldeutsche Flughafen*, c/ Commission, aff. C-288/11P, §79 : « l'appréciation de la compatibilité d'une aide avec le marché commun relevant de sa compétence exclusive (...) le Tribunal a considéré à bon droit que la Commission ne saurait avoir porté atteinte au principe de subsidiarité ». Dans le même sens : 4 mai 2016, *Pologne c/ Parlement et Conseil*, aff. C-358/14, §111 ; 9 oct. 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, aff. C-377/98 §31 ; Conclusions de l'av. gén. KOKOTT présentées le 29 avril 2010 dans l'aff. C-550/07P, *Akzo Nobel c/ Commission*, §171 : « les règles de procédure en matière d'ententes (règlement n°17 et règlement n°1/2003) font partie des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur dont l'adoption ressortit à la compétence exclusive de l'Union [art. 3, §1, b) TFUE], de sorte que le principe de subsidiarité n'est pas applicable en la matière (art. 5, §3 TUE).

³¹²⁸ Etat des signatures et ratifications disponible sur :

https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=554&chapter=30&clang=_fr.

recours à l'harmonisation des infractions pénales est de plus en plus longuement et sérieusement motivée. La directive « pollution contre les navires », par exemple, expose d'abord que « les normes matérielles pour les rejets de substances polluantes provenant des navires sont fondées sur la convention MARPOL 73/78. Toutefois, ces règles sont quotidiennement ignorées par un très grand nombre de navires (...) [et sont] mise[s] en œuvre différemment d'un État membre à l'autre », ensuite que « ni le régime international relatif à la responsabilité civile et à l'indemnisation en cas de pollution par les hydrocarbures ni celui concernant la pollution par d'autres substances dangereuses ou nocives ne comportent suffisamment d'effets dissuasifs », ce qui amène naturellement à la conclusion qu'« il convient que les rejets de substances polluantes par des navires soient considérés comme des infractions s'ils ont été commis intentionnellement, téméairement ou à la suite d'une négligence grave »³¹²⁹. Toutefois, la nécessité du recours à la sanction pénale n'est pas toujours réellement exposée. Les préambules des directives « cybercriminalité » ou « exploitation sexuelle des enfants », par exemple, justifient la nécessité de modifier pour renforcer les décisions-cadres qu'elles remplacent, sans vraiment justifier la nécessité de la peine. Encore que dans ces cas, le fait qu'il s'agisse de directives de remplacement peut être considéré comme postulant, en quelque sorte, de ce que la nécessité de la peine a déjà été justifiée par les décisions-cadres pénales antérieures.

798. Subsidiarité de l'intervention de l'Union vs nécessité de la sanction pénale – Si le moindre attachement du législateur de l'Union à justifier la nécessité de la sanction pénale n'est probablement pas sans lien avec le principe institutionnel de subsidiarité. Celui-ci « tend à détourner voire se retourner contre le principe de l'*ultima ratio* »³¹³⁰ pénale. En effet, la subsidiarité de l'action normative de l'Union suppose un double test : celui de l'inefficacité de l'action individuelle des Etats membres et celui du « mieux réalisant »³¹³¹ unioniste. Toutefois, la sanction pénale étant la plus sévère, elle est par nature plus efficace que tout autre type de sanction. De la sorte, la justification de la nécessité de pénaliser certains comportements emporte la justification

³¹²⁹ Point 2, 3, 7 et 8 du préambule de la directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions, notamment pénales, en cas d'infractions de pollution. Voir également le préambule la directive « abus de marchés ».

³¹³⁰ TRICOT, J., Etude critique de la contribution de l'Union européenne au renouvellement de la légalité pénale, th. dactyl. Paris I – Panthéon Sorbonne, 2009, p. 575.

³¹³¹ BLUMANN, C., Traité établissant une constitution pour l'Europe. Genèse, contenu, postérité (traité de Lisbonne), J.-Cl Europe – traité, fasc. 120, n°72.

d'une intervention de l'Union, ce qui est un raccourci intellectuel amoindrissant sérieusement la portée de la coexistence des deux aspects de la subsidiarité³¹³².

799. Les principes de subsidiarité régulent le « quand légiférer », notamment le « quand pénaliser » s'agissant du principe de subsidiarité ou de nécessité de la peine. Le « comment légiférer » est, quant à lui, encadré par les principes de proportionnalité.

B- LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

800. *Un énoncé, deux types de proportionnalité* – « L'idée de la proportion fait depuis toujours partie du raisonnement juridique. Ce sont les différentes connotations idéologiques de référence qui en modifient le contenu et lui donnent un visage particulier en changeant l'objet, la méthode et la fonction de la proportion »³¹³³. Dans le système pénal de l'Union, il y a deux principes de proportionnalité : un principe « structurel »³¹³⁴ et institutionnel dictant la nécessaire adéquation entre l'action de l'Union et les objectifs des traités³¹³⁵, mais également entre l'action des Etats membres et les objectifs des traités selon une perspective utilitariste³¹³⁶ (I) ; un principe de droit pénal prescrivant l'adéquation entre la peine et l'infraction dans une perspective rétributive (II). Tous deux principes généraux du droit de l'Union et s'inscrivant dans une finalité similaire conduisant à un résultat analogue, ils n'engendrent pas les mêmes implications.

³¹³² Aboutissant une conclusion semblable, selon une construction intellectuelle différente, toutefois : VAN DEKERCHOVE, M., précité ; PIN, X., précité. En effet, ces deux auteurs estiment que l'article 83 TFUE ne comprend qu'une branche du principe de subsidiarité, la condition d'une plus-value de l'action de l'Union. A notre sens, la condition de l'insuffisance de l'action individuelle des Etats membres est présumée remplie et justifiée du fait même du transfert de compétences au profit de l'Union par les Etats membres qui, ce faisant, ont reconnu les limites de leurs pouvoirs individuels. Il n'était pas nécessaire de le mentionner dans l'article 83 TFUE. Afin de s'assurer au mieux que l'autre condition du principe de subsidiarité, la plus-value de l'intervention de l'Union, soit respectée pour chaque acte, il n'était pas inutile d'en rappeler la consistance attendue dans le domaine pénal.

³¹³³ SOTIS, C., Les principes de nécessité et de proportionnalité, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 65.

³¹³⁴ PESCATORE, P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice », in Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita, Bruylant, 1972, tome 2, p. 325.

³¹³⁵ Art. 5, §4 TUE.

³¹³⁶ SOTIS, C., précité, p. 65 ; HAGENAU-MOIZARD, C., GAZIN, F. et LEBLOIS-HAPPE, J., Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, précité, p. 96-97.

I- Le principe institutionnel de proportionnalité

801. *La proportionnalité imposée à l'intervention de l'Union*³¹³⁷ - Le principe institutionnel de proportionnalité prescrit aux institutions de l'Union de choisir les moyens proportionnés aux buts poursuivis, par hypothèse, légitimes. Il s'agit donc une proportionnalité utilitariste³¹³⁸. La proportionnalité entre l'intervention de l'Union et les objectifs des traités s'apprécie au regard de divers critères : choix de l'outil juridique (lorsque les traités n'en imposent pas), de la méthode normative (plus ou moins uniformisatrice), ou encore le cout financier pour l'Union et les Etat membre³¹³⁹. Dans le contexte pénal, il prescrit donc de s'assurer de l'adéquation entre le choix de recourir à l'intervention pénale, en général, et le choix de *cette* intervention pénale, en particulier, et le/les objectifs poursuivis. Cet aspect du principe institutionnel de proportionnalité est supposément contrôlé par le Cour de Justice³¹⁴⁰. Cela étant, à notre connaissance, aucun outil législatif pénal de l'Union n'a sanctionné pour défaut de proportionnalité, par insuffisance ou excès, pas plus que ne l'ont été les motivations tenant de la pétition de principe du type « la présente proposition est conforme au principe de proportionnalité en ce qu'elle se limite au minimum requis pour atteindre, au niveau européen, l'objectif précité et n'excède pas ce qui est nécessaire à cette fin »³¹⁴¹.

802. Ce principe institutionnel de proportionnalité contribue à encadrer le « comment légiférer » de l'Union. Son homologue pénal encadre spécifiquement le « comment punir ».

³¹³⁷ Le principe institutionnel de proportionnalité concerne également le rapport entre le droit de l'Union et celui des Etats membres ; il a alors deux revers : positivement, il impose aux Etats membres de prendre des mesures d'exécution qui permettra d'atteindre un objectif de l'Union ou d'une réglementation particulière. Négativement, il leur interdit les mesures qui iraient à son encontre, tout comme le fait le principe de coopération loyale. Ces questions se trouvent à la frontière extérieure de la présente recherche, aussi elles ne seront pas développer outre mesure. Pour des études doctrinales sur la question, loc. cit. note n°1813.

³¹³⁸ SOTIS, C., Les principes de nécessité et de proportionnalité, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., précité, p. 65.

³¹³⁹ Sur le rôle du principe de proportionnalité dans le choix de l'outil juridique ou de la méthode normative, v. notamment : HAGENAU-MOIZARD, C., GAZIN, F. et LEBLOIS-HAPPE, J., Les fondements du droit pénal de l'Union européenne, précité, p. 93.

Sur la prise en compte de l'impact financier, v. art. 5 du protocole n°5 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité de Lisbonne.

³¹⁴⁰ Supposément car l'art. 8 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, dédié à la compétence de la Cour de Justice, ne mentionne pas le grief d'une violation du principe de proportionnalité. Reste à savoir s'il convient d'y voir une disposition spéciale écartant le contrôle de proportionnalité que permet, *a priori*, à l'article 263 TFUE.

³¹⁴¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales - COM/2013/0821 final - 2013/0407 (COD), §49. Dans le même sens : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'aide juridictionnelle provisoire pour les suspects et les personnes poursuivies privés de liberté, ainsi que l'aide juridictionnelle dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen - COM/2013/0824 final - 2013/0409 (COD), §41.

II- Le principe pénal de proportionnalité

803. *Présentation générale* - Enoncé à l'article 49, §3 de la Charte, le principe de proportionnalité de la peine à l'infraction repose sur une conception « rétributionniste »³¹⁴² de la peine : la gravité de la peine doit correspondre à la gravité attribuée à l'infraction. Elle rejoint, ainsi, le principe de nécessité dans la mesure où « la pesée de la nécessité va se faire à l'aune de la proportionnalité, celle qui doit exister entre la mesure en cause et l'objectif à atteindre »³¹⁴³. Au-delà, le principe pénal de proportionnalité commande la cohérence interne d'un système pénal dans l'usage de la peine. Cette proportionnalité générale s'exprime à travers l'échelle des valeurs l'échelle des peines, et l'idéologie ou identité pénale³¹⁴⁴. En effet, les peines doivent être proportionnées à l'importance du/des biens juridiques que l'incrimination protège. En Europe, la Charte des droits fondamentaux et la convention EDH veulent que les personnes soient plus importantes que les biens³¹⁴⁵ ; en conséquence, pour être proportionnées, les atteintes aux personnes sont, d'un point de vue global, plus sévèrement sanctionnées que les atteintes aux biens. Mais une échelle des valeurs perd tout sens si toutes les infractions sont identiquement sanctionnées, qu'elles portent atteintes aux personnes ou aux biens. Il faut donc qu'un système pénal comprenne une échelle des peines. L'idéologie ou l'identité pénale d'un système va influencer la proportionnalité des peines aux infractions. Une idéologie autoritaire et sécuritaire prendra généralement en considération la simple dangerosité d'un comportement³¹⁴⁶. Ainsi, la pédopornographie « virtuelle » est tout aussi dangereuse que la pédopornographie « réelle », ce qui dicte une répression guère moins sévère de la première. A l'inverse, une idéologie libérale cherchant un juste équilibre entre la lutte contre le crime et la protection des libertés individuelles donnera la priorité à des peines alternatives et réservera la peine d'emprisonnement aux infractions les plus graves ; une telle idéologie dicte une procédure pénale très soucieuse du respect des droits des accusés³¹⁴⁷.

³¹⁴² *Ibid.*

³¹⁴³ KOERING-JOULIN, R. et SEUVIC, J.-F., Droits fondamentaux et droit criminel, AJDA, Juillet – aout 1998, p. 116.

³¹⁴⁴ SOTIS, C., précité, p. 71.

³¹⁴⁵ La Charte des droits fondamentaux place la dignité humaine, qui comprend le droit à la vie et à l'intégrité de la personne, et de l'esclavage avant le droit de fonder une famille ou le droit à un procès.

³¹⁴⁶ PRADEL, J., Droit pénal comparé, Dalloz, coll. Précis, 2008, p. 719 – 728, n°671-678.

³¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 749-760, n°694-705.

804. *La proportionnalité des infractions aux peines en droit pénal de l'Union* – Pour le professeur SOTIS, il n'y aurait pas de proportionnalité générale entre les infractions et les peines en droit de l'Union, qui n'aurait ni l'échelle des peines, ni l'idéologie pénale nécessaires. La critique n'est pas dépourvue de bien-fondés, mais est quelque peu excessive. Il est vrai que l'échelle des peines des euros-infractions harmonisées peu laisser perplexe, ainsi qu'il a été précédemment évoqué³¹⁴⁸. Toutefois, il y en a bel et bien une. Grossière. Imparfaite. Mais existante. Si elle existe, d'ailleurs, c'est bien parce qu'il n'avait pas échappé aux institutions et aux Etats membres qu'un minimum de rationalité dans les quanta des peines était nécessaire au succès de l'entreprise d'harmonisation des infractions³¹⁴⁹. En dehors du droit pénal de l'ELSJ, on peut observer une certaine cohérence dans le calcul des amendes prévues³¹⁵⁰. Les amendes prévues en droit de la concurrence et d'abus de marchés, destinées à s'appliquer plutôt à des infractions commises par de grandes entreprises et/ou afin de s'enrichir, sont des amendes proportionnelles afin, d'une part, que « le crime ne paie pas », et d'autre part, qu'elle soit à la hauteur des facultés de paiement de l'auteur de l'infraction, pour qu'il puisse ainsi les ressentir comme dissuasive et punitive³¹⁵¹. Quant au choix de recourir à l'amende ou à la peine privative de liberté, il est parfaitement logiquement dicté par le fait que les personnes les plus susceptibles de commettre l'euro-infraction concernée soient des personnes physiques ou morales. S'agissant de l'idéologie pénale, enfin, que celle-ci ne soit pas formalisée, ni finalisée certainement, n'ôte rien au fait que certains éléments semblent déjà irrémédiablement fixés et propres à éclairer un éventuel contrôle de proportionnalité entre la gravité de l'infraction et la peine prévue. A l'appui de sa critique, le professeur SOTIS prend l'exemple de la pédopornographie. Celui-ci doute que l'on puisse déterminer si le droit de l'Union impose la pénalisation identique de la pédopornographie virtuelle et réelle, l'identité pénale de l'Union n'aurait pas choisi entre la dangerosité subjective ou la gravité objective des infractions. Cela étant, on peut à l'inverse considérer que le seul fait de définir la pédopornographie comme pouvant aussi bien être réelle que virtuelle tend à indiquer que la dangerosité potentielle que représente la pédopornographie virtuelle est, pour l'Union, aussi grave que la pédopornographie réelle. La systématique incrimination de la tentative et de

³¹⁴⁸ Voir supra, n°629.

³¹⁴⁹ Ce fut l'un des objets du Conseil JAI des 24 et 25 avril 2002, voir à ce propos : CLAISSE, S. et JAMAR, J.-S., L'harmonisation des sanctions, Actualité de droit pénal européen, les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n°9, 2003, p.73-79.

³¹⁵⁰ Voir supra n°630.

³¹⁵¹ Voir supra n°310 et n°359.

l'incitation, que l'on retrouve également en droit de la concurrence, de même que les incriminations autonomes du financement du terrorisme, de l'entraînement reçu ou dispensé repose sur une identité pénale qui considère comme tout aussi grave la dangerosité potentielle que l'atteinte avérée à un bien juridique. Ce qui dicte donc de réprimer ces comportements.

805. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité encadrent positivement l'intervention de l'Union dans le champ pénal : les premiers indiquent quand il est légitime pour l'Union d'agir, les second encadrent le comment il est légitime pour l'Union d'agir. Afin de « verrouiller » ce système, un troisième principe moins connu, moins visible, encadre négativement l'intervention l'Union en lui dictant quand et comment il n'est pas légitime d'agir : le principe du respect de l'identité nationale.

C- LE RESPECT DE L'IDENTITE NATIONALE DES ETATS MEMBRES

806. *Le fondement du principe de respect de l'identité nationale : la primauté du droit de l'Union* - Le principe de respect de l'identité nationale n'est pas une modalité de fonctionnement du système juridique de l'Union, mais une condition de son existence³¹⁵² : « le respect de l'identité constitutionnelle des Etats membres constitue pour l'Union un devoir. Ce devoir s'impose à elle depuis l'origine. Il participe en effet de l'essence même du projet européen initié au début des années 1950, qui consiste à avancer sur la voie de l'intégration tout en préservant l'existence politique de l'Etat. Preuve en est qu'il fut explicitement énoncé pour la première fois à l'occasion d'une révision des traités, celle du traité de Maastricht, dont les avancées sur la voie de l'intégration ont rendu nécessaire aux yeux des constituants son rappel³¹⁵³. L'Union est fondée sur un objectif d'intégration, c'est-à-dire « une visée d'unification selon une idée d'ordre cohérente »³¹⁵⁴. Comme dans le cadre du droit international, on « ne saurait reconnaître d'autres principes que celui de la primauté [du droit de l'Union] sur le droit interne,

³¹⁵² En ce sens : FLORE, D., *Droit pénal européen*, Larcier, 2009, p. 53, n°91 . HAGUENAU-MOIZARD, C., GAZIN, F., *LEBLOIS-HAPPE, J., Les fondements du droit pénal de l'Union européenne*, Larcier, 2016, p. 98.

³¹⁵³ Conclusions de l'av. gén. MADURO présentées le 8 oct. 2008 dans l'aff. C-213/07, Michaniki, §33.

³¹⁵⁴ PESCATORE, P., *L'ordre juridique des Communautés européennes : études des sources du droit communautaire*, Presses universitaires de Liège, 1971, p. 179, voir également : LEVADE, A., *Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable ?*, in : *Mélanges en l'honneur de P. MANIN, L'Union européen : union de droit, union des droits*, Pédone, 2010, p. 113.

sous peine de nier toute valeur au droit [de l'Union]³¹⁵⁵. Cependant, dans une organisation politique qui ne possède pas de souveraineté³¹⁵⁶ propre se substituant totalement à celle de ses membres, la garantie du maintien de l'adhésion de ses membres ne tient qu'à l'équilibre délicat entre la volonté d'une certaine intégration, manifestée par l'acte d'adhésion, et l'attachement aux spécificités nationales, manifesté par le fait que l'Union n'a pas été conçue comme une fédération d'Etats³¹⁵⁷.

807. *Expression du principe* – Cette dualité en apparence inconciliable est restituée par l'article 4 TUE énonçant successivement le respect de l'Union pour l'« identité nationale des Etats membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles » et l'obligation, pour ces derniers, de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions. Comptant parmi les dispositions générales du TUE, le principe du respect de l'identité nationale des Etats membres est un principe directeur du droit de l'Union. Il est également plus spécifiquement affirmé par l'article 67, §1 TFUE en soumettant l'établissement de l'ELSJ au respect des droits fondamentaux et des traditions juridiques nationales. Nonobstant cette limitation générale de l'intervention de l'Union dans tous le domaine de l'ELSJ, l'article 82, §2 TFUE précise encore que le rapprochement des législations procédurales doit tenir « compte des différences entre les traditions et systèmes juridiques des Etats membres ». Ainsi, le principe de respect de l'identité nationale s'entend également du respect des structures fondamentales politiques et constitutionnelles, des droits fondamentaux et traditions juridiques nationales.

808. *Les garanties du respect de l'identité nationale des Etats membres* – Affirmer le respect de l'identité nationale des Etats membres, de leurs traditions et systèmes juridiques, ne vaudrait pas grand-chose sans mécanismes propres à garantir le respect. La Cour de Justice y participe, notamment en approuvant ou réprouvant l'invocation de particularismes nationaux

³¹⁵⁵ JACQUE, J.-P., Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Chartes de Nations Unies : l'instabilité des rapports de systèmes entre ordre juridiques, RFDC 2007/1, p. 4.

³¹⁵⁶ Entendue ici comme la compétence de ses compétences.

³¹⁵⁷ En ce sens : LEVADE, A., précité, p. 111, 121 : « exigence existentielle [de primauté] et identité constitutionnelle ne se comprennent qu'articulées, elles postulent, mutuellement leur respect » ; NABLI, B., L'identité constitutionnelle européenne de l'Etat de l'Union, *in* : Mélanges en l'honneur de P. MANIN, précité, p. 156 : « le principe d'appartenance conduit à aménager la souveraineté de l'Etat sans signer sa disparition ».

pour déroger au droit de l'Union, notamment dans le cadre du marché intérieur³¹⁵⁸. Pour ce qui concerne plus spécifiquement le droit pénal de l'Union, la règle du vote à l'unanimité pour l'ex-troisième pilier le permettait assurément. Son abandon au profit de la procédure législative ordinaire, soumise au vote à la majorité qualifiée a suscité le besoin d'instituer un mécanisme compensatoire. Celui-ci a été nommé « procédure de frein d'urgence » qui permet à l'Etat membre qui estimerait qu'un projet législatif présente un risque d'atteinte « aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale »³¹⁵⁹, de suspendre la procédure législative en demandant la saisine du Conseil européen. Celui-ci a alors quatre mois pour trouver un consensus et renvoyer le projet au Conseil ou pour enclencher une éventuellement coopération renforcée sur la base du projet de directive concerné, suivant les dispositions des articles 20, §2, TUE et 329, §1 TFUE. La procédure permet donc, en théorie, de préserver la cohérence du système pénal d'un Etat membre tout en permettant aux autres d'approfondir le rapprochement des législations. Quoique de prime abord, on pourrait se demander quels aspects fondamentaux d'un système de justice pénale national pourraient être mis en danger par un projet d'harmonisation des législations pénales, l'insertion de cette disposition rendue nécessaire par la vive opposition de plusieurs Etats membres à l'abandon de l'unanimité dans le domaine pénal³¹⁶⁰ atteste probablement qu'il y en ait bel et bien. Enfin, en tant principe régulateur de l'action de l'Union, la logique veut que la Cour de Justice soit compétente, au titre du contrôle de légalité d'un acte juridique, de contrôler le respect de l'identité nationale. Toutefois, aucun fondement, notamment jurisprudentiel, ne permet d'établir incontestablement que l'atteinte au respect de l'identité nationale affecte la légalité d'un acte de l'Union³¹⁶¹.

809. Ayant ainsi appréhendé différents principes fondamentaux s'imposant au législateur de l'Union, il convient maintenant d'exposer comment ceux-ci façonnent un système pénal original, comment ils transforment ce qui peut être perçu comme une anomalie du système pénal de l'Union en particularité du système de l'Union.

³¹⁵⁸ Par exemple : CJCE, 14 oct. 2004, Omega, aff. C-36/02 : La Cour approuva que la conception spécifique que pouvait avoir l'Allemagne de la dignité humaine s'oppose à la commercialisation d'un jeu vidéo simulant l'homicide de personnes.

³¹⁵⁹ Art. 82, §3 et 83, §3 TFUE.

³¹⁶⁰ PRIOLLAUD, F.-X. et SIRITZKY, D., Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens, La documentation française, 2008, p. 220.

³¹⁶¹ PLATON, S., Le respect de l'identité nationale des Etats membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? RUE, 2012, p. 150.

810. *Fausse anomalies, vraies particularités* - En filigrane des précédents développements, plusieurs éléments se sont révélés peu engageant vis-à-vis de la qualification de système pénal de l'Union européenne : des frontières fluctuantes (I), des méthodes normatives atypiques combinées de manière difficilement compréhensible (II), des vides juridiques non négligeables (III). Il serait tentant d'y voir des anomalies suffisamment importantes pour disqualifier le système pénal de l'Union de système juridique. En réalité, ces « anomalies » sont ce qui fait toute l'originalité d'un modèle pénal inédit. Il convient toutefois de reconnaître que s'employer à discerner une logique globale s'est avéré délicat, parfois presque hasardeux. Chercher les « pourquoi » et les « comment » conduit souvent à soulever plus de questions que l'on obtient de réponses, faute, notamment, de ne pouvoir connaître le détail des négociations des textes. Toutefois, se tourner vers les principes qui viennent d'être évoqués permet de justifier certaines observations.

I- Un système pénal à géographie variable

811. *Présentation générale* - Le système pénal de l'Union est un système pénal à géographie variable, c'est-à-dire qu'il fait « une application différenciée d'un même droit sur des territoires différents »³¹⁶². Il ne s'agit ni d'une anomalie, ni d'un argument le disqualifiant en tant que système juridique, mais d'une particularité de ce système, une originalité institutionnalisée par les traités (a) car nécessairement impliquée par les principes institutionnels (b).

³¹⁶² ADALID, S. e. a., L'ELSJ : un droit à géographie variable ?, RTD Eur. 2012, p. 828.

a) Les éléments de la géographie variable

812. *Les Etats à statut dérogatoire : les opt-in*³¹⁶³ – Trois Etats membres connaissent un régime d'adhésion dérogatoire faisant du système pénal de l'Union un système pénal à géographie variable. Depuis 1992, le Danemark est en retrait de la politique « visas, asile et immigration »³¹⁶⁴ ainsi que pour la coopération judiciaire en matière civile. Lors de l'adoption du traité de Lisbonne, cet Etat membre a obtenu une généralisation de son régime dérogatoire à tout le droit de l'ELSJ. Il n'est donc lié par aucun des actes adoptés sur ces bases juridiques, sauf pour ce qui a trait à l'acquis de Schengen et s'il décide de les transposer dans un délai de six mois³¹⁶⁵. Quant au Royaume-Uni et à l'Irlande³¹⁶⁶, le protocole 21 annexé au traité de Lisbonne a maintenu leur situation dérogatoire : par principe, ils ne participent pas à l'élaboration de l'ELSJ ; par exception, et à discrétion, ils peuvent notifier leur souhait d'être liés par les instruments juridiques de leur choix sous trois mois³¹⁶⁷. Ainsi, ils sont liés par la décision 2000/365/CE du 29 mai 2000 relative à la coopération judiciaire et policière en matière pénale pour l'acquis de Schengen, à la lutte contre le trafic de drogues et au système SIS. L'Irlande avait fait part de son intention de participer « autant que possible » à l'ensemble des mesures de l'ELSJ³¹⁶⁸. C'est effectivement elle qui participe le plus³¹⁶⁹. La sortie prochaine du Royaume-Uni ne modifiera qu'assez peu les choses, le Danemark et l'Irlande restant bénéficiaires de leur régime dérogatoire.

813. *Les territoires à statut dérogatoire* - Un certain nombre de territoires disposent également de statuts dérogatoires en droit de l'Union en raison de ceux dont qu'ils disposent en droit interne. Il s'agit des territoires « d'outre-mer », entendu génériquement comme les territoires insulaires rattachés aux Etats membres. Les îles Féroé, par exemple, largement autonomes par rapport au Danemark auxquelles sont rattachées, n'étaient pas soumises au droit de l'Union sous l'empire du traité de Maastricht. Si elles sont désormais liées à l'Union c'est par un accord

³¹⁶³ L'opt-in signifie que, par principe, un Etat membre ne participe pas à une certaine politique mais peut, à discrétion, choisir d'être lié par certains instruments ou certaines mesures.

³¹⁶⁴ Avec une exception, toutefois, en matière de visa.

³¹⁶⁵ Art. 2 et 4 du Protocole n°22 sur la position du Danemark, annexé au traité de Lisbonne.

³¹⁶⁶ Protocole 15 du traité de Lisbonne.

³¹⁶⁷ Protocole 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'ELSJ, annexé au traité de Lisbonne.

³¹⁶⁸ Déclaration 56 annexé à l'acte final de la CIG 2007.

³¹⁶⁹ Depuis l'adoption du traité de Lisbonne, l'Irlande participe aux directives « cybercriminalité », « traite des êtres humains », « exploitation sexuelle des enfants », « abus de marché », « gel et confiscation », « PNR », « droits des victimes », « droit à l'information », et « droit à l'interprétation ».

Le Royaume-Uni participe aux mêmes, à l'exception des directives « Abus de marché » et « gel et confiscation ».

trilatéral qui maintient un statut largement dérogatoire³¹⁷⁰. Ceuta et Melilla ont un statut d'autonomie similaire à ceux des 17 communautés autonomes avec lesquelles elles constituent le Royaume d'Espagne. En vertu du protocole n° 2 concernant les îles Canaries et Ceuta et Melilla, qui fait partie des actes relatifs à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise aux Communautés, ces territoires sont exclus du territoire douanier de l'Union et disposent d'un régime spécifique concernant la libre circulation des marchandises vers et depuis ces territoires³¹⁷¹. Gibraltar a longtemps bénéficié d'un statut spécial : ce territoire n'était pas soumis à la TVA, ni membre de l'union douanière, la politique commerciale commune ou encore la PAC ne s'y appliquaient pas³¹⁷² mais certains actes de l'ELSJ, oui, par dispositions spéciales³¹⁷³. Il est désormais totalement soumis au droit de l'Union³¹⁷⁴ et plus aucune directive pénale n'en mentionne l'application spéciale.

814. Les coopérations renforcées en droit pénal de l'Union - Les coopérations renforcées ont été pensées afin « de favoriser la réalisation de objectifs de l'Union, à préserver ses intérêts et à renforcer son processus d'intégration »³¹⁷⁵ mais se distinguent de la faculté qui demeure aux Etats membres d'intensifier leur relation juridique en concluant des accords en dehors du cadre de l'Union³¹⁷⁶ en ce que, le cas échéant, le droit issu de la coopération renforcée est du droit de l'Union, aussi contraignant que dans les autres domaines. Il s'agit en quelque sorte d'opt-out ou d'opt-in institutionnalisés³¹⁷⁷. Dans leur principe, les coopérations renforcées sont créatrices d'une géographie variable du droit de l'Union. Elles demeurent jusqu'à présent un défi hypothétique dans le champ pénal puisqu'aucune n'a été mise en place. La première devrait cependant voir le jour prochainement. Face à l'échec des négociations à 27 relatives à la création d'un Parquet

³¹⁷⁰ Décision n°97/126/CE, du Conseil du 6 décembre 1996, concernant la conclusion de l'accord entre la CE d'une part, et le gouvernement du Danemark et le gouvernement local des îles Féroé, d'autre part – JOCE L 53 du 22 févr 1997.

³¹⁷¹ Protocole n°2 concernant les îles Canaries et Ceuta et Melilla annexé aux actes relatifs à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise aux Communautés européennes – JOCE, L 302 du 15 nov. 1985.

³¹⁷² ZILLER, J., Les « outre-mer de l'Union européenne », RUE 2017, p. 408 et s.

³¹⁷³ Voir notamment : Dernier ou avant-dernier article des décisions-cadre « infractions terroristes », « criminalité organisée », « traite des êtres humains et exploitation sexuelle des enfants », « trafic de drogue » ; « racisme et xénophobie », art. 8 de la décision-cadre « aide à l'immigration illégale » ; art. 27 de la décision-cadre « peines privatives de liberté » ; art. 19 de la décision-cadre « sanctions pécuniaires » ; art. 13 de la décision-cadre « gel et confiscation » ; art. 33 de la décision-cadre MAE ; art. 24 de la décision-cadre « mesures de probation et peines de substitution ».

³¹⁷⁴ Déclaration 55 du Royaume d'Espagne et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord :

« Les traités s'appliquent à Gibraltar en tant que territoire européen dont un État membre assume les relations extérieures. Cela n'implique aucun changement des positions respectives des États membres concernés ».

³¹⁷⁵ Art. 20, §1 TUE.

³¹⁷⁶ Voir supra, n°83.

³¹⁷⁷ On peut le considérer comme un opt-in concernant ceux qui y participent, comme un opt-out pour les autres.

européen anti-fraude financière, les Etats membres se sont accordés pour mettre en place une coopération renforcée à vingt Etats membres³¹⁷⁸.

815. *Les méthodes normatives à géographie variable* – Un dernier élément producteur de géographie variable que l'on peut relever est l'emploi de certaines méthodes normatives. En raison de celle qu'est l'harmonisation, sous une même appellation, une même infraction peut ne pas recouvrir exactement les mêmes comportements, les peines associées à une infraction ne seront pas les mêmes d'un Etat à l'autre, tout comme les garanties procédurales. D'autre part, certaines méthodes normatives créent « des zones grises » du champ pénal, précédemment évoquées³¹⁷⁹. La méthode de sanction par assimilation qui impose de sanctionner une euro-infraction de la même manière qu'une infraction nationale similaire ne garantit nullement une répression pénale par l'ensemble des Etats membres. Au contraire, cette méthode reconnaît et préserve les divergences nationales quant au choix de la sanction pénale ou d'une autre nature. La méthode de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » est encore moins contraignante : les Etats membres sont libres de choisir la voie pénale ou non, du moment que la sanction répond à ces trois caractéristiques. Enfin, les options d'incriminations constituent également un facteur de géographie variable puisque certains comportements ne seront pénalement sanctionnés que dans certains Etats.

b) La géographie variable, caractéristique du modèle unioniste

816. *Idee générale* - Aisément appréhendable comme une anomalie du système juridique de l'Union, sa géographie variable relève pourtant de son identité profonde³¹⁸⁰. En effet, si les Communautés puis l'Union se sont construites sur l'idéal d'un marché intérieur, d'abord, puis d'un espace commun de liberté, de sécurité et de justice, ceux-ci se sont entendus d'une négation des frontières tant physiques que juridiques. A tort. En réalité, le droit de l'Union n'est pas fondé

³¹⁷⁸ Le 3 avril 2017, l'Allemagne, la Belgique, la Bulgarie, Chypre, la Croatie, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grèce, la Lituanie, le Luxembourg, le Portugal, la République tchèque, la Roumanie, la Slovaquie et la Slovénie ont notifié au Parlement européen, au Conseil et à la Commission leur souhait d'instaurer une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen. En outre, par lettres datées respectivement du 19 avril 2017, du 1er juin 2017, du 9 juin 2017 et du 22 juin 2017, la Lettonie, l'Estonie, l'Autriche et l'Italie ont indiqué qu'elles souhaitaient participer (Point 8 du préambule du projet de règlement modifié).

³¹⁷⁹ Voir supra, n°364 et s.

³¹⁸⁰ Dans le même sens : ADALID, S., e.a., L'ELSJ : un droit à géographie variable ?, RTD Eur. 2912, p. 828.

sur la négation des frontières et des différences nationales, mais sur l'acceptation de celles-ci et la résolution des difficultés qu'elles suscitent. Comme la délinquance est un phénomène social normal parce qu'aucune société n'en est, et n'en a jamais été, exempte³¹⁸¹, la géographie variable du droit et système de l'Union est normale parce qu'elle a plus ou moins toujours existée, sous une forme ou une sous une autre. Plusieurs principes attestent que la géographie variable est une originalité du système juridique de l'Union, non seulement admise mais préservée.

817. *Considérations historiques* - Dès sa conclusion en 1985, le premier accord Schengen comprenant des mesures de coopération pénale n'impliquait que cinq Etats membres sur dix³¹⁸². La convention d'application de 1990 ne lie toujours pas l'ensemble des Etats membres, et l'espace Schengen ne correspond pas au territoire de l'Union. La création de la compétence pénale de l'Union par le traité de Maastricht ne concernait pas tous les Etats membres non plus, compte tenu des opt-in/out. En dehors du champ pénal, le droit du marché intérieur également a toujours comporté des éléments faisant du droit communautaire un droit à géographie variable, tel le fait que l'harmonisation soit une méthode normative de droit commun ou que l'admission de restrictions aux échanges pour certains motifs légitimes³¹⁸³.

818. *Respect de l'identité nationale et statuts dérogatoires* – Le principe de respect de l'identité nationale, en particulier, est porteur de géographie variable. « En effet, de nombreux États membres considèrent que les îles méritent, pour des raisons historiques et/ou culturelles, un statut spécifique »³¹⁸⁴. En raison de ce principe, « l'Union ne peut interférer ni dans la forme des territoires des États membres, ni dans les modalités de leur organisation. Chaque État membre détermine souverainement les modalités de son organisation constitutionnelle et administrative, et l'Union ne peut ni imposer ni interdire les éventuels régimes de différenciation juridique consentis par les États à des portions de leur territoire. Le statut juridique de leurs îles est donc déterminé par les États membres et l'Union européenne doit le respecter »³¹⁸⁵. Par exemple, les îles Ceuta et Melilla ont un statut douanier dérogatoire, car en vertu de la loi

³¹⁸¹ Loc. cit. note n°56.

³¹⁸² Allemagne, Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas – N'étaient donc pas parties : Danemark, Grèce Italie, Irlande, et le Royaume-Uni.

³¹⁸³ Art. 36 TFUE, anc. art. 30 TCE.

³¹⁸⁴ LAMBLIN, A.-S., Les îles en droit de l'Union européenne : des territoires comme les autres ? RTD eur. 2016, p. 563.

³¹⁸⁵ *Ibid.*

espagnole, ces territoires sont exonérés de tous droits de douane³¹⁸⁶. L'article 349 est plus parlant, quoiqu'il serait plus juste, ici, de parler de respect des particularités régionales : « Compte tenu de la situation économique et sociale structurelle de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique, de la Réunion, de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, des Açores, de Madère et des îles Canaries, qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête des mesures spécifiques visant, en particulier, à fixer les conditions de l'application des traités à ces régions, y compris les politiques communes ».

819. *Respect de l'identité nationale et situations dérogatoires* - La géographie variable du système pénal de l'Union tient également à l'existence de situations dérogatoires. En droit du rapprochement des infractions par exemple, certains comportements ne sont pas incriminés afin de respecter l'identité pénale nationale. Ainsi, l'option laissée aux Etats membres d'exclure des infractions de la directive « exploitation sexuelle des enfants » les relations sexuelles consenties entre pairs³¹⁸⁷ permet de respecter les divergences nationales tenant de facteur socio-cultu(r)els sur la question des rapports sexuels impliquant un mineur ayant atteint la majorité sexuelle, qui connaît de grandes disparités. Pour la même raison, l'âge de la majorité sexuelle et les seuils de responsabilité pénale des mineurs n'ont pas été fixés, oscillant entre 13 et 18 ans au sein de l'Union³¹⁸⁸.

³¹⁸⁶ ZILLER, J., Les « outre-mer de l'Union européenne », RUE, 2017, p. 408 et s.

³¹⁸⁷ C'est-à-dire les « activités sexuelles consenties entre pairs qui sont des personnes d'âges proches ayant atteint un niveau de développement ou de maturité psychologique et physique semblable, pour autant que les actes en question n'aient pas impliqué d'abus » (art. 8, §1 de la directive « exploitation sexuelle des mineurs »).

³¹⁸⁸ S'agissant de la majorité sexuelle, « il est intéressant de noter des disparités importantes. L'Espagne est le seul pays européen à avoir fixé sa majorité sexuelle à 13 ans. Suivent notamment l'Italie et l'Allemagne à 14 ans, la France, le Danemark et la Suède à 15 ans, le Royaume Uni, les Pays-Bas, la Suisse et la Norvège à 16 ans, Chypre et l'Irlande à 17 ans, Malte et la Turquie à 18 ans. Outre Atlantique, au Canada, l'âge est fixé à 16 ans et aux USA, entre 16 et 18 ans en fonction des États ».CODE (Coordination des ONG pour les droits de l'enfant), Majorité sexuelle à 14 ans ?, mai 2015, http://www.lacode.be/IMG/pdf/Analyse_majorite_sexuelle_mai_2015.pdf.

S'agissant du/des seuils de responsabilité pénales, il faudra s'en remettre aux droits nationaux qui connaissent de grandes disparités dans ce domaine : 7 ans en Grèce et en Irlande, 12 ans au Pays-Bas, 10 ans au Royaume-Uni, 14 ans en Allemagne et en Italie, 16 ans au Portugal) comme s'agissant de la gradation de la responsabilité ou de la réponse pénale à apporter à la délinquance des mineurs, rendant difficile la négociation d'un accord politique (PRADEL, J., L'enfant en droit pénal européen, RPD, 2009/4, p. 793).

820. Face à un espace géographique et juridique fait de diversités, l'Union cherche moins à les gommer qu'à s'appuyer sur elle pour trouver des solutions communes, « avec un succès variable »³¹⁸⁹, il est vrai. La géographie variable, pour autant qu'elle soit un élément inhérent au système juridique de l'Union, n'en demeure pas une source de complexité. Il en va de même du fait que ce système soit à géométrie variable.

II- Un droit pénal à géométrie variable

821. *La géométrie variable du droit pénal de l'Union* – L'expression « droit à géométrie variable » désigne le fait que les différents instruments juridiques unionistes et les différentes méthodes normatives ne produisent pas le même droit pénal sur l'ensemble du territoire de l'Union. En effet, « la tentative de présenter dans une perspective rationnelle l'intégralité des actes normatifs, des propositions législatives et des décisions jurisprudentielles touchant, de près ou de loin, au droit et à la procédure pénale (et cela sans compter les communications, les rapports et les avis qui ponctuent l'activité des institutions européennes) semble vouée à l'échec devant la masse de documents à disposition, le caractère apparemment occasionnel des chemins entamés, les approches non coïncidentes et parfois contradictoires que ces initiatives sous-tendent »³¹⁹⁰. Autrement dit, en apparence, le droit pénal de l'Union tient plus du bric-à-brac que du système (a). A la lumière des principes institutionnels du droit de l'Union, toutefois, la géométrie variable du droit de l'Union n'est pas une anomalie mais une nécessité (b).

a) L'apparent désordre du droit pénal de l'Union

822. *La géométrie variable des compétences de l'Union* – La géométrie variable est dans l'ADN du système de l'Union, de ses compétences à ses outils et méthodes normatives. Concernant les compétences de l'Union, celles-ci se répartissent en trois catégories emportant des conséquences juridiques bien différentes. Le droit de la concurrence est, par exemple, une compétence exclusive de l'Union³¹⁹¹, qui légifère pour l'ensemble des Etats membres³¹⁹². L'ELSJ,

³¹⁸⁹ BERGE, J.-S., la part d'originalité du droit communautaire, in ROBBIN-OLIVIER, S., et FASQUELLE, D. (dir.), Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire, Bruylant, 2008, p. 163.

³¹⁹⁰ MANACORDA, S., Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen, RSC 2013, p. 927 et s.

³¹⁹¹ Art. 3, §1, b) TFUE.

en revanche, est une compétence partagée³¹⁹³ quand d'autres compétences, encore, sont des compétences d'appui et de coordination, pour lesquelles l'Union ne peut harmoniser.

823. *La géométrie variable des outils normatifs* – Les outils normatifs sont également à géométrie variable ; pas deux ne disposent d'exactly la même force normative. De portée générale, par principe d'application directe et immédiate, et d'effet direct. Le règlement dispose de la force normative la plus haute, sauf à être insuffisamment clair, précis et inconditionnel pour être d'effet direct³¹⁹⁴. Les traités ont une force normative sensiblement plus faible, dans la mesure où, contrairement au règlement, ils ne sont d'application et d'effet direct qu'à la condition que la disposition en cause soit claire, précise et inconditionnelle³¹⁹⁵. Ce qui n'affecte pas le fait qu'à clarté, précision et inconditionnalité équivalente, les traités priment les règlements. La décision vient ensuite : bien qu'elle soit contraignante, elle ne lie que ses destinataires là où le règlement et les traités ont une portée générale. La directive dispose d'une force normative moindre, faute de ne porter qu'une obligation de résultat, mais non de moyens. Sa force normative dépendant, en partie³¹⁹⁶, du résultat que le législateur de l'Union entend atteindre lorsqu'il en édicte une. Ainsi, la directive est intrinsèquement à géométrie variable³¹⁹⁷. La décision-cadre, quoiqu'assez proche de la directive, dispose néanmoins d'une force normative moindre puisqu'elle est expressément dépourvue d'effet direct et, qu'en outre, aucun recours en manquement ne peut sanctionner les transpositions imparfaites. Compte tenu de la coexistence de ces différents instruments juridiques dans le champ pénal de l'Union, celui-ci est donc à géométrie variable, plus ou moins contraignant, selon un certain nombre de facteurs.

824. *La géométrie variable des méthodes normatives* - Il est acquis que l'Union combine ses méthodes normatives. « Même à l'intérieur de cet espace plus défini et *a priori* fortement inspiré par des objectifs largement établis par le traité, les méthodes d'intégration normative continuent

³¹⁹² Art. 2, §1 TFUE : « Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union ».

³¹⁹³ Art. 4, §2, j) TFUE.

³¹⁹⁴ Voir supra, n°175.

³¹⁹⁵ En ce sens : CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend en Loos, aff. 26/62.

³¹⁹⁶ Mais également d'autres facteurs, en particulier du fait qu'elle octroie – ou non - des droits aux particuliers et du fait que ses dispositions soient suffisamment claires, précises et inconditionnelles pour être d'application directe.

³¹⁹⁷ En ce sens : KOVAR, R., Observations sur l'intensité normative des directives, *in* : Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum P. PESCATORE, Baden-Baden, 1987, pp. 359-372, spéc. p. 360 ; ZOLINSKY, C., Méthodes de transposition des directives communautaires, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2007, p. 5, n°5.

de se combiner et de s'enchevêtrer de manière peu compréhensible. Concernant l'ELSJ, il est sans cesse traversé par toute une série d'interventions de l'Union qui répondent à des logiques et à des techniques variées : la reconnaissance mutuelle, en tant que mécanisme de mise en œuvre quasi directe des décisions judiciaires d'un État membre à l'autre ; le rapprochement, entendu comme la mise en place de normes standards adaptables dans les ordres juridiques internes qui maintiennent une marge d'appréciation ; les techniques plus traditionnelles de coopération par centralisation (Eurojust, Europol) ou par échange³¹⁹⁸. Sans compter que le système de reconnaissance mutuelle revient à avoir créé une procédure pénale originale harmonisée ou encore que l'harmonisation des infractions voit se côtoyer des incriminations extrêmement précises et détaillées à la fixation pour le moins imprécise d'un seuil minimal de la peine maximale.

825. *L'articulation variable des méthodes* – Non seulement les méthodes normatives s'enchevêtrent mais, rajoutant à l'impression d'un manque de cohérence, la logique de leur articulation est incertaine. Alors que l'article 67, §3 TFUE donne l'impression d'organiser un ordre de priorité privilégié entre les mesures de coordination, de coopération classique, la reconnaissance mutuelle et, « si nécessaire », l'harmonisation des législations. L'article 82, §1 TFUE, de son côté, expose que la coopération judiciaire en matière pénale repose sur la reconnaissance mutuelle, et inclut si besoin le rapprochement des législations, de fond comme de procédure. Cependant, si l'article 83, §1 TFUE prévoit le rapprochement de certaines formes de criminalité cohérentes avec l'objectif d'amélioration de la coopération pénale, on peinera à trouver une quelconque relation entre l'article 83, §2 TFUE, qui encadre la pénalisation des politiques de l'Union, et la coopération pénale entre Etats membres.

826. L'ensemble apparaît donc comme un « bric-à-brac » faisant douter de l'existence d'une cohérence d'ensemble. Il est toutefois difficile d'admettre que depuis vingt ans, maintenant, ce système pénal se construise étant totalement dépourvu de toute logique interne.

³¹⁹⁸ MANACORDA, S., Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen, RSC 2013, p. 927 et s.

b) La cohérence globale du tout

827. Outil juridique à géométrie variable et principes institutionnels fondamentaux du droit de l'Union – Le fait que les outils normatifs de l'Union soient à force contraignante variable n'est pas sans lien avec les principes précédemment évoqués. Avoir comme principe directeur le respect de l'identité et des particularismes nationaux implique, pour l'Union, de disposer de compétences, d'outils et de méthodes normatives permettant de légiférer pour vingt-sept Etats membres tout en laissant la possibilité à ces spécificités nationales de perdurer. Le principe institutionnel de proportionnalité, quant à lui, veut que l'Union n'intervienne pas plus qu'il n'est nécessaire. Ces exigences n'auraient pu être respectées avec des outils juridiques présentant tous une force normative identique : complète, immédiate, et directe. Partant, un outil normatif tel que le règlement se présente comme peu adapté dans un domaine de compétence partagée comme l'est l'ELSJ ; il n'est donc pas étonnant de constater que la directive est l'outil privilégié par les traités, puisqu'elle lie les Etats membres quant aux résultats en les laissant libres des moyens. Tout comme elle s'avère l'outil de choix pour l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives qui nécessitent une intégration adaptée aux droits nationaux. En revanche, le projet d'instituer un procureur européen, organe organiquement centralisé, mais fonctionnellement déconcentré, chargé de poursuivre les auteurs de fraudes aux intérêts financiers devant les tribunaux des Etats membres suppose l'usage du règlement, et non de la directive ; cela n'aurait aucun sens de recourir à un instrument juridique à destination des Etats membres, et une décision n'a pas de portée générale.

828. Géométrie variable et harmonisation des infractions – En droit du rapprochement des infractions, certaines imprécisions sont créatrices de droit à géométrie variable. Par exemple, la directive « exploitation sexuelle des enfants » distingue l'enfant ayant atteint la majorité sexuelle de celui ne l'ayant pas atteinte, ce qui est très regrettable dans la mesure où cet élément intervient comme facteur de modulation de la répression³¹⁹⁹. Cette imperfection est justifiée par le principe de respect de l'identité nationale car l'âge de la majorité sexuelle varie d'un Etat membre à l'autre.

³¹⁹⁹ De manière originale, le droit pénal de l'Union n'aggrave pas la répression des infractions commises à l'encontre d'un mineur n'ayant pas atteint cet âge, il allège la responsabilité pénale des auteurs des faits lorsque tel est le cas. En effet, les incriminations visent, par principe, l'enfant qui n'a pas atteint la majorité sexuelle ; par exception, la sanction est éventuellement réduite si l'enfant l'a atteinte.

829. Géométrie variable et harmonisation des sanctions : la méthode du seuil minimal de la peine maximale – Face au système de fixation du seuil minimal de la peine maximale, on peut légitimement se demander pourquoi les Etats membres n’ont pas préféré une méthode plus précise, plus claire, plus « harmonisatrice », et d’autant plus qu’il s’avère qu’il est systématiquement calibré au plus petit dénominateur commun. Il est donc créateur d’un droit pénal à géométrie variable. Il est cependant le mode de prévision de la peine le plus à même de satisfaire l’ensemble des principes fondamentaux du système juridique de l’Union. Concernant le choix du référentiel de la peine prononcée, plutôt que de la peine qui sera effectuée³²⁰⁰, s’impose en raison du principe du respect de l’identité nationale, plus spécialement en l’occurrence les échelles nationales des peines, dans la mesure où les systèmes d’individualisation et d’aménagement de la peine sont très différents d’un Etat à l’autre³²⁰¹ ; pour être efficace en termes d’harmonisation, un tel système aurait nécessairement impacté les droits pénaux nationaux, ce qui est bien au-delà du mandat que confère l’article 83 TFUE à l’Union. Le même principe s’oppose à la fixation de simples minima, certains systèmes pénaux ne connaissent pas le principe des peines minimales³²⁰². La fixation de maxima n’aurait pas respecté le principe de subsidiarité, de proportionnalité et de nécessité, combinés, qui « en bref », imposent à l’Union d’opter pour l’intervention la moins répressive. L’adoption d’un système de « fourchette » offre donc la flexibilité nécessaire à la préservation de la cohérence des systèmes nationaux des peines ; l’adoption du référentiel du seuil minimal de la peine maximale respecte le principe de nécessité de la peine en évitant un effet de « surpénalisation » et le mandat de l’article 83 TFUE, limité à l’établissement de règles minimales en adéquation avec le principe institutionnel de proportionnalité et les objectifs poursuivis par l’intervention de l’Union dans la sphère pénale.

830. La géométrie variable, anomalie systémique ponctuelle – Bien que la géométrie variable doive être perçue comme participant à l’originalité du système pénal de l’Union, cela ne veut pas dire qu’aucune incohérence ou contradiction ne tienne de l’anomalie systémique.

³²⁰⁰ Proposition du Royaume-Uni dans la perspective du Conseil JAI des 24 et 25 avril 2012, cité par CLAISSE, S. et JAMAR, J.-S., L’harmonisation des sanctions, Actualité de droit pénal européen, les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n°9, 2003, p. 77.

³²⁰¹ Sur cette question, voir notamment : LAMBERT-ABDELGAWAD, E., L’harmonisation des sanctions pénales en Europe : étude comparée de faisabilité appliquée aux sanctions applicables, au prononcé des sanctions et aux mesures d’aménagement des peines privatives de liberté, Archives de politique criminelle, 2002, n°24, p. 179 et s.

³²⁰² Déclaration n°8 annexée à l’acte final d’Amsterdam relative à l’article 31, TUE. Voir à ce propos : CLAISSE, S. et JAMAR, J.-S., L’harmonisation des sanctions, Actualité de droit pénal européen, les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n°9, 2003, p. 69-81.

Certaines ont été relevées à l'occasion de précédents développements, tels le fait que les conditions d'application du principe *ne bis in idem* ne sont pas exactement les mêmes selon l'origine, le contexte juridique et la nature des sanctions concernées³²⁰³, que la notion de procédure pénale ne soit pas uniforme³²⁰⁴, ou encore que les droits des accusés doivent être accordés « sans délai » ou « rapidement », des notions dont l'imprécision laisse présager des divergences lors des transpositions³²⁰⁵. D'autres exemples inédits peuvent être relevés. L'aléa dans la prévision de la tentative, par exemple, a pu être globalement modélisé ; toutefois, la tentative de faire assister un enfant à des activités ou abus sexuels n'a pas à être impérativement incriminée, et rien ne semble le justifier. Cette option est d'autant plus étonnante que la directive « exploitation sexuelle des enfants » incrimine un très large panel de comportements, certains seulement « dangereux »³²⁰⁶. De même, en droit de la reconnaissance mutuelle, bien qu'une logique puisse s'exciper des différents délais de reconnaissance ou d'exécution a pu être décelée, il n'en demeure pas moins que ceux-ci varient d'un outil à l'autre, et que, de surcroît, la Cour de Justice semble avoir condamné toute utilité à la prévision de tel délai³²⁰⁷.

831. Globalement, le fait que le droit de l'Union soit à géométrie variable n'est pas une anomalie du système juridique de l'Union mais une caractéristique de son originalité. Cela ne signifie pas qu'il n'y ait aucune contradiction ou incohérence normative qu'il conviendrait de résoudre. Il en va de même du fait que le système et le droit pénal de l'Union soient consubstantiellement « incomplet ».

III- Un système pénal « incomplet »

832. *Le modèle européen, clé de compréhension de l'incomplétude du système pénal de l'Union* - Il peut être déconcertant d'affirmer qu'il existe un système pénal de l'Union européenne pour autant qu'il n'y ait ni juridictions pénales spécialisées, ni forces de l'ordre centralisées, ni de réelle procédure pénale unioniste, que la commission d'euro-infractions dans

³²⁰³ Voir supra n°732.

³²⁰⁴ Voir supra n°496.

³²⁰⁵ Voir supra n°435.

³²⁰⁶ Voir supra n°519 et s.

³²⁰⁷ Voir supra n°476.

certaines circonstances ne soit incriminable ou certaines questions essentielles du droit pénal, telles que la définition de la tentative ou de la complicité, ne soient pas harmonisées. Cela peut aisément passer pour une anomalie du système, au mieux l'expression d'un système pénal émergent donc inachevé. Une telle conception repose une conception nationale d'un système pénal, une conception inadaptée au système juridique de l'Union. « L'incomplétude du droit européen est moins connue. Elle est pourtant essentielle pour comprendre le droit européen et [notamment] les jeux d'interactions qui se nouent avec le droit national ou le droit international. En droit européen, l'illusion d'une autarcie juridique ou d'un dédoublement complet des ordres juridiques ne peut véritablement prospérer. Comparé aux ordres juridiques nationaux, le droit européen est, par essence, lacunaire. Il est soumis à un principe de spécialité, selon lequel chaque compétence exercée au niveau européen doit au préalable avoir été consentie par les États membres. Ni l'Union européenne, ni le Conseil de l'Europe ne disposent d'une plénitude de compétence. Il est donc vital pour ces organisations de s'appuyer sur le droit national, en particulier sur le droit national des États membres, pour exister. (...) Le droit européen est un droit incomplet par nature »³²⁰⁸. Et les principes directeurs du droit institutionnel de l'Union sont de nature à le garantir.

833. *Subsidiarité et incomplétude du système pénal*- Le principe de subsidiarité qui limite l'attribution et l'exercice des compétences de l'Union à la double condition de l'insuffisance de l'action nationale et à la plus-value de celle de l'Union est à lui seul porteur d'un système juridique incomplet. En l'état du transfert de compétences pénales déjà effectué, la bonne question n'est pas de savoir si cela était conforme au principe de subsidiarité mais de savoir s'il serait conforme de les étendre, et le cas échéant jusqu'à quel point. D'un éminent avis que nous partageons, « la disparition des systèmes nationaux de droit pénal n'est ni possible, ni souhaitable »³²⁰⁹. En effet, les systèmes pénaux nationaux fonctionnent. Pas toujours très bien, certes, toutefois, pas au point de justifier la plus-value d'en transférer l'intégrale responsabilité à l'Union. La voie prise pour

³²⁰⁸ BERGE, J.-S., L'ordre juridique de Romano Santi et l'ELSJ, 7 sept. 2015, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/09/07/asile/lordre-juridique-de-santi-romano-et-elsj/>.

Egalement : BEAUVAIS, P., le principe de légalité dans le droit de l'Union européenne, th. dactyl., Paris X, 2006, p. 279, n°349 : « le droit [de l'Union] présente un caractère incomplet en ce sens qu'il doit faire appel aux États membres pour rendre effectifs les énoncés légaux qu'il contient » ; BEAUVAIS, P., Droit pénal de fond : nouvelle directive sur la traite des êtres humains : Dir. 2011/36/UE du 5 avr. 2011 concernant la lutte contre la traite des êtres humains, RTDEur. 2011 p. 637 ; BERGE, J.-S. et ROBIN-OLIVIER, S., Droit européen : Union européenne et Conseil de l'Europe, PUF, coll. Thémis – droit, 2^{ème} édition, 2008, p. 40-42, n°59-63.

³²⁰⁹ DELMAS-MARTY, M., La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne, in Mélanges offerts à P. COUVROT, La sanction du droit, PUF, 2001, p. 231.

établir un Parquet européen selon une organisation hybride, organiquement centralisée mais exerçant ses fonctions de manière décentralisée devant les juridictions nationales, suivant la procédure pénale nationale, semble un indice fiable de ce que les systèmes pénaux nationaux ont encore la confiance de l'Union et des Etats membres. Pour autant qu'une réécriture des traités puisse être souhaitable à certains égards, une réforme de fond concernant l'étendue et le contenu de la compétence de l'Union n'apparaît pas non plus nécessaire. A l'exception du droit pénal accessoire à une politique de l'Union³²¹⁰ et du droit rattaché à 'amélioration de la coopération entre Etats membres, aucune plus-value à l'extension des compétences de l'Union n'apparaît avec évidence. D'ailleurs, sur le terrain de l'harmonisation des infractions à des fins de coopération³²¹¹, si l'harmonisation effectuée sous l'empire des traités antérieurs n'a peut-être pas toujours été réellement conforme aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, on remarquera que le traité de Lisbonne n'a fait que donner une vraie base juridique à des actes qui n'en avaient pas, sans étendre la liste des infractions au-delà de celles déjà harmonisées

834. Subsidiarité et incomplétude du droit pénal – Il a été plusieurs fois évoqué des « lacunes » du système pénal de l'Union. Par exemple, le droit pénal de l'Union use de notions de droit pénal sans les définir, le droit des droits des personnes dans une procédure pénale ne prévoit pas la sanction de la violation des droits énoncés. On ne saurait toutefois parler de « lacune » compte tenu du principe de subsidiarité. L'article 82, §2 TFUE vise le rapprochement des garanties procédurales ; la sanction de leur violation peut tout aussi bien est perçue comme le nécessaire accessoire qui doit suivre le principal ou être considéré comme exclu par le traité, celui-ci ne visant que l'harmonisation des droits, et non de la sanction de leur violation. Et ce, d'autant plus compte tenu de ce que les insuffisances relevées en droits internes concernent la substance des droits, et non des voies de recours assurant leurs garanties. Il en va de même en droit pénal de l'Union. L'absence de définition de l'intention est dérangeante, compte tenu de qu'il s'agit d'un élément constitutif de presque toutes les euros-infractions. Dans la mesure où le droit comparé a mis en lumière un consensus informel sur son exigence et son contenu, une

³²¹⁰ Bien que l'article 83, §1 TFUE ne vise que les politiques ayant l'objet d'une mesure d'harmonisation, soit des compétences partagées, il convient très certainement d'y inclure également les politiques de la compétence exclusive de l'Union, et les politiques de compétences partagées comprenant des mesures d'unification (En ce sens : BERNADINI, A., L'harmonisation pénale accessoire, in : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 154.

³²¹¹ Il n'en fait référence ici qu'à l'article 83, §1 TFUE ; l'article 83, §2 TFUE n'ayant, à notre sens, pas sa place au sein d'un chapitre dédié à la coopération pénale entre Etats membres.

harmonisation formelle ne devrait donc pas être difficile. Cela étant, ces mêmes raisons ne rendent pas nécessaire l'intervention de l'Union.

835. *Respect de l'identité nationale et incomplétude de l'harmonisation des législations de fond* – Le principe de respect de l'identité nationale des Etats membres, emportant avec lui celui de leurs traditions et systèmes juridiques, a également vocation à préserver l'incomplétude du système pénal de l'Union. Assez paradoxalement, la même raison qui légitime l'harmonisation – l'existence de différences nationales – justifie qu'il ne soit pas question d'unifier le droit pénal des Etats membres. Aussi différents que peuvent être les systèmes pénaux nationaux, ils ont tous pour point commun d'être intrinsèquement cohérents, et cohérents avec l'ensemble du système juridico-sociétal auquel ils appartiennent. La seule adoption de normes communes se présente comme un facteur de déséquilibre interne que l'unification ne pourrait pas éviter. Par exemple, une détermination trop rigide et précise des peines risquerait de compromettre la cohérence de chaque échelle nationale des peines. Le fait que l'Union n'impose pas une responsabilité de nature pénale pour les personnes morales respecte la cohérence des systèmes nationaux qui ne l'ont pas admise dans leur droit. Ou encore, la directive « exploitation sexuelle des enfants » ne fixe pas l'âge de la majorité sexuelle, celle-ci oscillant entre 13 et 18 ans au sein de l'Union³²¹² et intervenant également en droit civil.

836. *Respect de l'identité nationale et incomplétude de l'harmonisation des procédures pénales* - Le principe du respect de l'identité et des traditions juridiques nationales s'oppose plus vivement à un rapprochement de la procédure pénale qui irait au-delà de l'établissement d'un droit de l'enquête et des poursuites transnationales et des garanties procédurales, déjà indirectement harmonisées par la Cour EDH, du reste. En effet, les divergences entre les procédures pénales des Etats membres sont « considérables »³²¹³ : c'est un des domaines les plus enracinés dans les traditions juridiques ou la culture juridique des Etats, voire leurs traditions

³²¹² CODE (Coordination des ONG pour les droits de l'enfant), Majorité sexuelle à 14 ans ?, mai 2015, http://www.lacode.be/IMG/pdf/Analyse_majorite_sexuelle_mai_2015.pdf : « il est intéressant de noter des disparités importantes. L'Espagne est le seul pays européen à avoir fixé sa majorité sexuelle à 13 ans. Suivent notamment l'Italie et l'Allemagne à 14 ans, la France, le Danemark et la Suède à 15 ans, le Royaume Uni, les Pays-Bas, la Suisse et la Norvège à 16 ans, Chypre et l'Irlande à 17 ans, Malte et la Turquie à 18 ans. Outre Atlantique, au Canada, l'âge est fixé à 16 ans et aux USA, entre 16 et 18 ans en fonction des États ».

³²¹³ WEYEMBERGH, A., L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne, Archives de politique criminelle, 2004, n°26, p. 38.

culturelles ou leur culture tout court »³²¹⁴. Si l'on a pu observer l'affaiblissement de l'opposition originale entre procédure inquisitoire et accusatoire, comme entre les traditions civil law et common law, le glissement général des procédures (pénales) européennes vers des modèles mixtes n'a pas donné lieu à l'émergence d'un modèle mixte mais de plusieurs, fondés sur des combinaisons différentes d'un système à l'autre³²¹⁵. Ce faisant, paradoxalement, l'eupéanisation globale des procédures pénales n'a que faiblement facilité l'harmonisation volontaire souhaitée par l'Union. En outre, la procédure pénale constitue un « tout » bien plus étroitement lié que le droit pénal de fond ; dans ce domaine il est beaucoup plus difficile de modifier des éléments précis sans que cela n'en affecte d'autres, par ricochet. Ces différents éléments font du principe du respect de l'identité nationale une condition très limitative à l'intervention de l'Union.

837. *Création de procédures inédites et respect de l'identité nationale* – La création de procédures inédites unionistes se présente *a priori* comme présentant moins de risques d'interférer avec la cohérence des procédures pénales nationales puisqu'il s'est agi d'instituer une nouvelle procédure. La reconnaissance mutuelle, a certes, nécessité des précisions préjudicielles sur sa mise en œuvre mais aucune difficulté de l'ordre de la cohérence des systèmes pénaux nationaux ou de l'identité nationale n'est à relever. Cela dit, il semblerait que justement, en matière de circulation des jugements répressifs, il n'y aurait aucune tradition juridique³²¹⁶. A une réserve près, toutefois. L'admissibilité des preuves obtenues, en revanche, pourrait voir surgir une difficulté de l'ordre des traditions juridiques nationales, tant les droits nationaux sont disparates³²¹⁷. Pour autant que la directive « décision d'enquête européenne » (« DEE ») ait harmonisé le régime juridique de certains actes d'enquêtes, il sera intéressant de voir dans quelles mesures le recours aux motifs de refus d'exécution tirés d'une atteinte aux droits fondamentaux ou de ce que la mesure ne serait permise par le droit national procède d'une question de traditions juridiques. Une autre difficulté concernant la reconnaissance mutuelle probatoire pourrait naître de la condition de proportionnalité exigée pour émettre une « DEE »³²¹⁸. Cette spécificité de la procédure pénale

³²¹⁴ *Ibid.*, p. 39.

³²¹⁵ En ce sens : WEYEMBERGH, A., précité, p. 38.

³²¹⁶ CHILSTEIN, D., Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGÉS, C., précité, p. 222.

³²¹⁷ LELIEUR, J., L'application de la reconnaissance mutuelle à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union européenne : une chance pour un droit probatoire français en crise ? *in* : Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 2010, n°9, p. 591.

³²¹⁸ Art. 6 e la directive « DEE » : l'émission de la décision d'enquête européenne est nécessaire et proportionnée aux finalités des procédures visées à l'article 4, compte tenu des droits du suspect ou de la personne poursuivie.

anglaise est, certes, présente en procédure pénale française mais avec beaucoup moins de rigidité. Pour certains, ce principe serait donc de nature à méconnaître les différences existantes entre les traditions et les systèmes juridiques des États membres et pourrait des difficultés³²¹⁹

838. *Proportionnalité et incomplétude du système pénal de l'Union* - D'un point de vue général, l'intervention de « l'Union œuvre pour assurer un niveau élevé de sécurité (...) »³²²⁰. Œuvrer pour assurer un niveau élevé de sécurité ne nécessite pas plus qu'il n'impose un transfert complet des compétences pénales nationales au profit de l'Union. Ce serait, du reste, parfaitement contraire aux traditions et systèmes pénaux des États membres dans la mesure où la tradition pénale accorde le monopôle du pouvoir de punir à l'État. En revanche, cet objectif ne peut être atteint sans chercher à améliorer la coopération entre États membres. À cet égard, était-il nécessaire de s'engager sur la voie de l'harmonisation des infractions ? La reconnaissance mutuelle n'aurait-elle pas pu être suffisante ? Sur un plan strictement juridique, sans doute. Compte tenu du déficit de confiance mutuelle entre les systèmes judiciaires, la dimension politique de l'harmonisation du droit pénal de fond était certainement nécessaire pour rassurer les acteurs de terrain et insuffler une dynamique positive. Conservant à l'esprit que l'harmonisation des incriminations intervient dans une démarche d'amélioration de la coopération pénale entre États membres, l'harmonisation d'infractions de faible gravité, les comportements commis à des fins personnelles

839. *Proportionnalité et incomplétude de l'harmonisation*— Les principes de proportionnalité et de nécessité qui imposent que l'action de l'Union soit adéquate à l'objectif poursuivi, justifie, par exemple, que les euro-cyber-infractions ne comprennent pas les comportements décrits commis « sans gravité ». Les incriminer ne serait pas proportionné à l'objectif qu'est la lutte contre les formes de criminalité particulièrement grave et transfrontières, par nature ou par effet³²²¹. Il en va de même, par exemple, des euros-infractions du trafic de drogue qui n'incluent pas les comportements commis à des fins de consommation personnelle ; faute d'être qualifiable de forme grave de criminalité transfrontière. Dans le domaine de la

³²¹⁹ Communication de Pierre FAUCHON relative à la proposition de décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuve, Réunion de la délégation pour l'Union européenne du mardi 20 juillet 2004 au sénat. <https://www.senat.fr/europe/r20072004.html#toc1> – La directive « DEE » ayant repris la condition de proportionnalité, la remarque faite à propos du mandat d'obtention de preuves est tout aussi valable.

³²²⁰ Art. 67, §3 TFUE.

³²²¹ Art. 83, §1 TFUE.

procédure pénale, également, le rapprochement des garanties procédurales ne précise presque jamais la sanction qu'il convient d'appliquer aux atteintes portées aux droits garantis. En effet, cette compétence pénale est intimement liée à la suppression des obstacles à la circulation des décisions de justice dans l'Union européenne. Or, si les Etats membres n'appliquent pas les mêmes standards de protection des droits des accusés, cela peut faire obstacle à la reconnaissance mutuelle des décisions répressives, et par conséquent, réduire la coopération entre les Etats membres. En revanche, la manière dont les législations nationales réagissent aux atteintes portées aux droits procéduraux des accusés n'aura qu'un impact réduit, voire inexistant³²²².

840. *Limites* – Cela étant, l'effectivité et l'efficacité du système de droit pénal de l'Union appellent au comblement de certains vides juridiques. Pour autant que cela ne soit pas impérativement nécessaire, l'harmonisation des droits des accusés gagnerait en effectivité et en efficacité si les modalités d'exercice des droits et la sanction de leur irrespect étaient substantiellement harmonisées. Il serait également plus que bénéfique de s'accorder sur un minimum de règles de résolution des conflits de compétence territoriale.

841. L'incomplétude du système pénal de l'Union n'est pas anomalie mais bien une caractéristique consubstantielle au droit de l'Union dans son ensemble³²²³, et d'autant plus dans les domaines de compétences partagées³²²⁴. Du reste, il est admis qu'il ne peut y avoir qu'incomplétude du droit sans que cela n'affecte la complétude du système de droit³²²⁵. En effet, d'une part, le droit ne régit pas tout³²²⁶ et tout ce que le droit n'interdit pas est permis³²²⁷ ; il existe donc du « droit » en dehors du droit posé. D'autre part, le silence est interdit au juge - quand bien

³²²² La sanction d'un délai excessif de procédure, par exemple, consistera en l'abandon des poursuites (Royaume-Uni, Etats-Unis, Canada), la réparation financière du préjudice (France) ou la réduction de la sanction (Allemagne, Belgique, Pays-Bas) – PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, précité, pp. 432-438, n°396-403.

³²²³ En ce sens, BERGE J.-S., et ROBIN-OLIVIER, S., *Le droit européen*, PUF, coll. Thémis, p. 37-42.

³²²⁴ En effet, aux termes de l'article 4, TFUE : « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé (...) Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne [ou] a décidé de cesser d'exercer la sienne* », ce n'est cependant que dans le respect du principe de subsidiarité (art. 5, TFUE et Protocole n°7), c'est-à-dire que dans la mesure où l'Union Européenne est susceptible d'agir plus efficacement que les Etats, individuellement. En outre, les articles 67, §3, 82, §2 et 83, §3 TFUE, ce qui constitue l'un des deux principales manifestations de la compétence de l'Union en matière pénale, le rapprochement des législations, ne soit s'opérer qu' « en tant que de besoin ».

³²²⁵ RIALS, *Supraconstitution et systématisme du droit*, *Archives de philosophie du droit*, *Le système juridique*, tome 31, Sirey, 1986.

³²²⁶ Un système juridique est dit complet lorsque pour un cas donné le juge est toujours susceptible de trouver une norme de cet ordre qui s'applique au cas en question. La lacune correspond à l'hypothèse inverse (LEBEN, C., précité, p. 34).

³²²⁷ Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 329 et s.

même conclurait-il à l'absence de « droit » applicable à l'espèce, il dit malgré tout le droit³²²⁸. Toutefois, et bien qu'étant conscients de la difficulté qu'il y aurait à en négocier les termes, certaines lacunes sont préjudiciables à l'efficacité des normes adoptées.

CONCLUSION DE LA SECTION

842. *Systématisation, unité et cohérence* - Trois des principes directeurs du système juridique de l'Union assurent aussi bien la cohérence, l'unité du système dans son ensemble, incluant ses sous-systèmes, dont le système pénal de l'Union, que son originalité. Les principes de subsidiarité, de proportionnalité et de respect de l'identité nationale ont façonné un système pénal partiel dépourvu de vocation généraliste et exhaustive, un système de droit à géographie et géométrie variable. Cela n'est pas nécessairement incompatible avec l'objectif d'un espace de liberté, de sécurité et de justice. Cet objectif n'implique nullement exactement les mêmes « niveaux » de liberté, de sécurité et de justice dans toute l'Union ; il implique simplement que soient garantis des niveaux « acceptables » pour tous les citoyens européens. Cela étant, pour autant que la géographie et géométrie variable et l'incomplétude du système pénal de l'Union doivent être considérées comme des caractéristiques de ce système, certaines différenciations géographiques, variations dans l'intensité juridique et certaines lacunes sont objectivement des anomalies à l'égard desquelles il serait souhaitable d'intervenir.

CONCLUSION DU TITRE

843. *Changement de perspective et modèle pénal* - Suivant une logique juridique assez commune, le présent titre a distingué les principes de procédure des principes de fond. On aurait tout aussi bien pu distinguer les principes fondamentaux de droit pénal de ceux de droit institutionnel. Sous cet aspect, la dualité identitaire profonde du système pénal de l'Union apparaît avec évidence. Les principes fondamentaux de droit pénal font du système pénal de l'Union, un système pénal européen comparable aux autres : s'affirmant respectueux des droits

³²²⁸ Certains systèmes juridiques organisent la complétude du système, tel l'art 2 code civil suisse qui dispose qu'« à défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». Dans le même sens, quoique présentée différemment, l'art. 4 du c. civ. français interdit le déni de justice sous prétexte « du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ».

fondamentaux d'un accusé, mais s'efforçant seulement, en réalité, de les concilier au mieux – ou au moins mal – avec les impératifs de la répression qui s'imposent à l'Union en raison de son objectif d'instaurer un espace de liberté, de sécurité et de justice. Le système pénal de l'Union est ainsi porteur d'un véritable « système de légalité (...) dans lequel il est précisé à l'avance quelle sera la solution d'un problème qui ne se pose pas encore, en excluant la possibilité que, le jour où il surviendra, cette solution soit improvisée dans le sens souhaité en fonction des contingences du moment »³²²⁹ dans la mesure où les corollaires traditionnels du principe de légalité sont également globalement appliqués. Pour celui qui ne l'est pas, le principe d'interprétation stricte, sa substitution par celui d'interprétation conforme trouve sa justification dans la seconde facette identitaire du système pénal de l'Union. Ainsi que le garantissent les principes fondamentaux de droit institutionnel, le système pénal de l'Union est avant tout un sous-produit du système juridique de l'Union.

CONCLUSION DE LA PARTIE

844. *Structuration* – Après avoir identifié les contours et le contenu du champ pénal de l'Union européenne, la démonstration de l'existence d'un système pénal supposait de le structurer aussi bien afin d'en éprouver le caractère systématique, ou logique, que de chercher à en déceler l'identité, le modèle. Il s'agissait de chercher à réorganiser les normes du système de droit pénal de l'Union en groupe cohérent, aussi bien intrinsèquement que les unes par rapport aux autres. Ceci s'est fait en distinguant différentes branches matérielles, toutes soumises à un socle de principes fondamentaux qui assurent l'unité de l'ensemble.

845. *Systématisation* – Cette structuration a permis de mettre en évidence une systématisation globalement satisfaisante. La majorité des catégories matérielles (droit des garanties procédurales, droit de la reconnaissance mutuelle et droit pénal de l'Union) connaissent un socle de règles commun où s'exprime le caractère logique du système³²³⁰. A l'exception, toutefois, du droit de l'enquête pénale dans l'Union européenne. Celui-ci est actuellement scindé entre un droit de la

³²²⁹ CONTE, P., Construction européenne et droit pénal, in Construction européenne et Etat de droit, V. Heuzé et J. Huet (dir.), Académie des sciences morales et politiques, centre de recherche en théorie générale du droit, Ed. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2012, p. 142-143.

³²³⁰ Voir respectivement n°422 et s., 468 et s., 570 et s.

coopération, d'un côté, qui persiste bien qu'il tende à s'amoindrir en raison de la naissance récente, d'autre part, d'un droit de l'enquête pénale transnationale. Le premier voit se côtoyer des normes éparses et dont l'effectivité dépend largement du bon vouloir des Etats membres. S'en distinguant, le second a vocation à constituer un véritable socle de normes communes, plus contraignantes, et dépasse la territorialité pénale classique. Cette nouvelle branche du système de droit pénal de l'Union devrait, en toute probabilité, s'étoffer prochainement des normes issues de la création d'un Parquet européen pour la poursuite des fraudes aux intérêts financiers de l'Union. Encore au stade de projet législatif, celles-ci sont néanmoins conçues comme de nouvelles pièces d'un puzzle existant, puisque le texte renvoie aux directives de rapprochement des droits procéduraux et à celles relatives au gel et à la confiscation, tout comme il incite au recours aux instruments de la reconnaissance mutuelle en cas de besoin. Ce sont finalement, presque étonnamment, les principes fondamentaux du système pénal qui souffrent des plus grandes imperfections systémiques. Le système n'en est pas incohérent pour autant. En réalité, ce défaut de systématisation est, généralement³²³¹, parfaitement logique, du point du système lui-même, lorsque, ne reconnaissant pas la nature pénale du droit de la concurrence, du manquement d'Etat et des mesures restrictives, il malmène les garanties associées à la matière.

846. Modélisation – Les défauts ponctuels de systématisation ne remettent pas en cause la qualification de « système » dans la mesure où il a les moyens d'y remédier³²³². Mais surtout, il semble difficile qu'ils puissent contrebalancer les éléments étayant l'existence du système pénal de l'Union. Sous un autre angle, ces mêmes défauts ponctuels de systématisation des principes fondamentaux assoient un peu plus le trait autoritaire du modèle pénal de l'Union qui, offrant des garanties moindres à certains contentieux, considérés comme non pénaux, privilégie la répression des atteintes à son ordre public aux droits des individus en tant que valeurs autonomes. En effet, l'ensemble du système pénal de l'Union exprime cette confiance dans la répression, caractéristique du modèle autoritaire³²³³. La seule existence de ce système pénal se fait le miroir de la tendance, aisément observable, des pouvoirs publics européens à se tourner vers la force pénale pour (sur)réagir aux événements et aux troubles et/ou menaces à la sécurité intérieure et à l'ordre public, ces dernières décennies. Les choix de pénalisation du législateur de l'Union

³²³¹ Dans le cas du principe *ne bis in idem*, l'un des divergences d'application est justifiée par une rédaction légale particulière. Voir n°732.

³²³² Voir n°46.

³²³³ Voir n°25.

expriment également cette foi dans la sanction pénale. Les formes de criminalité harmonisées ne sont peut-être pas nombreuses, mais le nombre des euros-infractions est finalement assez conséquent ; la majorité des outils s'efforcent manifestement d'appréhender le maximum de comportements infractionnels, voire même seulement dangereux³²³⁴. En outre, chaque modification d'un outil d'harmonisation des infractions s'est faite dans le sens d'une augmentation des euros-infractions. Le droit de la responsabilité pénale dans l'Union tient également de l'essence autoritaire en ce qu'il appréhende tous les responsables potentiels et tous les modes de participation à l'infraction, mais ne s'intéresse peu à ce qui pourrait faire obstacle au prononcé d'une peine. Le droit de la justice pénale confirme cette tendance en s'efforçant d'optimiser les possibilités de prononcer ou d'exécuter une peine. L'affiliation du rapprochement des droits procéduraux à la coopération pénale³²³⁵ est particulièrement expressive. Alors que ces droits sont traditionnellement des « boucliers » contre la sévérité pénale, leur harmonisation vise surtout à ce que des différences entre les garanties offertes par les droits nationaux ne fassent pas obstacle à la coopération pénale ou à la reconnaissance mutuelle d'une décision répressive. Bien que l'on retrouve certains traits du modèle libéral³²³⁶ – quelle que soit sa finalité, l'harmonisation des droits procéduraux reste toujours une garantie pour les mis en cause ; il existe bel et bien des causes d'irresponsabilité³²³⁷ ; les sanctions ne sont pas d'une sévérité particulière, au contraire, ou encore, le dédoublement de la légalité pénale implique un certain renforcement de ses garanties – il n'en demeure pas moins que l'identité pénale dominante est autoritaire. D'un point de vue plus formel, la physionomie du système pénal de l'Union en fait un modèle d'organisation du droit et du pouvoir de punir éminemment atypique. Bien qu'il ne soit pas sans précédent qu'un droit et un pouvoir de punir ne soient pas confiés à une entité souveraine³²³⁸, cela reste de l'ordre de l'exception. De plus, si l'Union et ses Etats membres se partagent le droit de punir sur le territoire de l'Union, le pouvoir de punir reste un quasi-monopôle d'Etat³²³⁹ ; cette dissociation du droit et du pouvoir de punir apparaît assez inédite. Mais surtout, en tant que sous-produit du système juridique de l'Union, son système pénal reproduit les originalités unionistes : géographie et géométrie variable, et incomplétude.

³²³⁴ Voir n°533.

³²³⁵ Art. 82 TFUE.

³²³⁶ Voir n°25.

³²³⁷ Voir n°611-616.

³²³⁸ Il est fait ici référence aux juridictions pénales internationales, qu'il s'agisse de la CPI ou des différents tribunaux ad hoc.

³²³⁹ Voir n°187 et s.

847. *Problématique(s)* - L'objectif de cette recherche était double : conforter l'affirmation de l'existence d'un système pénal de l'Union européenne, d'une part, contribuer à construire son intelligibilité, d'autre part.

I- L'existence du système pénal de l'Union européenne

848. *Décomposition du système pénal de l'Union* – Comme tout système juridique, le système pénal de l'Union peut être décomposé afin d'identifier tous les éléments qui le composent, et tracer ainsi ses frontières. Celles d'avec le exprime l'autonomie du système. Seuls sont éléments du système ceux que les traités permettent de reconnaître comme tels. L'étude des rapports entre le droit de l'Union et le droit interne a permis d'exposer que le système pénal de l'Union ne peut valablement exister qu'en admettant qu'il a intégré certains éléments des systèmes nationaux : le législateur national est fréquemment tenu d'intervenir afin de rendre le droit pénal de l'Union applicable, le juge national est le juge de droit commun du système pénal de l'Union, enfin, en l'absence de forces de l'ordre unioniste, les autorités nationales sont le « bras »³²⁴⁰ du système pénal de l'Union. Le droit pénal de l'Union appartient aussi bien au système juridique de l'Union qu'au système juridique des Etats membres, car quand bien l'Union serait dissoute demain, les textes unionistes transposés resteraient du droit national, faute d'abrogation. Il s'avère donc qu'une même norme peut appartenir simultanément à deux systèmes juridiques. Pour ce qui intéresser plus directement le sujet, la décomposition du champ pénal de l'Union a mis en évidence deux éléments importants : le système pénal de l'Union est un système complexe, qui s'étend au-delà du volet pénal de l'ELSJ. Il comprend des infractions, notamment des infractions que l'Union sanctionne elle-même, des règles de procédures, de compétences, des principes généraux, des voies de recours, des organes. Il comprend aussi bien du droit d'intégration de coopération, du droit original que du droit issu du droit international.

³²⁴⁰ Expression empruntée à GINDRE, E. (L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne, LGDJ – La Varenne, 2009, p. 381.

849. *Recomposition du système pénal de l'Union* - A l'appui de cette décomposition des éléments le constituant, le système normatif pénal de l'Union a pu être « recomposé ». En effet, les traités, en particulier, véhiculent une conception erronée du système pénal de l'Union. Celui-ci ne se résume pas à un « droit de la coopération judiciaire et policière » ainsi que l'indiquent les traités. Le système pénal de l'Union est plus complexe. Le « droit pénal de l'Union européenne » ne devrait, en réalité, désigner que le droit pénal de fond, composé d'incriminations, indirectes ou communautaires, reposant sur un socle commun de règles de droit pénal général, informellement harmonisées. Cela permet de le distinguer d'un droit que l'on peut qualifier de « droit de la justice pénale dans l'Union », afin de désigner cet ensemble normatif atypique relatif à l'organisation et à l'administration de la justice pénale, par les Etats membres, au sein des Etats membres et/ou entre eux. Cet ensemble regroupe le droit de la reconnaissance mutuelle, le droit de l'enquête pénale transnationale, et l'harmonisation des droits des personnes dans les procédures pénales et ne s'applique pas nécessairement qu'aux procédures comprenant un élément d'extranéité.

850. *L'unité du système pénal de l'Union* – L'ensemble pourrait apparaître trop hétérogène pour former un système. Il est pourtant soumis à un quorum de principes assurant la cohérence du tout. Les principes propres au droit pénal, du principe de légalité aux droits des accusés, confèrent, d'une part, certains traits de l'identité pénale unioniste à l'ensemble des éléments du système. Ces principes s'appliquant aussi bien aux institutions de l'Union qu'aux Etats membres, ils assurent, en outre, la cohérence du système pénal de l'Union en ses deux niveaux d'exécution, le niveau unioniste et national. L'unité du système pénal de l'Union est également assurée par les principes du droit institutionnel de l'Union. Les principes de primauté et de coopération loyale garantissent que les normes émises par l'Union seront appliquées par les Etats membres. Les principes de subsidiarité, de proportionnalité et de respect de l'identité nationale assurent la cohérence du droit pénal de l'Union avec les autres branches du droit de l'Union en reproduisant le modèle unioniste dans le champ pénal. Ce sont finalement ces principes qui donnent au système pénal de l'Union ses principales originalités : géographie variable, géométrie variable et incomplétude assumée.

II- Le modèle pénal de l'Union européenne

851. *Une idéologie pénale peu originale* – L'ensemble de ces éléments exprime l'idéologie du système pénal de l'Union. Celle-ci est indiscutablement à dominante autoritaire, sécuritaire, ayant confiance en la répression. En effet, le système pénal de l'Union s'emploie à produire et exécuter de la sanction pénale. Le droit pénal de fond incrimine largement toute forme de participation et divers comportements, même seulement dangereux. Le droit de l'enquête pénale transnationale permet de maximiser les chances d'obtenir une condamnation. Le droit de la reconnaissance mutuelle a vocation à faciliter l'exécution des décisions de justice pénale dans l'Union. En somme, la compétence pénale de l'Union s'intéresse surtout à ce qui permet de punir effectivement. Bien évidemment, cette idéologie répressive n'ignore pas les droits fondamentaux et les garanties procédurales. Cela étant, il convient de souligner deux choses. D'une part, l'harmonisation des droits des personnes dans une procédure pénale s'inscrit moins dans une démarche libérale de protection de l'individu que dans une démarche autoritaire, visant à ce que des garanties différentes entre systèmes judiciaires ne soient pas un obstacle à l'entraide pénale ou à la reconnaissance mutuelle. D'autre part, les droits et garanties fondamentaux ne sont pas tous irréprochables au regard de l'acquis de la convention EDH ; il a plusieurs fois été relevé ceux-ci cèdent, parfois, devant les impératifs de la répression et/ou d'utilité du droit de l'Union. Autrement considéré, le modèle du système pénal de l'Union assez original. Il est plus un système juridique « de solutions » plus que « de situations » c'est-à-dire qu'il a moins vocation à organiser, de manière proactive, la vie en communauté au sein de l'Union que de régler, de manière réactive, des problèmes identifiés et difficilement solubles au plan exclusivement national. Cela reste expressif d'une idéologie pénale autoritaire et sécuritaire : tout ce qui porte atteinte à la sécurité et à l'ordre public doit être solutionné, qu'il s'agisse de lutter directement contre ces atteintes en créant des infractions ou qu'il s'agisse de supprimer les freins et les obstacles à la punition effective, par la reconnaissance mutuelle, par exemple.

852. *Un sous-produit du système juridique de l'Union* – L'idéologie qu'expriment ses normes n'est pas la seule clé de compréhension de ce système pénal particulier. Celui-ci est difficilement reconnu comme tel car méconnu et mal compris. A notre sens, la raison principale

tient de l'écueil naturel et compréhensible de ce qu'il est trop souvent analysé à travers les prismes nationaux, qui omettent que le système pénal de l'Union est d'abord, et avant toute chose, un sous-produit du système juridique de l'Union, un modèle hybride. Celui-ci produit à la fois du droit « source » et un « objet ». Il produit un droit « source » « dans la mesure où il alimente de ses règles, telle une source, un certain nombre de matières juridiques existantes »³²⁴¹, en l'occurrence le droit pénal des Etats membres. Il est également un « droit objet » qui « a créé selon des voies de droit qui lui sont propres »³²⁴² un droit spécifique pour une communauté déterminée. En effet, le système pénal de l'Union a créé des infractions et des voies procédurales connues de lui seul, mais en tant que sous-produit du système juridique de l'Union, le système pénal unioniste n'a jamais eu de vocation généraliste ; il est par nature incomplet, sectoriel. La méthode « des petits pas », prônée par les pères fondateurs, progressive et mesurée, en font un système de droit à géométrie variable, qui combine différentes méthodes, afin de graduer l'intégration en fonction des besoins. D'essence internationale, fondé sur une libre-adhésion d'Etats souverains, le système juridique de l'Union n'omet pas qu'une collectivité n'annihile pas les individualités, qu'un ensemble n'est pas nécessairement uniforme. Aussi respecte-t-il certains besoins nationaux en étant, parfois, à géographie variable.

853. L'utilité de mieux comprendre comment fonctionne le système pénal de l'Union, comment il est composé, à quels principes juridiques il est soumis, est double. Dans l'immédiat, cela a permis de mettre en évidence certaines imperfections qui pourraient, devraient pour certaines, être corrigées. A plus longue échéance, une plus grande compréhension de ce système donne certaines indications sur son avenir

III- L'avenir du système pénal de l'Union européenne

854. *A court terme* – L'avenir du système pénal de l'Union se dessine déjà. Son prochain défi est sans aucun doute la création du Parquet européen en coopération renforcée. Que 20 Etats membres se soient accordés sur le principe d'une coopération renforcée est bon signe ; cela ne signifie pas pour autant que le projet aboutira. Les risques que le processus d'adoption rencontre

³²⁴¹ BERGE, J.-S., La part d'originalité du droit communautaire, in ROBIN-OLIVIER, S. et FASQUELLE, D., Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire, Bruylant 2008, pp. 164-165.

³²⁴² *Ibid.*

un désaccord politique paralysant sont encore importants. En parallèle, il serait souhaitable que certaines incohérences, imperfections et lacunes soient rectifiées. Par exemple, il conviendrait de mettre fin à la dualité du principe *ne bis in idem*, dont les conditions d'applications dépendent actuellement du contexte juridique et de la nature des sanctions, que les présomptions de responsabilité soient toutes prévues par un texte et réellement réfragables, de reconnaître que les mesures restrictives anti-terrorisme sont plus proches de la sanction pénale que de la mesure conservatoire afin que les garanties qui s'imposent à la matière pénale soient intégralement appliquées, notamment concernant le fait d'en avoir confié l'adoption au Conseil. Sur ce dernier point, c'est plus globalement l'attribution d'un pouvoir de sanction de nature pénale à plusieurs institutions de l'Union, loin de satisfaire aux exigences du droit à un tribunal impartial et indépendant, qu'il conviendrait de réformer, en particulier dans la perspective d'une adhésion à la convention EDH. La Commission, le Conseil et le Conseil européen cumulent cette fonction avec des fonctions de poursuites, d'instruction mais également législatives. La création d'autorités administratives spécialisées réellement indépendantes, au moins pour les contentieux de la concurrence et des mesures restrictives, serait déjà plus satisfaisante.

855. *A plus long terme* – A plus long terme, le vrai défi du système pénal de l'Union sera surtout de résister à la loi de l'hypertrophie des systèmes pénaux, qui semble se vérifier au sein de tous les systèmes pénaux. « Dès que l'on bâtit un système de justice pénale, ce système tend à élargir progressivement ses compétences »³²⁴³. Jusqu'à présent, le système pénal de l'Union n'y fait pas exception. Et les objectifs que s'est fixés l'Union en ce domaine sont instrumentalisables à l'infini : atteindra-t-on jamais un niveau de sécurité, de liberté et de justice qui sera considéré comme satisfaisant ? On peut plus que raisonnablement en douter. Cela étant, en créant le Parquet européen, le système pénal s'approche sérieusement des limites de ses possibilités d'évolution immédiates. En droit de l'harmonisation procédurale, les intentions formulées ont toutes été concrétisées³²⁴⁴. La reconnaissance mutuelle couvre toutes les principales décisions

³²⁴³ SOTIS, C., Mauvaises pensées et autres à propos des perspectives de création d'un droit pénal communautaire, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, S. (dir.) *L'intégration pénale indirecte, Société des législations comparées*, 2005, p. 247. A propos de cette inquiétude concernant la compétence pénale de l'Union : BERNARDI, A., *L'harmonisation pénale accessoire*, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et LAZERGÉS, C., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des Législations comparées*, 2012, p. 161-165.

³²⁴⁴ En novembre 2009, le Conseil a adopté une feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects ou des prévenus dans le cadre de procédures pénales (la traduction et l'interprétation; les informations relatives aux droits et à l'accusation; l'assistance d'un conseiller juridique et l'aide juridictionnelle; la communication avec les proches, les employeurs et les autorités consulaires; les garanties particulières pour les suspects et les prévenus qui sont vulnérables) et a invité la Commission à

répressives et le droit de l'enquête pénale transnationale a remplacé l'essentiel des conventions d'entraides précédemment en vigueur. En droit du rapprochement des infractions, toutes les formes de criminalité visées à l'article 83, §1 TFUE ont fait l'objet d'une harmonisation. S'il est vrai que la notion de criminalité organisée présente un réel risque d'instrumentalisation extensive³²⁴⁵, plusieurs éléments permettent de penser que l'intention des Etats membres ne va pas en ce sens. En effet, le dernier alinéa de l'article 83, §1 TFUE qui permet d'étendre les formes de criminalité pouvant faire l'objet d'un rapprochement par décision unanime du Conseil a rencontré l'opposition de plusieurs Etats membres lors des négociations du traité de Lisbonne³²⁴⁶. Cette réticence manifeste à voir le système pénal de l'Union s'étendre un peu plus laisse à penser qu'une instrumentalisation de la notion de « criminalité organisée » devra être sérieusement justifiée pour convaincre une majorité qualifiée. Pour la même raison, le recours à ce dernier alinéa de l'article 83, §1 TFUE apparaît peu probable, sauf à ce que des événements aussi traumatisants qu'a pu l'être le 11 septembre 2001 fassent fonction d'accélérateur politique. L'article 83, §2 TFUE, de son côté, présente plus de possibilités d'expansion hypertrophique³²⁴⁷. Cela étant, cela ne serait discutable que dans la mesure où le législateur de l'Union ne justifierait pas correctement la nécessité d'adopter une directive pénale accessoire à une politique de l'Union³²⁴⁸. En ce domaine, à s'en tenir à l'orientation prise par l'arrêt de la Cour de Justice du 23

présenter des propositions ad hoc. Il fut également question d'un livre vert relatif à la détention provisoire mais la proposition n'a pas (encore) abouti.

³²⁴⁵ ALIX, J., Les frontières de l'harmonisation autonome, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G., et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 147.

³²⁴⁶ PRIOLLAUD, F.-X., et SIRITZKY, D., Le traité de Lisbonne, texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens, La documentation française, 2008, p. 222.

³²⁴⁷ BERNARDI, A., L'harmonisation pénale accessoire, *in* : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, S. (dir.) L'intégration pénale indirecte, Société des législations comparées, 2005, p. 161-165.

³²⁴⁸ Les directives pénales accessoires adoptées jusqu'à présent l'ont justifié d'une manière qui n'est pas manifestement insatisfaisante. Points 4 à 7 du préambule de la directive « abus de marché » : « Une évaluation des régimes nationaux de sanctions administratives au titre de la directive 2003/6/CE a montré que (...) les États membres n'avaient pas tous mis en place des sanctions administratives pécuniaires pour les opérations d'initiés et les manipulations de marché, et le niveau des sanctions variait fortement entre les États membres. (...) L'adoption de sanctions administratives par les États membres s'est révélée jusqu'ici insuffisante (...). Il est essentiel que le respect des règles relatives aux abus de marché soit renforcé par la disponibilité de sanctions pénales marquant une désapprobation sociale plus forte que les sanctions administratives (...). Les États membres n'ont pas tous prévu de sanctions pénales pour certaines formes de violation grave du droit national mettant en œuvre la directive 2003/6/CE. Les approches différentes des États membres portent atteinte à l'uniformité des conditions de fonctionnement dans le marché intérieur et peuvent inciter certaines personnes à commettre des abus de marché dans les États membres qui ne prévoient pas de sanctions pénales pour ces infractions (...) ».

Point 3 du préambule de la directive « protection pénale de l'environnement » : « L'expérience montre que les systèmes de sanction existants ne suffisent pas à garantir le respect absolu de la législation en matière de protection de l'environnement. Ce respect peut et doit être renforcé par l'existence de sanctions pénales, qui reflètent une désapprobation de la société qualitativement différente de celle manifestée par le biais des sanctions administratives ou d'une indemnisation au civil ».

Points 21 et 22 du préambule de la directive « emploi illégal de ressortissants tiers » : « L'expérience montre que les systèmes de sanctions existants se sont révélés insuffisants (...), notamment parce que des sanctions administratives ne permettent vraisemblablement pas, à elles seules, de dissuader certains employeurs peu scrupuleux. Le respect des règles peut et devrait être

octobre 2007, celle-ci semble entendre procéder à un contrôle de nécessité de la peine à l'aune de la gravité des infractions concernées et du bien juridique protégé³²⁴⁹. Enfin, si la compétence externe de l'Union pourrait être la source d'extension la plus probable, cela ne sera pas sans soulever quelques difficultés. Par exemple, l'Union a récemment signé la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestiques. Si le droit international impose à l'Union de mettre en œuvre cette convention, la perspective d'adopter un outil de droit dérivé en la matière va se heurter à la compétence pénale limitée de l'Union. Les violences domestiques ne sont pas visées par l'article 83, §1 TFUE, ce n'est pas une forme de criminalité généralement transfrontière, elle est difficilement rattachable à une politique de l'Union. En somme, s'il est exact que les traités et l'histoire du système pénal de l'Union sont porteurs d'un potentiel extensif, il ne faut pas omettre que le système pénal de l'Union comporte également les éléments de nature à l'éviter, où a minima, à le limiter.

renforcé par l'application de sanctions pénales. Pour garantir la pleine efficacité de l'interdiction générale, des sanctions plus dissuasives sont donc particulièrement nécessaires dans les cas graves (...).

Point 7 du préambule de la directive « pollution par les navires » : « Ni le régime international relatif à la responsabilité civile et à l'indemnisation en cas de pollution par les hydrocarbures ni celui concernant la pollution par d'autres substances dangereuses ou nocives ne comportent suffisamment d'effets dissuasifs pour décourager les parties concernées » combiné avec les points 3 et 4 de la directive modificatrice de 2009 : « Les sanctions pénales, qui reflètent une désapprobation de la société différente de celle manifestée par le biais de sanctions administratives, renforcent le respect de la législation réprimant la pollution causée par les navires et devraient être d'une sévérité suffisante pour dissuader tous les pollueurs potentiels de commettre une quelconque infraction à cette législation.(...) Le système actuel de sanctions pour les rejets illégaux de substances polluantes effectués par des navires, (...), devrait encore être renforcé par l'introduction de sanctions pénales » (Directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infraction).

Seule la directive « formation des gens de mer » ne justifie pas l'obligation de prévoir des sanctions disciplinaires ou pénales, par préférence.

³²⁴⁹ CJCE, 23 oct. 2007, Commission c/ Conseil, aff. C-440/05, §§67-69 : « il importe de constater, d'une part, que les dispositions de la décision-cadre 2005/667 visent(...) des agissements de nature à occasionner des atteintes particulièrement graves à l'environnement résultant, en l'occurrence, du non-respect des normes communautaires en matière de sécurité maritime. (...) Dès lors, dans la mesure où les articles 2, 3 et 5 de la décision-cadre 2005/667 visent à garantir l'effectivité des normes adoptées dans le domaine de la sécurité maritime, dont le non-respect peut avoir des conséquences graves pour l'environnement, en imposant aux États membres l'obligation de sanctionner pénalement certains comportements, ces articles doivent être considérés comme ayant essentiellement pour objet l'amélioration de la sécurité maritime, de même que la protection de l'environnement(...) ».

BIBLIOGRAPHIE - LEGISLATION

DROIT COMMUNAUTAIRE ET DE L'UNION EUROPEENNE

DROIT PRIMAIRE

- Traité instituant la communauté européenne de l'acier et du charbon (CECA)
Traité instituant la communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM)
Traité de Rome
Protocole n°2 concernant les îles Canaries et Ceuta et Melilla annexé aux actes relatifs à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise aux Communautés européennes – JOCE, L 302 du 15 nov. 1985.
Traité de Maastricht
Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée 1992)
Traité sur l'Union européenne (version consolidée 1992)
Traité d'Amsterdam - JOUE C 340 du 10 nov. 1997.
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
Traité instituant la Communauté européenne (version consolidée 2001)
Traité sur l'Union européenne (version consolidée 2001)
Projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, 18 juill 2003, CONV 820/1/03/REV 1, CONV847/03 CONV848/03.
Traité de Lisbonne - JOUE C 306 du 17 déc. 2007
Traité sur l'Union européenne (version consolidée 2009)
Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée 2009)
Projet de traité portant modification des traités instituant les communautés européennes en vue d'adopter une réglementation commune sur la protection pénale des intérêts financiers des communautés ainsi que sur la poursuite des infractions aux dispositions desdits traités, COM(76) 418 final, JOUE C 222 du 22 sept. 1976.

DROIT DERIVE

I- Règlements

BCE :

- Règlement (CE) n° 2532/98 du Conseil, du 23 novembre 1998, concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions.

Droit de la concurrence

- Règlement (CEE) n° 17 du Conseil: Premier règlement d'application des articles 85 et 86 - JO n° 013 du 21.02.1962
Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises ; JO L 395 du 30/12/1989
Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ; JO L 1 du 4/01/2003
Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises - JO L 024 du 29/01/2004.
Règlement 773/2004 du 7 avr. 2004, relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du Traité CE (JOUE L 123 du 27 avril 2004), tel que modifié par les règlements 622/2008.

Règlement 2015/1348 du 3 août 2015 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE.

Droit des transports :

Règlement n° 11 concernant la suppression de discriminations en matière de prix et conditions de transport, pris en exécution de l'article 79, paragraphe 3, du traité instituant la Communauté économique européenne (JOCE 52 du 16 août 1960 p. 1121 – 1126), tel que modifié par les règlements (CE) du Conseil n° 3626/84 du 19 déc. 1984 et n° 569/2008 du 12 juin 2008

Règlement (UE) n° 788/2014 de la Commission du 18 juillet 2014 établissant les modalités d'imposition d'amendes et d'astreintes et les modalités de retrait de l'agrément des organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires en application des articles 6 et 7 du règlement (CE) n° 391/2009 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles et normes communes concernant les organismes habilités à effectuer l'inspection et la visite des navires

Environnement

Règlement (CE) 1013/2006 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant les transferts de déchets – JOUE L 190 du 12 juillet 2006

Règlement (CE) 338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages

Politique commune – pêche et agriculture

Règlement (CE) n°338/97 du Conseil du 9 décembre 1996 relatif à la protection des espèces de faune et de flore sauvages par le contrôle de leur commerce

Règlement (CE) n° 2371/2002 du Conseil du 20 décembre 2002 relatif à la conservation et à l'exploitation durable des ressources halieutiques dans le cadre de la politique commune de la pêche JO L 358 du 31.12.2002

Règlement (CE) 1005/2008 du Conseil du 29 septembre 2008 établissant un système communautaire destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée, modifiant les règlements (CEE) n° 2847/93, (CE) n°1936/2001 et (CE) n° 601/2004 et abrogeant les règlements (CE) n°1093/94 et (CE) n°1447/1999, JOUE L 286 du 29 oct. 2008.

Règlement (CE) 1224/2009 du Conseil du 20 novembre 2009 instituant un régime communautaire de contrôle afin d'assurer le respect des règles de la politique commune de la pêche

Protection des intérêts financiers :

Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes - JO L 312 du 23.12.1995

Marchés financier:.....

Règlement (UE) n° 513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1060/2009 sur les agences de notation de crédit

Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux

Règlement n°596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission JOUE L 173 du 12 juin 2014

Libre circulation des marchandises:

Règlement (CE) n° 111/2005 du Conseil du 22 décembre 2004 fixant des règles pour la surveillance du commerce des précurseurs des drogues entre la Communauté et les pays tiers (JOUE L 22 du 26 janv. 2005) tel que modifié par le règlement n°1259/2013 du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 (JOUE L 330 du 10 déc. 2013)

Règlement (CE) 658/2007 de la Commission du 14 juin 2007 concernant les sanctions financières applicables en cas d'infraction à certaines obligations fixées dans le cadre des autorisations de mise sur le marché octroyées en vertu du règlement (CE) 726/2004 du Parlement européen et du Conseil

Règlement 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché

Règlement (UE) n° 488/2012 de la Commission du 8 juin 2012 modifiant le règlement (CE) n° 658/2007 précité.

Règlement 952/2013 du Parlement européen et du Conseil du 9 octobre 2013 établissant le code des douanes de l'Union

Mesures restrictives

Règlements (CE) n° 2580/2001 du Conseil du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme a été notamment modifié par les règlements (CE) de la Commission n°745/2003 du 28 avril 2003, n°1207/2005 du 27 juillet 2005, n°1957/2005 du 29 novembre 2005, n°1461/2006 du 29 septembre 2006 et n°517/2013 du 13 mai 2013, les règlements (CE) du Conseil n° 1791/2006 du 20 novembre 2006, n°2016/1710 du 27 septembre 2016, et par les règlements d'exécution de la Commission n°1250/2012 du 20 décembre 2012, n°646/2013 du 4 juillet 2013

Règlement 881/2002 du 27 mai 2002 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Taliban, et abrogeant le règlement (CE) n° 467/2001 du Conseil interdisant l'exportation de certaines marchandises et de certains services vers l'Afghanistan, renforçant l'interdiction des vols et étendant le gel des fonds et autres ressources financières décidées à l'encontre des Taliban d'Afghanistan, JOUE L 139 du 29 mai 2002 ; notamment modifié par les règlements (CE) 951/2002 du 3 juin 2002, 1189/2006 du 3 août 2006, 1102/2009 du 16 novembre 2009, 34/2012 du 17 janvier 2012.

Règlement (CE) n°1126/2006 du Conseil du 24 juillet 2006 modifiant le règlement (CE) n° 234/2004 imposant certaines mesures restrictives à l'égard du Liberia et abrogeant le règlement (CE) n°1030/2003 et suspendant certaines mesures restrictives à l'égard du Liberia (JOUE L 201 du 25 juill. 2006

Règlement (UE) 1284/2009 du Conseil du 22 décembre 2009 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de la République de Guinée (JO L 346 du 23 déc. 2009 – modifié six fois)

Règlement (UE) n°356/2010 du Conseil du 26 avril 2010 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes physiques ou morales, entités ou organismes, en raison de la situation en Somalie (JOUE L 105 du 27 avril 2010 – plusieurs fois modifié)

Règlement (UE) n°131/2011 du Conseil du 14 février 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1210/2003 concernant certaines restrictions spécifiques applicables aux relations économiques et financières avec l'Iraq (JOUE L 41 du 15 fév. 2011) ;

Règlement (UE) n°267/2012 du Conseil du 23 mars 2012 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran et abrogeant le règlement (UE) n°961/2010 (JOUE L 88 du 24 mars 2012),

Règlement (UE) n° 296/2013 du Conseil du 26 mars 2013 modifiant le règlement (CE) n° 329/2007 concernant des mesures restrictives à l'encontre de la République populaire démocratique de Corée (JOUE L 90 du 28 mars 2013) ;

Règlement (UE) n°224/2014 du Conseil du 10 mars 2014 concernant des mesures restrictives eu égard à la situation en République centrafricaine (JO L 70 du 11 mars 2014)

Règlement (UE) n° 271/2014 du Conseil du 17 mars 2014 modifiant le règlement (CE) n°1183/2005 instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre des personnes agissant en violation de l'embargo sur les armes imposé à la République démocratique du Congo (JOUE L 79 du 18 mars 2014) ;

Règlement (UE) n°833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine (JOUE L 271 du 12 sept. 2014) ;

Règlement (UE) 2015/192 du Conseil du 9 février 2015 modifiant le règlement (CE) n° 174/2005 imposant des mesures restrictives à l'égard de l'assistance liée aux activités militaires en Côte d'Ivoire (JOUE L 33 du 10 fév. 2015)

Règlement (UE) 2015/735 du Conseil du 7 mai 2015 concernant des mesures restrictives eu égard à la situation au Soudan du Sud et abrogeant le règlement (UE) n° 748/2014 (JOUE L 117 du 8 mai 2015) ;

ELSJ :

- Règlement (CE) 767/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 concernant le système d'information sur les visas (VIS) et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour (JOUE L 218 du 11 août 2008).
- Règlement 603/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relatif à la création d'EURODAC pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace du règlement (UE) 604/2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride et relatif aux demandes de comparaison avec les données d'EURODAC présentées par les autorités répressives des États membres et Europol à des fins répressives – JOUE L 180 du 29 juin 2013)
- Règlement (CE) 1987/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du système d'information Schengen de deuxième génération)
- Règlement (UE) n° 513/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 portant création, dans le cadre du Fonds pour la sécurité intérieure, de l'instrument de soutien financier à la coopération policière, à la prévention et à la répression de la criminalité ainsi qu'à la gestion des crises, et abrogeant la décision 2007/125/JAI du Conseil
- Règlement (UE) n°1382/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme « Justice » pour la période 2014-2020 - JOUE L 354 du 28 déc. 2013.
- Règlement 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement (code des frontières Schengen) – JOUE L 77 du 23 mars 2016.
- 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) et remplaçant et abrogeant les décisions du Conseil 2009/371/JAI, 2009/934/JAI, 2009/935/JAI, 2009/936/JAI et 2009/968/JAI - JOUE L 135 du 24 mai 2016.

Autres

- Règlement (CE) n° 1346/2000 et n° 1348/2000 du 29 mai 2000 (JOUE L 160 du 30 juin 2000)
- Règlement (CE) n° 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système «Eurodac» pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin (JOUE L 316 du 15 déc. 2000)
- Règlement (CE) n° 273/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 relatif aux précurseurs de drogues
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération judiciaire en matière pénale (Eurojust) - COM(2013)535 final
- Règlement (UE) 2016/95 du 20 janvier 2016 abrogeant certains actes dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale (JOUE L du 2 février 2016).

II- Directives

Marchandises

- Directive 91/477/CEE du Conseil du 18 juin 1991 relative au contrôle de l'acquisition et de la détention d'armes (JOUE L 256 du 13 sept. 1991), telle que modifiée par la directive 2008/51/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 (JOUE L 179 du 8 juill. 2008)
- Directive 2007/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 mai 2007 relative à la mise sur le marché d'articles pyrotechniques
- Directive 2008/51/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008 (JOUE L 179 du 8 juill. 2008)

ELSJ – Visa Asile Immigration

- Directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier

Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier - JOUE L 348 du 24 déc. 2008

Directive 2009/52/CE prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

Intérêts financiers – fraudes

Directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ; JO L 166 du 28.6.1991

Directive 2001/97/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001 modifiant la directive 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, JOCE, n° L 344, 28 décembre 2001, p. 76

directive 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 (JOUE L 309 du 25 nov. 2005), telle que modifiée par les directives 2007/64/CE du 13 nov. 2007 (JOUE L 319 du 5 déc. 2007), 2008/20/CE du 11 mars 2008 (JOUE L 76 du 19 mars 2008) 2009/110/CE du 16 sept. 2009 (JOUE L 267 du 10 oct. 2009) et 2010/78/UE du 24 nov. 2010 (JOUE L 331 du 15 déc. 2010)

Marchés

Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) - JOUE L 96 du 12 avril 2003. Modifiée par la directive 2008/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2008 - JOUE L 81 du 20 mars 2008

Directive 2004/72/CE de la Commission du 29 avril 2004 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les pratiques de marché admises, la définition de l'information privilégiée pour les instruments dérivés sur produits de base, l'établissement de listes d'initiés, la déclaration des opérations effectuées par les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et la notification des opérations suspectes [...] (JOUE L 162 du 30 avril 2004)

Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (JOUE L 173 du 12 juin 2014)

Environnement

Directive 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 sur la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages

Directive 79/409/CEE du Conseil du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages

Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil –JOUE L 275 du 25 oct. 2003.

Directive 2005/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions, notamment pénales, en cas d'infractions de pollution.

Directive 2008/99/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal ; JO L 328 du 6 déc. 2008.

Directive 2009/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 modifiant la directive 2005/35/CE relative à la pollution causée par les navires et à l'introduction de sanctions en cas d'infractions JOUE n° L 280/52 27 oct. 2009.

Transport

Directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer les données relatives aux passagers

Directive 2008/106/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 concernant le niveau minimal de formation des gens de mer

ELSJ – volet pénal

Rapprochement des infractions

- Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil, JOUE L 101 du 15 avril 2011
- Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil ; JOUE L 335 du 17 déc. 2011.
- Directive 2013/40/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 août 2013 relative aux attaques contre les systèmes d'information et remplaçant la décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil – JOUE L 218 du 1 août 2013
- Directive 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (directive relative aux abus de marché) JOUE L 173 du 12 juin 2014
- Directive 2014/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à la protection pénale de l'euro et des autres monnaies contre la contrefaçon, JOUE L 151 du 21 mai 2014
- Directive (UE) 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil et modifiant la décision 2005/671/JAI du Conseil - JOUE L 88 du 31 mars 2017
- Directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal – JOUE L 198 du 28 juill. 2017

Droits des personnes dans la procédure pénale

- Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales - JOUE L 280 du 26 oct. 2010
- Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JOUE L 142
- Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires - JOUE L 294 du 6 nov. 2013
- Directive 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales- JOUE L 65 du 11 mars 2016
- Directive 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales - JOUE L 132 du 21 mai 2016
- Directive 2016/1919 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 concernant l'aide juridictionnelle pour les suspects et les personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales et pour les personnes dont la remise est demandée dans le cadre des procédures relatives au mandat d'arrêt européen (JOUE L 297 du 4 nov.2016)

Droit des victimes

- Directive 2004/80/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité
- Directive 2004/81/CE du Conseil du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes
- Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la décision de protection européenne
- Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil - JOUE L 315 du 14/11/2012 ;

Autre

Directive du Parlement Européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, dossier interinstitutionnel 2011/0023(COD)

Directive 2014/42/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne

Reconnaissance mutuelle

Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JOUE L 130 du 1^{er} mai 2014

III- Décisions-cadres

Reconnaissance mutuelle

Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres (JOUE L 190 du 18 juill. 2002)

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 preuve (JOUE L 196 du 2 août 2003)

Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires

Décision-cadre 2006/783/JAI du Conseil, du 6 octobre 2006, relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation - JOUE L 328 du 24 nov. 2006

Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne

Décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et aux décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution - JO L 337 du 16.12.2008,

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

Décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil du 26 février 2009 portant modification des décisions-cadres 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI et 2008/947/JAI, renforçant les droits procéduraux des personnes et favorisant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions rendues en l'absence de la personne concernée lors du procès (JOUE L 81 du 27 mars 2009).

Décision-cadre 2009/829/JAI du Conseil du 23 octobre 2009 concernant l'application, entre les États membres de l'Union européenne, du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions relatives à des mesures de contrôle en tant qu'alternative à la détention provisoire

Rapprochement des infractions

Décision-cadre 2000/383/JAI du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro - JOUE L 140 du 14 juin 2000.

Décision-cadre 2001/413/JAI du Conseil du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces

Décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme - JOUE L 164 du 22 juin 2002

Décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains JOUE L 203 du 1 août 2002

Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers complétant la directive 2002/90/CE du Conseil du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers – JOUE L 328 du 5 déc. 2002.

Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, JOUE L 13 du 20 janv. 2004

Décision-cadre 2004/757/JAI du Conseil du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue ; JO L 335 du 11.11.2004

Décision-cadre 2005/222/JAI du Conseil du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, JOUE L 69 du 16.3.2005

Décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée, JOUE L 300 du 11 nov. 2008

Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal

Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme

Soutien opérationnel

Décision-cadre 2002/465/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative aux équipes communes d'enquête, JOUE L 162 du 20 juin 2002

Autres

Décision-cadre du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales - JOUE L 082 du 22/03/2001.

Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime (JOUE L 182 du 5 juill.2001)

Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil du 24 février 2005 concernant la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime

Décision-Cadre 2008/675/JAI du Conseil du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale ; JOUE L 220 du 15 août 2008

Décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales (JOUE L 328 du 15 déc. 2009)

Décision-cadre 2009/315/JAI du Conseil du 26 février 2009 concerne l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres (JOUE L 93 du 7 avril 2009)

IV- Conventions

Conventions pénales

Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes

Convention sur le blanchiment, le dépistage, la saisie et la confiscation des produits du crime de 1990

Acte du Conseil du 26 juillet 1995 établissant la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes JOCE C 316 du 27 nov. 1995

Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention portant création d'un Office européen de police - JOCE C 316 du 27 nov. 1995

Protocole du 27 septembre 1996 à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE C 313 du 23 octobre 1996

Convention du 26 mai 1997 relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne

Deuxième protocole du 19 juin 1997 à convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, JOCE C 221, 19 juillet 1997

Convention établie sur la base de l'article K.3 paragraphe 2 point c) du traité sur l'Union européenne relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne JO n° C 195 du 25/06/1997 p. 0002 – 0011

Convention d'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 - JOCE C 197 du 12 juill. 2000

Conventions civiles

Convention dite Bruxelles II, relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale est remplacée, dans un premier temps, par le règlement du 20 mai 2000, abrogé par le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 - JOUE L 338 du 23 déc. 2003

Convention de Bruxelles sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale est remplacée par le règlement homonyme n°44/2001 du 22 décembre 2000 - JOUE L 12 du 16 janv. 2001

V- Décisions :

Concurrence :

Décision de la Commission du 23 mai 2001 relative au mandat des conseillers-auditeurs dans certaines procédures de concurrence - JOCE L 162 du 19 juin 2001

Coopération judiciaire et policière

Décision du Conseil 2000/799/JAI du 14 décembre 2000 instituant une unité provisoire de coopération judiciaire, JOCE L 324 du 21 déc. 2000

Décision du Conseil 2002/187/JAI du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité - JOUE L 63 du 6 mars 2002.

Décision 2003/170/JAI du Conseil du 27 février 2003 relative à l'utilisation commune des officiers de liaison détachés par les autorités répressives des États membres - JOUE L 067, 12 mars 2003

Décision 2005/671/JAI relative à l'échange d'informations et à la coopération concernant les infractions terroristes. - JOUE L 253 du 29 sept. 2005

Décision 2006/560/JAI du Conseil du 24 juillet 2006 modifiant la décision 2003/170/JAI relative à l'utilisation commune des officiers de liaison détachés par les autorités répressives des États membres – JOUE L 219 du 10 août 2006

Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière - JOUE L 210 du 6 août 2008

Décision 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière - JOUE L 210 du 6 août 2008

Décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 déc. 2008 concernant le réseau judiciaire européen - JOUE L 348 du 24 déc. 2008.

Décision du Conseil 2009/316/JAI du 6 avril 2009 relative à la création du système européen d'information sur les casiers judiciaires en application de l'article 11 de la décision-cadre 2009/315/JAI - JOUE L 93 du 7 avril 2009

Décision 2009/371/JAI du Conseil du 6 avr. 2009 portant création de l'Office européen de police (Europol) : JOUE L 15 mai 2009

Compétence externe

Décision 95/569/CE du Conseil, du 18 décembre 1995, concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République de l'Équateur relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes JOUE L 324 du 30 déc. 1995

Décision 95/571/CE du Conseil, du 18 décembre 1995, concernant la conclusion de l'accord entre la Communauté européenne et la République du Venezuela relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes

Décision 97/126/CE, du Conseil du 6 décembre 1996, concernant la conclusion de l'accord entre la CE d'une part, et le gouvernement du Danemark et le gouvernement local des îles Féroé, d'autre part – JOCE L 53 du 22 févr 1997

Décision 2003/155/CE du Conseil du 16 décembre 2002 concernant la signature et la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et la République de Turquie relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes - JO L 64 du 7.3.2003

- Décision 2004/79/CE du Conseil du 17 décembre 2003 concernant la signature de l'accord entre l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'application de certaines dispositions de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne et du protocole de 2001 à celle-ci (JO L 26 du 29.1.2004)
- Décision du Conseil 2004/579/CE, du 29 avril 2004, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne de la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée – JOUE L 261 du 06 aout 2004
- Décision 2009/166/CE du Conseil du 27 novembre 2008 concernant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et le gouvernement de la République populaire de Chine relatif aux précurseurs de drogues et aux substances utilisés fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes - JO L 56 du 28.2.2009
- Décision 2009/820/PESC du Conseil du 23 octobre 2009 relative à l'accord d'extradition entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique et de l'accord d'entraide judiciaire entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique – JOUE L 291 du 7 nov. 2009
- Décision 2010/412/UE du Conseil du 13 juillet 2010 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique sur le traitement et le transfert de données de messagerie financière de l'Union européenne aux États-Unis aux fins du programme de surveillance du financement du terrorisme (JOUE L 195 du 27 juill. 2010)
- 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 – JOUE
- Décision 2012/381/UE du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et l'Australie sur le traitement et le transfert de données des dossiers passagers (données PNR) par les transporteurs aériens au service australien des douanes et de la protection des frontières (JOUE L 186 du 14 juill. 2012)
- Décision 2012/472/UE du conseil du 26 avril 2012 relative à la conclusion de l'accord entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne sur l'utilisation des données des dossiers passagers et leur transfert au ministère américain de la sécurité intérieure
- Décision 2012/305/UE du Conseil du 7 juin 2012 relative à la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'application de certaines dispositions de la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne et du protocole de 2001 à celle-ci (JOUE L 153 du 14 juin 2012)
- Décision 2014/198/PESC du Conseil du 10 mars 2014 concernant la signature et la conclusion de l'accord entre l'Union européenne et la République unie de Tanzanie relatif aux conditions de transfert, de la force navale placée sous la direction de l'Union européenne à la République unie de Tanzanie, des personnes soupçonnées d'actes de piraterie et des biens associés saisis (JOUE L 108 du 11 avril 2014)
- Décision 2014/835/UE du Conseil du 27 novembre 2014 l'accord entre l'Union européenne, d'une part, et la République d'Islande et le Royaume de Norvège, d'autre part, relatif à la procédure de remise entre les États membres de l'Union européenne et l'Islande et la Norvège - JOUE L 343 du 28 nov. 2014

VI- Actions communes

- Action commune 95/73/JAI, du 10 mars 1995, concernant l'unité "Drogues" Europol (JOCE L 62 du 20 mars 1995) telle que modifiée par l'action commune du 16 décembre 1996 (JOCE L 342/4 du 31 déc. 1996)
- Action commune 96/277/JAI, du 22 avril 1996, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne, JOUE L 105, 27 avr.. 1996
- Action commune 96/602/JAI du 14 octobre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du Traité sur l'Union européenne concernant un cadre d'orientation commun pour les initiatives des États membres en matière d'officiers de liaison (JOUE L 268 du 19 oct. 1996)
- Action commune 97/154/JAI du 24 février 1997, adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la lutte contre la traite d'êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants [JOUE L 63 du 04 mars 1997]
- Action commune 98/428/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen (JOUE L 191 du 7 juill.1998)
- Action commune 98/429/JAI du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, instituant un mécanisme d'évaluation collective de l'adoption, de l'application et de la mise en

œuvre effective par les pays candidats de l'acquis de l'Union européenne dans le domaine de la justice et des affaires intérieures (JOUE L 191 du 7 août 1998)

Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, JOUE L 351 du 29 décembre 1998

Action commune 98/699/JAI du 3 décembre 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime – JOUE L 333 du 9 déc. 1998

VII- Position commune

Position commune 2001/931/PESC du Conseil du 27 décembre 2001 relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme, JOUE L 344 du 28 déc. 2001

VIII- Recommandations

Recommandation du Conseil, du 9 décembre 1999, sur la coopération en matière de lutte contre le financement du terrorisme - JOCE C 373 du 23 déc. 1999

IX- Actes hors nomenclature (par auteur)

Commission

Communication – Orientation des politiques

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, du 26 mai 1999, concernant un plan d'action de l'Union européenne en matière de lutte contre la drogue (2000-2004) [COM(1999) 239 final]

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, 26 juillet 2000, COM(2000)495 final

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement Européen sur l'article 7 TUE – respect et promotion des valeurs sur lesquelles l'Union est fondée, 15 oct. 2003, COM(2003) 606 final

Communication de la Commission « Stratégie pour la mise en œuvre efficace de la charte des droits fondamentaux de l'Union » du 19 octobre 2010- COM(2010)573 final

Mieux protéger les intérêts financiers de l'Union : instituer le Parquet européen et réformer Eurojust », 17 juill. 2013, COM(2013)532 final.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 1 mars 2014 « un nouveau cadre de l'Union pour renforcer l'état de droit », §1 – COM(2014)158 final

Communication sur l'accès au dossier,

Communication de la Commission sur les règles de procédure internes relatives aux demandes d'accès au dossier dans les affaires en application des articles 85 et 86 TCE, 65 et 66 du traité CECA et du règlement du Conseil (CEE) n°4064/89 sur le contrôle communautaire des opérations de concentration des entreprises (JOCE C 23 janvier 1997)

Communication « créer une société de l'information plus sûre en renforçant la sécurité des infrastructures de l'information et en luttant contre la cybercriminalité » - (COM[2000] 890 final)

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen et à la Banque centrale européenne - Protection de l'euro - Lutte anti-contrefaçon [COM/98/0474 final],

Communication de la Commission du 20 sept. 2011, Vers une politique de l'Union Européenne en matière pénale : assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'Union au moyen du droit pénal », COM(2011)573 final

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13 sept. 2005 (C-176/03 Commission contre Conseil) [COM(2005) 583 final]

Livres et actes de politiques générales

Livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, Commission Européenne, 11 déc. 2001, COM(2001)715 final

Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, sous a), du règlement (CE) no 1/2003 JOCE n° C 210/02

Rapport de suivi du livre vert sur la protection pénale des intérêts financiers communautaires et la création d'un Procureur européen, Commission européenne, 19 mars 2003, COM(2003)128 final

Livre vert de la Commission sur l'application de la législation de l'Union européenne en matière de justice pénale dans le domaine de la détention ; 14 juin 2011 ; COM(2011)327 final,

Le programme de Stockholm — une Europe ouverte et sûre qui sert et protège les citoyens - 2010/C 115/01- JOUE C du 4 mai 2010

Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 11 décembre 2001, COM(2001) 745 final (non publié au JO).

Livre vert relatif à l'obtention de preuves en matière pénale d'un État membre à l'autre et à la garantie de leur recevabilité, Commission, 11 nov. 2009, COM(2009) 624 final

livre vert sur la présomption d'innocence (COM(2006) 174 final du 26.4.2006

Programme de La Haye : Dix priorités pour les cinq prochaines années Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice, Commission, COM(2005)184 final

Lignes directrices concernant l'analyse d'impact, 15 janvier 2009, SEC(2009) 92

Conseil

Résolution du Conseil du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (JOCE, n° C 136, 4 juin 1985

Résolution du Conseil du 28 mai 1999 visant à renforcer le cadre pénal pour la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro (1999/C 171/01), JOUE C 171 du 18 juin 1999

Acte du Conseil du 3 décembre 1998 portant adoption du statut du personnel d'Europol, JOUE C 26 du 30 janv. 1999, p. 23 – modifié par les actes du Conseil des 5 juin 2003 (JOUE C152 du 28 juin 2003) et 29 avril 2004 (JOUE C 114/07 du 30 avril 2004

Accord du 18 mai 1999 conclu par le Conseil de l'Union européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces deux Etats à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen, JOCE L 176 du 10 juillet 1999

Accord du 30 mai 1999 entre le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'établissement des droits et obligations de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord, d'une part, et la République d'Islande et le Royaume de Norvège d'autre part, dans le domaine de l'acquis de Schengen qui s'applique à ces Etats, JOCE L 15 du 20 janvier 2000.

Conclusions du Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 (SN 200/99).

Accords du 28 avril 2005 entre la confédération suisse et le Royaume du Danemark sur la mise en œuvre, l'application et le développement des parties de l'acquis de Schengen basés sur les dispositions du titre IV TCE.

Projet de conclusions du Conseil relatives à des dispositions types permettant d'orienter les travaux menés par le Conseil dans le domaine du droit pénal du 30 novembre 2009 - 16542/2/09 REV 2

procès-verbal du Conseil JAI des 12 et 13 juin 2007 CS/2007/10699 - PRES/2007/125

Résolution du Conseil du 30 nov. 2009 relative à la feuille de route visant à renforcer les droits procéduraux des suspects et personnes poursuivies dans les procédures pénales (2009/C 295/01, JOUE C 295 du 4 déc. 2009)

Plan d'action de Vienne

BCE

Recommandation du 7 juillet 1998 pour un règlement du Conseil concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions, JO C 246 du 6 août 1998, p.9

Rapport A4-329/98 du 24 septembre 1998 sur la recommandation de la BCE pour un règlement du Conseil concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, JO L 318 du 27 novembre 1998,

Europol

Accord du 6 décembre 2001 entre Europol et les Etats-Unis, et l'accord additionnel relatif à l'échange de données personnelles et informations afférentes

Agreement on operational and strategic co-operation between the Republic of Albania and Europol (2013)

Autre

Accord entre la Communauté européenne et la République de Bolivie relatif aux précurseurs et aux substances chimiques utilisées fréquemment pour la fabrication illicite de drogues ou de substances psychotropes (JOUE L 324 du 30.12.1995

Mémorandum d'accord entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, 2007

Accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen JOUE L 53 du 27 février 2008

Protocole entre la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse relatif aux critères et aux mécanismes permettant de déterminer l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile introduite dans un État membre ou en Suisse ; JOUE L 161 du 24 juin 2009

Statut de la Cour de Justice tel qu'issu du Protocole (n° 3) sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, annexé aux traités, tel que modifié par le règlement n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 11 août 2012 (JO L 228 du 23 août 2012, p. 1), par l'article 9 de l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Croatie et aux adaptations du traité sur l'Union européenne, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (JO L 112 du 24 avril 2012, p. 21), par le règlement (UE, Euratom) 2015/2422 du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2015 (JO L 341 du 24 décembre 2015, p. 14) ainsi que par le règlement 2016/1192 du Parlement européen et du Conseil, du 6 juillet 2016, relatif au transfert au Tribunal de la compétence pour statuer, en première instance, sur les litiges entre l'Union européenne et ses agents (JO L 200 du 26 juillet 2016, p. 137).

Statut des fonctionnaires de l'Union européenne

Avis du Comité économique et social européen sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du conseil relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales », JOUE C 54/48 du 19 fév. 2011

Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles », publiées par la Cour le 6 novembre 2012

Résolution du Parlement européen du 19 février 2009 sur l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers, JO C 287 E du 29 nov. 2007, p. 309, et rapport homonyme (2006/2200(INI)) A6-0020/2007.

DROIT DU CONSEIL DE L'EUROPE

Statut du Conseil de l'Europe du 5 mai 1949, STE n°001

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 nov. 1950 et ses protocoles additionnels, STE n°005

Convention européenne sur l'extradition du 13 déc. 1957, STE n°024

Convention européenne d'entraide en matière pénale du 20 avril 1959, STE n°030

Convention du Conseil de l'Europe du 30 nov. 1964 pour la surveillance des personnes condamnées ou libérées sous conditions, STE n°051

Convention sur la valeur internationale des jugements répressifs du 28 mai 1970, STE n°070

Convention du Conseil de l'Europe du 21 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées, STE n°112

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, du 8 novembre 1990, STE n°141, remplacée par la convention homonyme du 16 mai 2005, STE n°198.

Protocole additionnel à la convention sur la cybercriminalité, relatif à la l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, Conseil de l'Europe, 28 janvier 2003, STE n°189

Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005, STE n°196

Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains du 16 mai 2005, STE n°197

Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 27 oct. 2007, STE n°201

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 11 mai 2011 ; STE n°210

Convention du Conseil de l'Europe sur la contrefaçon des produits médicaux et les infractions similaires menaçant la santé publique du 28 nov. 2011, STE n°211

Convention du Conseil de l'Europe contre le trafic d'organes humains du 25 mars 2015, STE n°216

DROIT INTERNATIONAL

Convention internationale pour la répression du faux monnayage conclue à Genève le 20 avril 1929.

Charte des Nations-Unies du 26 juin 1945.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité internationale, Commission du droit international des Nations Unies, 1954, reproduit dans l'Annuaire de la Commission du droit international, 1954, vol. II, consultable sur http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/draft_articles/7_3_1954.pdf

Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités

Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (telle que modifiée par le protocole de 1972)

Convention de Vienne sur les substances psychotropes du 21 février 1971.

Résolution de l'Assemblée générale des Nations-Unies 3208 du 11 oct. 1974, Statut de la Communauté européenne auprès de l'Assemblée générale)

Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires du 2 novembre 1973 telle que complétée par les protocoles de 1978 et 1997, dite MARPOL, ou MARPOL 73/78.

Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales

Convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes du 20 décembre 1988.

Convention relative aux droits de l'enfant adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989

Convention du 27 septembre 1994 relative à l'extradition entre États membres

Convention du 10 mars 1995 relative à la procédure simplifiée d'extradition

Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juill. 1998, A/CONF. 183/ 9.

Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies du 9 décembre 1999.

Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée du 15 novembre 2000

Résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/65/276 du 3 mai 2011 – Participation de l'Union européenne aux travaux de l'Organisation des Nations Unies)

DROIT DES ETATS MEMBRES

FRANCE

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen française,
Code civil
Code pénal
Code de procédure pénale

Code des douanes

Loi du 16 juillet 1980 relatives aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique

Loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, JORF n°0181 du 6 août 2013 p. 13338

ETATS MEMBRES DE L'UNION

Charte des droits et libertés fondamentaux de la Rep. Tchèque,	Constitution de République de Pologne,
Constitution de la République de Chypre	Constitution de la République du Portugal
Constitution de la République de Croatie	Constitution de la République de Slovaquie
Constitution de la République d'Estonie,	Constitution de la République de Slovénie,
Constitution de la République de Finlande	Constitution du Grand Duché du Luxembourg
Constitution de la République hellénique	Constitution du Royaume d'Espagne,
Constitution de la République de Hongrie,	Constitution du Royaume de Belgique,
Constitution de la République italienne	Constitution du Royaume des Pays-Bas
Constitution de la République de Lettonie	Constitution du Royaume de Suède.
Constitution de la République de Lituanie,	Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne.
Constitution de de la République de Malte,	Human Right Act.

AUTRES

Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Commission du droit international des Nations-Unies, 2001

Avis du haut-commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, « Report [...] on the protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism » du 2 septembre 2009 à l'attention de l'Assemblée générale des Nations unies, document A/HRC/12/22,

BIBLIOGRAPHIE DOCTRINALE

DICTIONNAIRES ET LEXIQUES

- ALLAND, D. et RIALS, S., Dictionnaire de la culture juridique, Lamy et PUF, 2003.
ARNAUD, A.-J. (dir.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ e.a., 1993.
BARAV, A et PHILIP, C., Dictionnaire juridique des Communautés européenne, PUF, 1993
CORNU, G., Vocabulaire juridique, PUF, 2007
Dictionnaire de l'Académie Française, 9^{ème} édition
Dictionnaire de la langue française Le Robert, v^o Valeur, III, 6, b)
Dictionnaire Larousse
Dictionnaire « Trésor de la langue française »
Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2014-15
BEZIZ-AYACHE, A., Dictionnaire de la sanction pénale, Ellipse, 2009.
CADIET, L., Dictionnaire de la justice, (dir.), PUF, 2004
ALLAND, D. e. a., Dictionnaire de culture juridique, PUF, 2003.
DE LA FUENTE, F., Dictionnaire juridique de l'Union européenne, Bruylant 1999
DEBARD, T., LE BAUT-FERRARESE, B. et NOURISSAT, C., Dictionnaire du droit de l'Union européenne, Ellipse, 2002
MAZURE, A., Dictionnaire étymologique de la langue française, usuelle et littéraire pouvant servir de complément à tous les dictionnaires classiques, 1863, consulté sur <http://gallica.bnf.fr>

TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

- ALLAND, D., Manuel de droit international public, PUF, coll. Droit fondamental, 2015, 2^{ème} édition
ANDRE, C., Droit pénal spécial, Dalloz, coll. Cours, 2013
ASCENCIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A., Droit international pénal, Pédone, 2012.
BASSIOUNI, C., Introduction au droit pénal international, Bruylant, 2002
BERGE, J.-S. et ROBIN-OLIVIER, S., Droit européen : Union européenne et Conseil de l'Europe, PUF, coll. Thémis – droit, 2^{ème} édition, 2008
BERR, C. J., Introduction au droit douanier, Economica, 2008
BERR, C. J. et TREMEAU, H., le droit douanier, régime des opérations de commerce international en France et dans la C.E.E, LGDJ, 1981.
BOULOC, B., Droit pénal général, Dalloz, 2015
BOULOC, B., Procédure pénale, Dalloz, 2013
CARBONNIER, J., Droit civil, Thémis, tome 1, Les personnes, 2000
CARREAU, D., et MARRELLA, F., Droit international, Pedone, 2012, 11^{ème} édition
CHAUVEAU, A., et HELIE, F., Théorie du code pénal, Edouard Legrand, 1845
COMBACAU, J et SUR, S., Droit international public, 2014
CONTE, P., Droit pénal spécial, Lite, coll. Manuels, 2016
DALLIER, P., FORTEAU, M. et PELLET, A., Droit international public, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009,
DE QUADROS, F., Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne, Bruylant, 2011
DEBOVE, F., FALLETTI, F. et JANVILLE, T., Précis de droit pénal et de procédure pénale, PUF, 2012
DREYER, E., Droit pénal spécial, Ellipse, coll. Cours magistral, 2008
DELMAS-MARTY, M., Droit pénal des affaires, vol. 1, 3^e éd. 1991
DELMAS-MARTY, Les grands systèmes de politique criminelle, PUF, coll. Thémis, 1992.
DONNEDIEU DE VABRE, H., Introduction au droit international pénal, Sirey, 1922
DONNEDIEU DE VABRES, H., Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, Sirey, 1937

- DONNEDIEU DE VABRES, H., Les principes modernes du droit pénal international, Editions Panthéon Assas, 2004 (rééd. 1928)
- DONY, M., Droit de la communauté et de l'UE ; Edition de l'université de Bruxelles ; 3^{ème} éd., 2001
- DONY, M., Droit de l'Union Européenne, Ed. de l'Univ. De Bruxelles, 6^{ème} éd., 2015
- DUBOUIS, L. et BLUMAN, C., Droit matériel de l'Union européenne, Montchrestien, 2012, 6^{ème} édition
- DUBOUIS, L. et BLUMANN, C., Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis, coll. Manuel, 5^{ème} éd., 2013
- DUPUY, P.-M., et KERBRAT, Y., Droit international public, Dalloz, coll. Précis, 2014
- GARRAUD, R., Traité théorique et pratique de droit pénal française, t.1, , 3^{ème} éd., Sirey, 1913,
- GARRAUD, R., Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. 2 ; 3^{ème} éd. Paris, Sirey, 1914
- GAUTRON, J.-C., Droit européen, Dalloz, coll. Mémento, 14^{ème} éd, 2012.
- GAVALDA, C. et PARLEANI G., Droit des affaires de l'Union européenne, 7^{ème} éd. ; Litec, coll. Manuel, 2015
- HAURIOU, M., Précis de droit administratif : contenant le droit public et le droit administratif (2e édition), 1893 consulté sur gallica.bfn.fr
- HUET, A. et KOERING-JOULIN, R., Droit international pénal, PUF, coll. Thémis, 3^{ème} éd. 2005.
- ISSAC, G., et BLANQUET, M., Droit général de l'Union européenne, Sirey, 10^{ème} édition, 2012.
- ISAAC, G., Droit communautaire général, Armand Colin, 7^{ème} édition, 1999
- JEANDIDIER, Droit pénal général, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1991
- LEGEAIS, R., Grands systèmes de droit contemporains - approche comparative, Litec, 2008
- LEGUNEHEC, F. et DESPORTES, F., Droit pénal général, Economica, 2014
- LEROY, J., Droit pénal général, LGDJ, 2016
- LOMBOIS, C., droit pénal international, Dalloz, 2^{ème} éd., 1979
- MALAURIE-VIGNAL, M., Droit de la concurrence interne et européenne, Sirey, coll. Université, 2014
- MANIN, P., Les Communautés européennes, l'Union européenne, Pédone, 1999.
- MANIN, P., L'Union européenne, institutions, ordre juridiques, contentieux, Pedone, 2005
- MAYAUD, Y., Droit pénal général, PUF, 2015,
- MERLE, R. et VITU, A., Traité de droit criminel – droit pénal spécial, CUJAS, 1982
- ORIANNE, P., Introduction au système juridique, Bruylant, 1982
- PIN, X., Droit pénal général, Dalloz, coll. Cours, 3^èd. 2009
- PIN, X., Droit pénal général, Dalloz, coll. Cours, 3^èd. 2016
- PRADEL, J., Droit pénal général, Cujas, 2016
- PRADEL, J., Droit pénal comparé – Précis Dalloz, 3^{ème} édition – 2008
- PRADEL, J. et DANTI-JUAN, M., Droit pénal spécial, Cujas,
- PRADEL, J., CORSTENS, G. et VERMEULEN, G., Droit pénal européen, Dalloz, coll. Précis., 3^{ème} éd., 2009.
- RASSAT, M.-L., Droit pénal général, 2014
- RASSAT, M.-L., droit pénal spécial, Dalloz, coll. Précis., 2014.
- RENUCCI, J.-F., Traité de droit européen des droits de l'homme, LGDJ, 2012.
- REBUT, D., Droit international pénal, Dalloz, coll. Précis, 1^{ère} éd., 2012
- RIDEAU, J., Droit institutionnel de l'Union européenne, 2010
- ROBERT, J.-H., Droit pénal général, PUF, coll. Thémis, 6^{ème} éd., 2005
- ROULAND, N., Introduction historique au droit, PUF, coll. Droit fondamental, 1998
- SALMON, J., Dictionnaire de droit international public, Bruylant, 2001
- SIMON, D., Le système juridique communautaire, Paris, PUF, 3^{ème} édition, 2001
- STEFANI, G., LEVASSEUR, G. et BOULOC, B., Droit pénal général, Dalloz, 17^e éd., 2003
- SUDRE, F., Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, coll. Droit fondamental, 7^{ème} éd., 2005
- VAN RAPENBUSCH, S., Droit institutionnel de l'Union européenne, Larcier, 2009
- VERON, M., droit pénal spécial, Sirey, 2015

OUVRAGES SPECIAUX

- AKANDJI-KOMBE, J.-F., Les obligations positives en vertu de la Convention Européenne des droits de l'homme : un guide pour la mise en œuvre de la convention EDH, Précis sur les droits de l'homme n°7, Direction générale des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2006
- ALOMAR, B., DAZIANO, S., GARAT, C., Grandes questions européennes, Edition Sedes 2007
- ANCEL, M., La défense sociale nouvelle, Cujas, 1981

- ATIAS, C., Epistémologie juridique, PUF, 1985
- ARNAUD, A.-J., Critique de la raison juridique, tome 1, 1981
- AUVRET-FINCK, J. (sous la direction de), L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme : état des lieux et perspectives ; Larcier, 2010
- BECCARIA, Des délits et des peines, Le Monde et Flammarion, coll. Les livres qui ont changé le monde, 2010
- BENTHAM, J., Théorie des peines et des récompenses. Tome 1 rédigée en français, d'après les manuscrits, par M. Ét. Dumont ; B. Dulau (Londres), 1811, consulté sur Gallica.bnf.fr :
- BENTHAM, J., Théorie des peines légales, éd. E. Dumont, 1829
- BERGEL, J.-L., Théorie générale du droit, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} édition, 2012
- BERNARDEAU, L., et CHRISTIENNE, J.-P., les amendes en droit de la concurrence, Larcier, coll. Précis, 2013
- BERKOVICZ, G., La place de la Cour pénale internationale dans la société des États : L'Harmattan – Logiques juridiques, 2005
- BERTHELET, P., Le droit institutionnel de la coopération policière et judiciaire pénale ; Edition les Vignes, 2001
- BLONDINEAU, F. (dir.), Rétribution et justice pénale, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, vol. 1, 1983
- CADIET, L. NORMAND, J., ET AMRANI-MEKKI, S., Théorie générale du procès, PUF, 2010
- CARBONNIER, J., Sociologie juridique, PUF, coll. Quadrige, 1994.
- CARRE de MALBERG, R., Théorie de la formation du droit par degrés, Sirey, 1933
- CATELAN, N., CIMAMONTI, S., et PERRIER, J.-B. (dir.), La lutte contre le terrorisme en droit et jurisprudence de l'Union européenne, PUAM, 2014
- CLOS, J.-Y., La peine, miroir de la justice, Montchrestien
- CONSEIL D'ETAT, Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen, La documentation française, 2011
- CUSSON, M., Pourquoi punir ?, Dalloz, 1987
- DE LOBKOWICZ, W., L'Europe et la sécurité intérieure, une élaboration par étapes, Les études de la Documentation française, 2002
- DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A., L'espace pénal européen – enjeux et perspectives, Edition de l'université de Bruxelles ; 2001
- DE WILDE D'ESTMAEL, T., La dimension politique des relations économiques extérieures de la Communauté européenne ? Sanctions et incitants économiques comme moyens de politiques étrangère, Bruxelles, Bruylant, 1999
- DAVID, E., Eléments de droit pénal international et européen ; Université libre de Bruxelles, Bruylant, 2009
- DEGOFFE, M., Le droit de la sanction non pénale, Economica, 2000
- DELATTRE, P., Système, structure, fonction, évolution – essai d'analyse épistémologique, 1985
- DELMAS-MARTY, M., Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, Economica, 1997
- DELMAS-MARTY, M., Trois défis pour un droit mondial, Seuil, 1998
- DELMAS-MARTY, M., Le flou du droit, PUF, Quadrige, 2004
- DELMAS-MARTY, M., Le pluralisme ordonné, Seuil, 2006
- DELMAS-MARTY, M., GUIDICELLI-DELAGE, G., LAMBERT-ABDELGAWAD, E., (dir.), L'harmonisation des sanctions pénales en Europe, Unité mixte de recherche en droit comparé, Société de législation comparée, Paris, Vol. 5, 2003
- DOMAT, J., Les lois civiles dans leur ordre naturel, le droit public et *legum delectus*, tome II, Aux dépens de la société, 1745
- DONY, M. et BRIBOSIA, E., L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne ; Edition de l'Université de Bruxelles ; 2002
- DUGUIT, L., L'Etat, les gouvernants et les agents tome II, Albert Fontemoing Editeur, 1903
- DURAND, D., La systémique, PUF,
- DURAND, P. La dynamique de l'ordre juridique, Bruylant, LGDJ, Schulthess, 2010
- DURKHEIM, E., Les règles de la méthode sociologique, 1894, F. Alcan (consulté sur Gallica.bnf.fr).
- DURKHEIM, E., la division du travail social, PUF, 9^{ème} éd., 1973
- FLAUSS, J.-F., Principes généraux du droit communautaire dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles des Etats membres, in Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, la Documentation française, 2000.
- FLORE, D. ; Droit pénal européen, édition Larcier, 2009.
- GARCON, E. et PELLETIER, V., Droit de la peine, Litec, coll. Manuel, 2010.
- GAROFALO, R., La criminologie. Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité, Felix ALCAN Editeur, 1890 - <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76988k.r=.langFR>

- GENY, F., Sciences et technique en droit privé positif, tome 1, Sirey, 1913
- GLASER, Droit international pénal conventionnel, Bruylant, 1970/78
- GIUDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C. (dir.), Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne, Société de législation comparée, Paris, 2012
- GODIN, C., La totalité : de l'imaginaire au symbolique, volume 1, Champ Vallon, 1998
- HAGUENAU-MOIZARD, C., GAZIN, F., LEBLOIS-HAPPE, J., Les fondements du droit pénal de l'Union Européenne, Larcier, coll. Paradigme, 2016
- HART, H.-L.-A., Le concept de droit (trad. VAN DE KERCHOVE, M.), Publications des facultés universitaires Saint Louis 2^{ème} édition.
- HEIDEGGER, Encyclopédie des sciences philosophiques, I, La science de la Logique, 1970
- HOBBS, T., Léviathan, 1651, (trad. FOLLIOU, P., 2003), http://classiques.uqac.ca/classiques/hobbes_thomas/leviathan/leviathan_partie_2/leviathan_2e_partie.pdf
- JEANCLOS, Y., Injuste justice ? La dynamique pénale au XXI^{ème} siècle, LexisNexis, coll. Essais, 2013
- KASTANAS, E., Unité et diversité – notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour EDH, Bruylant, 1996
- KELSEN, H., Théorie générale du droit et de l'Etat, suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique, LGDJ, Bruylant, 1997
- KELSEN, H., Théorie pure du droit, Dalloz, 1962
- KOLB, R., Réflexions de philosophie du droit international, Bruylant, 2003
- LAVELLE, L., Traité des valeurs, tome I : théorie générale de la valeur, PUF, 1950 (1991). Consultable sur : http://classiques.uqac.ca/classiques/lavelle_louis/Traite_des_valeurs_t1/Traite_des_valeurs_t1.pdf
- LAZERGES, C., La politique criminelle, PUF, Que sais-je ?, 1987
- LECOURT, R., L'Europe des juges, Bruxelles, Bruylant, 1976
- LEGER, P. (dir.), Union européenne, Communauté européenne : commentaire article par article des traité UE et CE, Dalloz, Bruylant, 1999
- LEMOIGNE, J.-L., Théorie du système général : théorie de la modélisation ; PUF, 1984
- LEMOIGNE, J.-L., La modélisation des systèmes complexes, 1999
- MICHAELIDES-NOUAROS, G., Les systèmes juridiques des peuples européens, Publications de l'institut hellénique de droit international et étranger, Athènes, 1958
- MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Garnier, 1871
- MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Editions Edouard Laboulay Garnier frères, 1875 (http://www.ebooksgratuits.com/pdf/montesquieu_04_esprit_des_lois.grand.pdf)
- MONTESQUIEU, De la Consitution d'Angleterre - Chapitre VI du livre XI de l'Esprit des lois, 1748, Paris, Firmin-Didot frères, fils et Cie, 1857, p. 265 – consulté sur : <http://gallica.bnf.fr/essentiels/>
- NIQUEGE, S. (dir.), L'infraction pénale en droit public, l'Harmattan,
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* ; Publication des facultés universitaires Saint-Louis Bruxelles ; 2002
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Le système juridique, entre ordre et désordre* ; PUF ; 1988
- PASCAL, B., Pensées, tome 1, Hachette, 1904 (consulté sur [Gallica.bnf.fr](http://gallica.bnf.fr))
- PELLA, V., La criminalité collective des États et le droit pénal de l'avenir, 1926
- PESCATORE, P., L'ordre juridique des Communautés européennes : études des sources du droit communautaire, Presses universitaires de Liège, 1971
- PLATON, Protagoras, 324a, b, in Œuvres complètes, tome III, 1^{ère} partie, Les Belles Lettres, 984
- PONCELA, P., Droit de la peine, PUF, coll. Thémis, 1995
- PONCELA, P. et LASCOUMES, P., Réformer le code pénal : où est passé l'architecte ?, PUF, coll. Les voies du droit, 1998
- PRIOLLAUD, F.-X. et SIRITZKY, D., Le Traité de Lisbonne, commentaire article par article, commentaire de l'article 2 TUE, La documentation française, 2008
- RIPERT, G., La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 1927
- SANTI, R., L'ordre juridique, Dalloz, 1975.
- SENEQUE, De ira, II, XXXI, 8 in Dialogues, tome I, Les Belles Lettres, 1942
- VAN DE KERCHOVE, M., Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal, publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005
- VAN DE KERCHOVE, M., Sens et non-sens de la peine : entre mythe et mystification, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2009
- VELU, J. et ERGEC, R., Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, coll. Répertoire pratique de droit belge, 2^{ème} éd., 1990

- VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G et SURANO, L., « Quel futur pour la reconnaissance mutuelle en matière pénale – analyse transversale » in « L'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union Européenne », Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 2009.
- VIRALLY, M., La pensée juridique, Pichon et Durand-Auzias, 196.
- VIRALLY, M., « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », Le droit international en devenir – essais écrits au fil des ans (également paru in Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens (Mélanges Henri Rolin) (1964).
- VOLTAIRE, Commentaire sur le livre « Des délits et des peines », in Œuvres complètes de Voltaire, Politique et législation, vol.1, Bruxelles, Ode et Wodom, 1827.
- WALLISER, B., Systèmes et modèles, introduction critique à l'analyse des systèmes, Seuil, 1977.
- WEYEMBERGH, A., L'harmonisation des législations : conditions de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions, Ed. de l'Univ. De Bruxelles, 2002.

THESE ET MEMOIRES

- ASTERIS P., Les droits de la défense et le droit communautaire de la concurrence, Bruylant, 1987
- BEAUCILLON, C., Les mesures restrictives de l'Union européenne, Bruylant, 2014
- BEAUVAIS, P., Le principe de légalité pénale dans le droit de l'Union Européenne, th. dact., Paris X Nanterre, 2006,
- BERNARD, E., La spécificité du standard juridique en droit communautaire, Bruylant, 2010
- BOT, S., Le mandat d'arrêt européen, Larcier, 2009
- BRUNET, C., La protection des intérêts financiers des Communauté européennes, th. dactyl., Université Lyon III, 2003
- CATELAN, N., L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne ; PUAM, 2004
- CASTELLA, C., Souveraineté de l'Etat et droit de punir, thèse dactyl. Toulouse 1, 2009
- CHEVALIER, E., Bonne administration et Union européenne, th. dactyl., Limoges, 2010.
- COLOMBINE, M., La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, coll. Nvelle bib. de thèses, 2014
- D'AMBRA, D., L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher des litiges, LGDJ, coll. Bibli. de droit privé, 1994
- DASKALAKIS, E., la notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal, thèse dact. Paris, 1969.
- DELLIS, G., Droit pénal et droit administratif : l'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, LGDJ coll. Bib. de droit public, tome 184, 1997
- DUBOS, O., les juridictions nationales, juge communautaire, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001.
- FALL, N., Vers un système européen de justice pénale, th. Dactyl., Nice, 2007
- FRANDESCAKIS, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Paris, Sirey, 1958
- GARCIA-JOURDAN, S., L'émergence d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, Bruylant, 2005,
- GINDRE, E., L'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne ; Thèse ; LGDJ 2010
- GREGOIRE, L., Les mesures de sûreté : essais sur l'autonomie d'une notion, thèse dactyl., Aix-Marseille Université, 2014
- GUINCHARD, A., les enjeux du pouvoir de répression en matière pénale : du modèle judiciaire à l'attraction d'un système unitaire, LGDJ, Bib. des sciences criminelles, t. 38, 2003
- LACAZE, M., Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal, LGDJ, 2010.
- LINOTTE, D., Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français, Th. Dactyl. Bordeaux, 1975
- MAIL-FOUILLEUL, S., les sanctions de la violation du droit communautaire de la concurrence, LGDJ, coll Bibliothèque de droit international et communautaire – tome 118, 2002
- MASSE, M., « L'infraction au libre jeu de la concurrence en droit international », Thèse Poitiers, 1972.
- MATERNE, T., La procédure en manquement d'Etat, Larcier, 2012.
- MILANO, L., Le droit à un tribunal au sens de la convention européenne des droits de l'homme, Dalloz, coll. Nvelles bibliothèque de thèses, 2006
- MISTRAL, J.-J., Droit pénal et marché commun, thèse dactyl., Univ. de droit, d'économie et de sciences d'Aix-Marseille, 1975.
- MONJAL, P.-Y., Recherches sur la hiérarchie des normes communautaires, LGDJ, bib. de droit international et communautaire, tome 112, 2000
- PARIZOT, R., La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée : le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie, LGDJ, 2010

- POELEMANS, M., La sanction dans l'ordre juridique communautaire, contribution à l'étude du système répressif de l'UE ; Thèse ; Bruylant ; 2004
- PORTA, J., La réalisation du droit communautaire, LGDJ, Fondation Varenne, 2007
- RICOL, J., Les tendances du droit disciplinaire, th. Dactyl., Toulouse, 1908
- SCALA, D., Du principe de légalité de peines en droit international pénal, Bruyant, 2011.
- SINDRES, D., La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 503
- TAUPIAC-NOUVEL, G., Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne. Contribution à l'étude d'un modèle de libre circulation des décisions de justice LGDJ – Fondation Varenne, 2011.
- TRICOT, J., Etude critique de la contribution de l'Union européenne au renouvellement de la légalité pénale, th. dactyl., Paris I, 2009
- ZOLINSKY, V.C., Méthode de transpositions des directives communautaires, Dalloz, 2007

PERIODIQUE JURIDIQUE

ETUDES

- AMSELEK, P., Brèves réflexions sur la notion de « sources du droit », in Sources du droit, Archives de philosophie du droit, tome 27, Sirey, 1982, pp. 251-258.
- AMSELEK, P., Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques, RRJ 2007, pp. 557-581, 2007, http://paul-amselek.com/textes/fausse_idee_claire.pdf, p. 2 et s.
- ARNAUD, A.-J., Le Droit, un ensemble peu convivial, Droit et société, n°11-12, 1989, p. 79 et s.
- ATIAS, C., Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? in : Sources du droit, Archives de philosophie du droit, tome 27, Sirey, 1982, p. 209-233
- AUBERT, B., Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE, AJ pénale 2015, p. 175 -178.
- AZOULAI, L., Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne, RTD eur., 2010, pp. 842-860
- BACHOUÉ PEDROUZO, G., Le rattachement de la lutte contre le terrorisme à la PESC ou comment la Cour de justice déroule son fil d'Ariane... », GDR-ELSJ, 24 juill. 2012, <http://www.gdr-elsj.eu/2012/07/24/cooperation-judiciaire-penale/le-rattachement-de-la-lutte-contre-le-terrorisme-a-la-pesc-ou-comment-la-cour-de-justice-deroule-son-fil-dariene/>
- BAILLEUX, A., « Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », RTD Eur., 2010, p. 31-54
- BALLOT, T., Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale, RSC 2013 p. 321-342.
- BARATTA, A., Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal – pour une théorie du bien juridique, Déviance et société, 1991, vol.15, n°1, p. 1-25
- BARBE, E., Le point sur dix années d'existence des magistrats de liaison, Obs. Bruxelles déc. 2003, p. 12 s.
- BARBE, E., L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit pénal français : de l'ombre à la lumière, AJ pénal 2011, octobre, p. 438- 443
- BARON, E., Existe-t-il un droit pénal commun ? Dr. pén., sept. 2013, p. 17-19.
- BASILIEN-GAINCHE, M.-L., Nécessité, intensité et procédé du contrôle des mesures de lutte contre le terrorisme à l'aune des principes de protection des droits, Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 6 septembre 2013
- BEAUVAIS, P., Les acteurs institutionnels de l'espace pénal européen, Dr. pén. 2010, n° 9, étude 18, p. 10-14
- BEAUVAIS, P., L'interaction normative dans le champ pénal, l'exemple de la lutte contre le terrorisme, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), les interactions normatives : droit de l'Union Européenne et droit international, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012, p. 293-305
- BERGEL, J.-L., Différence de nature égale différence de régime, RTD civ. 1984, pp. 255-272
- BERGEL, J.-L., Justice et modélisation, RRJ, 2005-5, pp. 2841 -2848
- BERNARDI, A., Le rôle du troisième pilier dans l'eupéanisation du droit pénal, RSC 4/07, pp. 713-737
- BERNARDI, A., Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'eupéanisation du droit sur le système pénal, RIEJ, 2004, n°52, p. 1-48

- BIANCARELLI, J. et MAIDANI, D., L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des États membres, RSC 1984, p. 225-262
- BIANCARELLI, J., Les principes généraux du droit communautaire applicables en matière pénale. RSC 1/1987, pp. 132-166
- BIGAY, J., Droit communautaire et droit pénal, RTD eur. 1972, p. 727
- BINET, L., Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit, Les Cahiers de droit, vol. 32, n° 2, 1991, p. 439-456
- BLANKENBURG, E., La recherche de l'efficacité de la loi : réflexion sur l'étude de la mise en œuvre : le concept d'implémentation, Droit et société, n°2, 1986, pp. 59-75
- BONICHOT, J.-C., L'application de la CEDH par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la CJCE in IDEDH, Le juge administratif français et la CEDH, RUDH, 1991, p. 317-324
- BOUSCANT, R., La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen, RTD Eur. 2000 pp.67-97
- BOSCO, D., Quelle place pour le principe *non bis in idem* dans le Réseau européen de la concurrence ? CCC, 2011, n°11, comm. 24, pp. 37-39
- CAPUS, N., Le droit pénal et la souveraineté partagée, RSC 2005 pp. 251-263.
- CHEVALIER, B., La primauté et l'effet direct du droit communautaire, les développements de la jurisprudence récente, Bull. d'informations de la Cour de cassation, 2005, n°624 p. 1-11 ;
- CHAPUT, F., L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles, CCC, janv. 2010, étude n°1, pp. 11-15.
- CLAISSE, S. et JAMART, J.-S., L'harmonisation des sanctions, Actualité de droit pénal européen, les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n°9, 2003, p. 69-81
- CLEMENT-WILTZ, L., Accords et faux semblants entre les cours de Strasbourg et de Luxembourg : le respect des exigences du droit au procès équitable, revue des affaires européennes, 2009, janv., pp. 115-127
- COLLET, M., Les sanctions administratives et l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, JCP ad. et coll. Terr., 11 mars 2013, n°11, p. 2077-2089.
- COMBACAU, J., Le droit international : bric à brac ou système ? Archives de philosophie du droit, tome 31 « le système juridique » ; Sirey ; 1986, p. 85-105
- COMMARET, D.-N., Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat, D. 1998, pp.262-264
- CONTE, P., Aux fous ?, Dr. pénal 2008, Repère 4
- CORNIL, L., La mesure de sûreté envisagée objectivement, Rev. dr. pén. crim., 1929, p. 836
- CORRADO, L., L'intégration de Schengen dans l'Union européenne : problèmes et perspectives : RMCUE 1999, pp. 342-349.
- CORSTENS, G., Vers une justice pénale européenne ? Archives de politiques criminelles ; n°19 1997, pp. 1033-1045.
- COUVROT, P., Les catégories des peines afflictives ou infamantes et des peines accessoires au regard du Conseil d'Etat, RSC 2004, p. 153-157
- CUSSON, M., Le sens de la peine et la rétribution, rev. int. Crim. Tech. 1985, vol. 3, pp. 280-285
- DARGENTAS, E., La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de protection pénale, RPDP, 1977, p. 411-424
- DE BAYNAST, O., Eurojust, lot de consolation pour les tenants du parquet européen ou socle pour la construction d'une action publique ?, RAE, 2003, n°3, p. 335-340
- DE BIOLEY, S., Un pouvoir juridictionnel européen en matière pénale ? Actualité de droit pénal européen, les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, n°9, 2003, pp. 167-192
- DE LAMY, B., La rétention de sûreté, pénal or not pénal... RSC, 2009, pp. 166- 172.
- DE LAMY, M., Mesures ayant le caractère d'une punition, mesures préventives... et peines perdues, RSC, 2013 p. 433-436.
- DECOCQ, G., Synthèse du droit français et européen en matière d'imputabilité et de responsabilité civile et pénale ; AJCA 2015, pp. 56-58.
- DEGOFFE, M., L'ambiguïté de la sanction administrative ; AJDA 2001 p.26
- DELCOURT, D., La participation du juge à l'édification de la pyramide des sources internes et externes du droit communautaire, Dalloz 2009 p. 1118-1122.
- DELMAS-MARTY, M., Sanctionner autrement ? Archives de politique criminelle, vol. 7, Pedone, 1984, pp. 50 et s.
- DELMAS-MARTY, M., Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain, Dalloz-Sirey, 1986, p. 317 et s.
- DELMAS-MARTY, M., L'analyse systémale et la politique criminelle, in Archives de politiques criminelles, n°8, Pedone, 1985, p. 27 et s.

- DELMAS-MARTY, M., La matière pénale au sens de la Cour européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal, RSC, 1987, p. 818-862
- DELMAS-MARTY, M., La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la « logique du flou », Rev. dr. pén. crim., 1992, p. 1031-1045.
- DELMAS-MARTY, M., Union européenne et droit pénal, Cahier de droit européen. 1997, pp. 607-653
- DELMAS-MARTY, M., Vers un droit pénal européen commun ? Archives de politiques criminelles ; n°19 1997, pp. 9-23.
- DELMAS-MARTY, M., Interdire et punir : le clonage reproductif humain, RTDH, 2003, n°54, p. 429-439
- DELMAS-MARTY, M., Chances et risques d'une justice pénale internationale, Archives de philosophie du droit, Le droit pénal, Tome 53, Dalloz, 2010, pp.96-117.
- DEMANET, G., Considérations sur l'entraide judiciaire en matière pénale : RD pén. crim. 1997, p. 809-831
- DESPREZ, F., Accès au dossier lors de la garde à vue : les risques d'une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz 2012 pp. 2640-2643.
- DETRAZ, S., La prétendue présomption d'innocence, Dr. Pén., 2004, n°3, chron. 3, p. 4-7.
- DETRAZ, S., La notion de condamnation pénale, l'arlésienne de la science criminelle, RSC 2008/1, pp. 41-57.
- DONNEDIEU DE VABRES, H., La théorie des délits de droit des gens en droit pénal international : RDI, de sc. dipl. et pol. 1950, vol. 28, p. 162 s. ;
- DUPONT-LASSALLE, J., La primauté du droit de l'Union européenne, socle des droits des justiciables, RUE, 2013-1, p. 99-119.
- DUPERRIN, J.-C., et GODET, M., Prospective des systèmes et constructions de scénarios à partir d'une nouvelle méthode d'impacts croisés, Métra, vol. 13, 1974, vol. 4, pp. 505-532.
- EPRON, Q., Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs, RFDA 2011, pp.1007-1018.
- EOCHE-DUVAL, C., Droit pénal et souveraineté démocratique : la France est-elle en train de perdre la maîtrise de son droit pénal ? RSC 2012, pp. 305-314.
- FARINA-CUSSAC, J., La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et la Cour EDH, éléments pour une comparaison, RSC, 2002, pp. 517-530
- FERRI, E., La fonction juridique de l'état de danger chez le criminel, RIDP, 1927, p.60
- FLORE, D., Une justice pénale européenne après Amsterdam, JTDE , 1999, pp. 121-129.
- GADIOU, J.-P., La communautarisation du droit pénal : entre nécessité et défiance, Justice et cassation, Dalloz, 2009, pp. 36-45
- GAILLET, A., Confiance et méfiance autour du mandat d'arrêt européen, AJDA 2016, pp. 1112-1119.
- GASSIN, R., Système et droit, RRJ, 1981-3, pp. 353-362 ;
- GAUTRON, J.-C., Le droit directement applicable dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Annuaire fr. dr. int., 1974, p. 905
- GERARD, P., L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes, RIEJ, 2010-2, p. 246 et s.
- GILSDORF, P., Les organes institués par des accords communautaires : effets juridiques de leurs décisions, RMCUE 1992, pp. 328-338
- GIUDICELLI-DELAGE, G., Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi, RSC 2010, pp.69-80
- GLASER, S., La protection des droits de l'homme et la Charte des Nations Unies : RD pén. crim. 1950, p. 376
- GORGORZA, A., Le rôle de la CJUE en matière pénale, Dr. pén. 2010, oct., n°10, étude 26, pp.16-19.
- GRASSO, G., Droit pénal des affaires, réglementation communautaire et coordination des dispositions sanctionnatrices nationales ; Revue internationale de criminologie et police technique ; 1989 p. 262-277
- GRASSO, G., Les perspectives de formation d'un droit pénal de l'Union européenne, Archives de politiques criminelles, 1996, n°18, pp. 8-36
- GRZEGORCZYK, G., Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? Archives de philosophie du droit, tome 24, les choses et les biens, Sirey 1979, p. 260-272
- GRZEGORCZYK, C., Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit, Archives de philosophie du droit, 1986, tome 31, p. 281- 301.
- GRZEGORCZYK, C., Ordre juridique comme réalité, Droits, 2002, pp. 103-118.
- GUINCHARD, S., Application de la convention européenne par la juge judiciaire, Europe, Hors série octobre 1999, p. 15 et s.
- JACQUE, J.-P., Droit constitutionnel national, droit communautaire, CEDH, Chartes de Nations Unies : l'instabilité des rapports de systèmes entre ordre juridiques, RFDC 2007/1, pp. 3-37.
- JEAGER, M., Les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal : l'institution d'une communauté de droit, Revue de droit pénal et de criminologie, dec. 2004, p. 1099-1144.
- JEANMAUD, A., La règle de droit comme modèle, Dalloz 1990, chron. p. 199.
- JESTAZ, P., La sanction ou l'inconnue du droit, Dalloz, 1986, chron. pp. 197-204

- KARYDIS, G., L'ordre public communautaire : un concept à contenu variable ; RTDE 2002, pp.1-26
- KELSEN, H., Les rapports de système entre le droit interne et le droit international, RCADI vol. 14, 1926, p. 286
- KRIEGK, J.-F., Quel ministère public européen, pour quel espace judiciaire européen, LPA, 25 avril 2001, pp. 4-9
- LABAYLE, H., Entre désir et réalités : quelles voies pour une répression pénale des violations du droit communautaire ?, RMCUE, 2003, p. 293-304
- LAMBERT-ABDELGAWAD, E., L'harmonisation des sanctions pénales en Europe : étude comparée de faisabilité appliquée aux sanctions applicables, au prononcé des sanctions et aux mesures d'aménagement des peines privatives de liberté, Archives de politique criminelle, 2002, n°24, p. 179 -194
- LAMBLIN, A.-S., Les îles en droit de l'Union européenne : des territoires comme les autres ? RTD eur. 2016, p. 563-588.
- LAVAUD-LEGENDRE, B., La force normative des textes internationaux consacrés à la protection des victimes de la traite des êtres humains, RTDH, 2011, n°875 et s.
- LEBEN, C., De quelques doctrines de l'ordre juridique, Droits, 2002/1, n°35, p. 19-40
- LEGROS, R., L'influence des lois particulières sur le droit pénal général, RSC 1968, p. 233
- LELIEUR, J., La reconnaissance mutuelle appliquée à l'obtention transnationale de preuves pénales dans l'Union Européenne : une chance pour le système probatoire français en crise ?, RSC 2011, pp.1-19
- LEMOIGNE, J.-L., Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique?, RRJ, 1985-1, p. 155-171
- LE MOIGNE, J.-L., Le macro-concept de la méthode, in La radioscopie d'Edgar MORIN, Revue européenne des sciences sociales, 1987, n°75, pp. 147-175
- LUHMAN, N., L'unité du système juridique, in Le système juridique », Archives de philosophie du droit, tom 31, Sirey, 1986, pp. 163-188
- McKEE, J.-Y., Un point de vue sur les perspectives de formation d'un droit de l'Union européenne, RCS 1996 – 1, p. 192-201
- MANACORDA, S., Le Corpus juris et l'unification tempérée dans la construction de l'espace pénal européen contre la fraude, Justices, 1998, pp. 61-73
- MANACORDA, S., Pour un corpus juris, perspectives d'unification du droit pénal des affaires en Europe, les Cahiers de la sécurité intérieure, 1999, n°2, p. 155-176
- MANACORDA, S., le droit pénal et l'Union européenne : esquisse d'un système ; RSC 2000 pp. 95-121
- MANACORDA, S., Judicial activism dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne ; RSC 2005/03 p. 940-951
- MANACORDA, S., Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen, RSC 2013, p. 927-940.
- MARGUE, T.-L., La coopération européenne en matière de lutte contre la criminalité organisée dans le contexte du traité d'Amsterdam, RMUE, 1997-3, p.91-117
- MARTIN, R., Personne et sujet de droit, RTD civ. 1981, p. 785
- MASSE, M., L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français ; RSC 1996, p. 935-945
- MASSON, B., L'obscurité de l'article 228, §2 TCE , RTD Eur., 2004, p. 639-668.
- MATSOPOULOU, H., La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal, RSC 1995 p. 301-317
- MAYAUD, Y., Ratio legis et incrimination, RSC, 1983, p. 596-621
- MIREL, P., Le nouveau système pénal du Sud Vietnam ; RSC 1978, p.289-307
- MODERNE, F., La sanction administrative, RFDA 2002, p. 448-495
- MORIN, M.-E., Les évolutions récentes du droit des étrangers sous l'influence du droit de l'Union Européenne (2011-2012), Bull. d'Aix, 2012-4, pp. 135-154.
- MORIN, M.-E., L'invocation du droit de l'Union devant le juge pénal, Annales de droit de l'Union européenne 2012, Ed. Panthéon-Assas, 2012, pp. 259-276.
- MORIN, M.-E., Quelle(s) place(s) pour la directive « droit à l'information dans les procédures pénales » ?, RMUE 2014/ 12 p. 612-620
- MORIN, M.-E., L'évolution de la norme pénale : influences extérieures – l'influence du droit de l'Union Européenne, Problèmes actuels de sciences criminelles, vol. XXIV, 2013, p. 265 et s
- MONJAL, P.-Y., Le traité d'Amsterdam et la procédure en constatation politique de manquement aux principes de l'Union, RMUE 1998, p. 69-84
- NUVOLONE, P., « Lombroso et le droit pénal », Cahiers de défense sociale, 1977, p.29
- OST, F., Entre ordre et désordre : le jeu du droit, in Le système juridique, Archives de philosophie du droit, Sirey, tome 31, 1986
- PELLET, A., Les fondements internationaux du droit communautaire, Collected courses of the Academy of European Law, vol. V, 1997, p 245

- PESCATORE, P., L'effet des directives communautaires, une tentative de démystification, D. 1980, chron. XXV., p. 171
- PICARD, E., La responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Fondements et champ d'application, Rev. sociétés 1993. 261
- PLATON, S., Le respect de l'identité nationale des Etats membres : frein ou recomposition de la gouvernance ? RUE, 2012, p. 150
- PLAWSKI, la notion de droit international pénal, RSC 1978, 789
- PLIAKOS, A.-D., La nature juridique de l'Union européenne, RTD eur. 1993, pp. 187-224.
- M. POELEMANS, « Les droits procéduraux dans l'Union européenne sont-ils le meilleur terrain de compromis ? », Réseau universitaire européen droit de l'espace de liberté de sécurité et de justice, 15 mai 2012 : <http://www.gdr-elsj.eu/2012/05/15/cooperation-judiciaire-penale/les-droits-proceduraux-dans-lunion-europeenne-sont-ils-le-meilleur-terrain-de-compromis/>
- PONCELA, P., Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal ; Archives de philosophie du droit, tome 31, « le système juridique » ; Sirey ; 1986, p. 121-131.
- PONCELA, P., Par la peine, dissuader ou rétribuer, Archives de philosophie du droit, tome 26, Sirey, 1981
- PONCELA, P., Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État, Archives de philosophie du droit, 1981, vol. 28,
- PRADEL, J., L'enfant en droit pénal européen, RPDP, 2009/4, pp. 793-798
- RIALS, S., Supraconstitutionnalité et systématicité, in Le système juridique, Archives de philosophie du droit, tome 31, Sirey, 1986, p. 57-76.
- RICO, J. M., Le droit de punir, Criminologie, vol. 19, n°1, 1986, p. 113-140
- RIDEAU, J., Le rôle des Etats membres dans l'application du droit communautaire, Annuaire, fr. fr. int. 1972, p. 885.
- RITLENG, D., Le principe de primauté du droit de l'Union, RTD eur., 2005-2, pp. 285-303 ;
- RITLENG, D., De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union, RTD eur. 2013, pp.267-292.
- RIVERO, J., Apologie pour les faiseurs de systèmes, Dalloz 1951 chron. XXIII, p. 99
- ROCHFELD, J., Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne, D. 2009, pp. 2047-2052
- RODOPOULOS, I., La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ? Esquisse d'une dialectique entre une crise factuelle et une crise normative, RSC 2013, pp. 1-22
- ROTTLEUTHNER, H., Les métaphores biologiques dans la pensée juridique, in : Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, 215-244
- SAINT-ESTEBEN, R., Le droit de la concurrence « saisi par les droits fondamentaux » : un progrès du droit évident mais inachevé, Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel, 2012, p. 187 et s.
- SALVAGE, P., Les peines de peine, Rev. dr. pénal, 2008, juin, n°6, étude 9, pp. 7-11.
- SAMPER, C., Argumentaire pour l'application de la systémique au droit, Archives de philosophie du droit, Le droit et l'immatériel, tome 43, 1999, p. 327-348
- SCHMITT VON SYDOW, H., « Liberté, démocratie, droits fondamentaux et Etat de droit : analyse de l'article 7 du traité UE », RDUE, n°2/2001, p. 295 et s.
- SCHOCKWEILER, F., Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers », in « Hacia un nuevo order internacional y europeo, Estudios en homenaje al profesor D. M. Diez De Velasco », Tecnos, 1993, p. 1201-1220
- SCHWARZE, J., Les sanctions infligées pour les infractions au droit européen de la concurrence selon l'article 23 du règlement 1/2003 CE à la lumière des principes généraux du droit, RTDE 2007, pp.1-24
- SEVE, R., Introduction, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, p. 1-10.
- SEVE, R., Système et code, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, p. 75-84
- SICURELLA, R., Le corpus juris : proposition d'un modèle d'espace judiciaire européen, D. 1998, pp. 223-226
- SICURELLA, R., Nulla poena sine culpa : un véritable principe commun européen ? RSC 2002, .15-33
- SIEBER, U., Union européenne et droit pénal européen, Proposition pour l'avenir du droit pénal européen ; RSC 93 pp. 249-264.
- SIMON, D., Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?, AJDA 1993, pp.235-243
- SIMON, D., Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime, moi non plus ? », in Les Cours européennes, Luxembourg et Strasbourg, Pouvoirs, 2001/1, n°96, p.218 pp. 31-49
- SIMON, D., Constitution, souveraineté pénale, droit communautaire, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal) - août 2009, pp. 21-27.

- SOTIS, C., « Criminaliser sans punir » : réflexions sur le pouvoir d'incrimination (directe et indirecte) de l'Union européenne prévu par le traité de Lisbonne ; RSC 2010 p. 773-785.
- SOULARD, C., Le droit communautaire et les situations purement internes, RSC, 1995, p.647-648
- STEIN, S., le principe *ne bis in idem* dans l'Union européenne, AJ pénal, 2011, pp.443-446
- STURMA, P., La participation de la Communauté européenne à des sanctions' internationales, RMCUE, 1993, pp. 250-264
- SUDRE, F., La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme », JCP G, 1998, I-100, n°15, p.9-16
- SUDRE, F., Les « obligations positives » dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme, RTDH 1995, p.363-385
- SUR, S., Quelques observations sur les normes juridiques internationales, RGDIP, 1985, p. 903-928
- TAUPIAC-NOUVEL, G., La garantie des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des instruments de coopération judiciaire pénale européenne ; Droit Pénal, septembre 2010, étude n°22, p. 28-31.
- TERCINET, J., Vers la fin de l'inexécution des décisions juridictionnelles par l'administration ?, AJDA 1981, p. 3
- TESAURO, G., La sanction des infractions du droit communautaire, Rivista de diritto europeo, 1992.477, p. 479 et 509
- TINIÈRE, R., La notion de « pleine juridiction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et l'office du juge administratif, RFDA 2009, p. 729-740.
- TROPER, M., Système juridique et Etat, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 36, 1981, Sirey, p. 29-44.
- TROPER, M., La constitution comme système juridique autonome, Droits, vol. 35, 2002, p. 63-78.
- VAN DE KERCOVHE, M., La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission EDH, RSC 1992, p. 1 et s.
- VAN DE KERCHOVE, M., Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie, informations sociales, 2005/7 n°121, p. 22-31
- VAUCHER, M., L'évolution récente de la pratique des sanctions communautaires à l'encontre des Etats tiers, RTDE, 1993, p ; 39-60.
- VERNEUIL, D., Fonctions et processus du système pénal ce qu'on en dit dans le public, Déviance et Société, 1981, vol. 5, n°3, p. 223-245
- VERVAELE, J., Les sanctions de confiscation en droit pénal : un intrus issu du droit civil ? Une analyse de la jurisprudence de la CEDH et de la signification qu'elle revêt pour le droit (procédural) pénal néerlandais, RSC 1998 p. 39-56.
- VERVAELE, J., « régulation et répression au sein de l'Etat providence - la fonction « bouclier » et la fonction « épée » du droit pénal en déséquilibre, Déviance et Société, 1997, n°2, p. 121-122
- VIGLIOTTI, M., L'érosion de la pyramide pénale moderne et l'hypothèse du réseau, RIEJ, 2005, n°55, p. 10
- VIGLIOTTI, M., Mutations dans le champ pénal contemporain – vers un droit pénal en réseau ? RSC 2002, p. 721-743
- VITANYI, B., les positions doctrinales concernant le sens de la notion de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisée », RGDIP, 1986, p. 48
- VOLLOT, A., Les frontières du droit communautaire (4e partie) : Vers une interprétation excessive des frontières du droit communautaire ou une disparition des situations purement internes ? LPA 09 novembre 2005 n° 223, p. 10-15.
- VUELTA, S., Les nouveaux acteurs de la coopération pénale européenne, LPA n° 13, 2005. pp.4-10
- VULLIERME, J.-L., La fin de la justice pénale (polysémie de la peine, pluralité des modes de réparation), Archives de philosophie pénale, tome 28, 1983, p. 155-179
- WEYEMBERGH, A., L'harmonisation des procédures pénales au sein de l'Union européenne, Archives de politique criminelle, n°26, 2004, p. 37-69
- WEYEMBERGH, A., Le principe *ne bis in idem* : pierre d'achoppement de l'espace pénal européen ?, Cah. dr. eur. 2004, ¾, pp. 337-375..
- WILLS, W.P.J., La pénalisation du droit de la concurrence est-elle souhaitable ? Revue Lamy de la Concurrence – 2005, 4
- WISE, A. N., De la légalité des règles anti-dopage et du système de la "responsabilité stricte", RJES 1997, n°42, p.5 et s.
- ZEROUKI-COTTIN, D., L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir, RSC 2011, p. 575-596
- ZILLER, J., Les « outre-mer de l'Union européenne » , RUE 2017, p. 408 et s.

ZOLYNSKI, C., Méthodes de transposition des directives communautaires. Etude à partir du droit d'auteur et des droits voisins, Dalloz, 2007 n° 190, p. 141

ETUDES COLLECTIVES

- Atelier de doctorants européens, Quel droit pénal pour l'Europe ?, RPDP 2011/3, pp. 649-671.
- ADALID, S. e. a., L'ELSJ : un droit à géographie variable ?, RTD Eur. 2012, p. 828-838
- BAUCHY, J., e.a., L'ELSJ: un droit à géométrie variable ?, RTD Eur. 2012 p. 839-854
- BERGE, J.-S., LABAYLE, H., MEHDI, R., La dimension externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, Quatrième ateliers doctoraux du GDR « Réseau universitaire européen Droit de l'espace de liberté, sécurité et justice » - Propos introductifs, RTD eur. 2014. 649-653.
- BONIFAY, E., COLLARD, M., DA FONSECA, A., DA LOZZO, M., DI NOTO, R., GARBAY, A., GARCIA, M., LABAYLE, S., MARCHESSAUX, L., MORIN, M.-E., Le cadre et les principes présidant au développement de la dimension externe de l'ELSJ, RTD eur. 2014. 655-665.
- Groupe de recherche droits de l'homme et logiques juridiques, « la « matière pénale » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal » RSC 1987/4, p. 818-835
- KOERING-JOULIN, R. et SEUVIC, J.-F., Droits fondamentaux et droit criminel, AJDA, Juillet – août 1998, p. 116
- LEBLOIS-HAPPE, J., PIN, X. et WALTHER, J, Chronique de droit pénal allemand , RIDP, 2007, n°1-2, pp. 621-652.
- PLESZKA, K., et GIZBERT-STUDNICKI, T., Le système de droit dans la dogmatique juridique, Archives de philosophie du droit, Le système juridique, tome 31, Sirey, 1986, p. 107-119.
- TIEU, O.-T., et HERVEY, D. Le principe *ne bis in idem* dans le règlement et la directive Abus de marché 2, Dalloz 2014 p. 2310-2311
- VAN De KERCHOVE, G., et MARQUARDT, S., Les accords internationaux conclus par l'Union européenne, Annuaire français de droit international, vol. 50, 2004, p. 804
- WEYEMBERGH, A., DE HERT P. et PAEPE P., L'effectivité du 3ème pilier de l'UE et l'exigence de l'interprétation conforme : la Cour de justice pose les jalons, RTDH, 2007 p. 269 -292
- WILDEMEERSCH, J. et WATHELET, M., Double manquement et sanctions financières des Etats (article 228, § 2 CE) : le point après quinze ans, Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, 2008, p. 324

NOTES DE JURISPRUDENCE

- AUBERT, B., Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE, AJ pénal 2015, p.17
- AUBERT, B., note sous.Cass, Crim., 7 juin 2011, n° 11-81.702 ; RJC 2012 p. 433-445
- BEAUVAIS, P., Mandat d'arrêt européen et discrimination à raison de la nationalité, RTD eur. 2013 p. 809-812
- BENOIT-ROHMER, F., Le commissaire au gouvernement, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable, obs. s/s CEDH, 7 juin 2001, Kress c/ France, RTD eur. 2001, p. 727 et s.
- BOURGEOIS, B., Les infractions pénales réprimant le phénomène de traite des êtres humains à des fins d'exploitation par le travail », AJ pénal 2012. 204
- CLAUDEL, E., La participation à une réunion fait-elle la preuve d'une entente: le droit français entre singularité et mimétisme, RTD com. 2004, p. 455 et s.
- CLEMENT-WILZ, L., « Une nouvelle interprétation de l'article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son avocat général – Observations sur l'affaire Commission c/ France, arrêt du 12 juillet 2005 », Cah. dr. eur., 2005, pp. 725-748
- DE BÉCHILLON, D., Jouer le jeu, AJDA 2013 p. 817
- de BELLESCIZE, R., La Communautarisation silencieuse du droit pénal, à propos de l'arrêt de la CJCE du 23 octobre 2007, Droit pénal, Janvier 2008, n°1, p. 8
- DECOQC, G., La tentative d'abus de position dominante est punissable, Contrats Concurrence Consommation n° 5, Mai 2010, comm. 129.
- DECOCQ, A., Une entreprise de conseil peut être complice d'une entente, C.C.C., 2016, n°1, com. 16
- DIRRIG, E., Limites tenant à la nature des directives et cohérence de l'ordre juridique communautaire : un nœud gordien ? note sous CJCE, 3 mai 2005 (grande chambre), Procédure pénale c/ Silvio Berlusconi e. a. (aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02), RTD Eur. 2005 p. 921 et s.
- LABAYLE, H., et ROSTANE, M., Le contrôle juridictionnel de la lutte contre le terrorisme : les black-list de l'Union dans le prétoire de la Cour de Justice, RTDEur, 2009, p. 231-267.

- MALAUURIE-VIGNAL, M., Précision sur le consentement à l'entente lors de la présence d'une entreprise à une réunion dont l'objet est anticoncurrentiel, C.C.C. 2007, n°2, comm. 57
- MONJAL P.-Y., Reconnaissance d'une compétence pénale communautaire par la CJCE, Dalloz 2005, n°44 p. 3065
- RENUCCI J.-F., Esclavage domestique et droits de l'homme : l'indispensable réforme, RSC 213, p. 921-927.
- RIGAUX, A., Manquement sur manquement : la France expérimente le cumul des sanctions pécuniaires, Europe 2005, étude 10
- RIGAUX, A., obs. sous CJCE, 2006, Commission c/ Portugal, Europe 2006, comm. 271.
- RIGAUX, A., Sanctions pécuniaires du manquement, note sous CJCE, 4 juin 2009 (2 espèces) et 7 juill. 2009, Commission c/ Grèce, C-568/07, C-109/08 et C-369/07, Europe, août 2009, n°8, comm. 299
- ROBERT, J.-H., Une QPC sur la confiscation en matière pénale, note sous Cons. constit., décision n° 2010-66 QPC du 26 novembre 2010, JORF du 27 novembre 2010, p. 21117, JCP G 2011, 15
- VAN DROGHENBROECK, S., La dissolution de la matière pénale, note sous CEDH, 22 février 1996, Putz c/ Autriche, n° 18892/91, Rev. dr. pén. crim. 1997, p. 928-940.
- VERGES, E., La Cour européenne des droits de l'homme et la discipline pénitentiaire (à propos de l'arrêt Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni), Droit pénal n° 6, Juin 2004, étude 7

NOTES LEGISLATIVES

- BEAUVAIS, P., Procédure pénale : droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, RTD eur. 2011 p. 642-645.
- BEAUVAIS, P., Droit pénal de fond : nouvelle directive sur la traite des êtres humains : Dir. 2011/36/UE du 5 avr. 2011 concernant la lutte contre la traite des êtres humains, RTDEur. 2011 p. 637-642
- BEAUVAIS, P., « Nouvelle harmonisation des droits de l'accusé dans la procédure pénale », RTDE, 2013, p. 881
- BOTTON, A., Droit à l'information dans le cadre des procédures pénales : un projet de loi contrasté, D. 2014, p. 431
- CASSUTO, T., La directive concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, AJ pénal, 2014, p. 338
- DUCOULOUX-FAVARD, C., Propos d'autour de la proposition de création d'un parquet européen, LPA, 6 juin 2002, pp. 4-6
- ISAAC, G., Le nouvel office européen de la police, LPA 113, 7 juin 2000
- GAUTIER, Y., Adoption d'une décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, Europe 2004, n°3, comm. 73
- GONZALES VAQUE, L., La directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales : entre l'objectif d'une harmonisation totale et l'approche de l'harmonisation complète, RDUE 2005. 785
- G'SELL, F., Vers un renforcement du rôle de l'avocat dans les procédures pénales - à propos de la directive 2013/48/UE du 22 octobre 2013, JCP G 2014, n°1-2, p. 2
- LEBLOIS-HAPE, J., La proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et le droit français, AJ pé. 2011
- LE COZ, N., L'entraide pénale dans l'Union européenne, retour sur les (r)évolutions procédurales introduites par la loi n° 2013-711 du 5 août 2013, AJ Pénal 2013 p. 523
- MORIN, M.-E., Quelle(s) place(s) pour la directive « droit à l'information dans les procédures pénales » ?, Rev. de P.U.E., Dalloz, Déc. 2014, p. 613
- PRADEL, J., Le mandat d'arrêt européen : un premier pas vers une évolution copernicienne dans le droit français de l'extradition, Dalloz, 20 mai 2004, p. 1392
- REMY-CORLAY, P., La directive 2005/29 CE sur les pratiques déloyales, directive d'harmonisation maximale, RTD civ. 2005. 746-750
- ROLAND, G et BUYSENS, E., La transformation d'Europol en agence de l'Union ; Regards sur un nouveau cadre juridique, RMCUE, 2009, p. 83-87.
- VERGÈS, E., Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique : À propos de la directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, RSC, 2012, p. 635
- VERGES, E., Un corpus juris des droits des victimes : le droit européen entre synthèse et innovations : à propos de la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité, RSC 2013, p. 121-136
- WATTIER, La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et de la pédopornographie et la majorité sexuelle : la consécration d'une disparité, RID pén. 2006, n°77

CHRONIQUES DE JURISPRUDENCE

- BEAUVAIS, P., Droit pénal de l'Union européenne, RTD eur.
BLAISE, J.-B. et IDOT, L., Chronique de droit communautaire de la concurrence, RTD eur.
IDOT, L., Droit de l'Union européenne : jurisprudence de la Cour de Justice ; chronique bi-annuelle, RSC
IDOT, L., Chronique droit européen de la concurrence, RTD eur.
RIBEYRE C. Chron. Procédure pénale, RPD n° 2, 2012. 388.
DE BIOLLEY, S., Chronique de Droit pénal de l'Union européenne, JDE 2011. 146
DEZOBRY, G., Chronique de jurisprudence communautaire : article 81 et 82 TCE – année 2008, RMCUE 2010

DOCTRINE ETRANGERE

- MIR PUIG, S., *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi* en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, Universidad de Santiago de Compostela, p. 205 et s. consultable sur : http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4205/1/pg_204-217_penales14.pdf
BARNETT, R.E. et HAGEL, J., III, Assessing the criminal : restitution, retribution and the legal process », in BARNETT, R.E. et HAGEL, J., III, Assessing the criminal : restitution, retribution and the criminal process, Balinger, 1977
DUFF, R.-A., Alternatives to punishment – or alternative punishment ? in : *Retributivism and Its Critics*, ed. par W. Cragg, Stuttgart, Franz Steiner, 1992
FEINBERG, J., The expressive function of punishment, in DUFF, R.-A. et GARLAND, D., *A reader of punishment*, Oxford University Press, 1994
NILSON, H.-G., From classical judicial cooperation to mutual recognition." RIDP, 2006, vol. 77 (1-2), p 53-59.
SLATER, D., Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?, GCLC document de travail 04/08
VON HIRSCH, A., *Censure and sanctions*, Oxford, Clarendon Press, 1993
WILLS, W.-P.-J., « does the effective enforcement of articles 81 and 82 require not only fines on undertaking but also individual penalties, in particular imprisonment ? », in EHLERMANN, C.-D., *European competition law annual 2001 : effective private enforcement of EC antitrust law*, Hart Publishing 2002

ETUDES D'OUVRAGES COLLECTIF

- ALIX, J., Les frontières de l'harmonisation autonome, in : GUIDICELLI-DELAGE, G., et LAZERGES, C., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées*, 2012, p. 147-152.
AMRANI-MEKKI, S., Les catégories de common law et de civil law à l'épreuve de l'office du juge et des parties, in : *Mélanges Guinchard, « Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel »*, Dalloz, 2010, p. 157-173.
ARROYO-ZAPATERO, L. et MUNOZ DE MORALES ROMERO, M., Le contrôle des choix de pénalisation : effets directs et indirects, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, D. (dir.), *Cour de Justice et justice pénale en Europe, Société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris*, vol. 19, 2010, pp. 23-56
BARANI, L., L'Europe des cours : entre résistances et loyautés nationales face à la Cour de Justice des Communautés Européennes, in BRIBOSIA, E., SCHEECK, L., e UBEDA DE TORRES, A. (dir.), *L'Europe des Cours : loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, pp. 87-118.
BERGE, J.-S., La part d'originalité du droit communautaire, in ROBIN-OLIVIER, S. et FASQUELLE, D., *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, Bruylant 2008, pp.159-172
BERGE, J.-S., Du droit de l'Union européenne et du droit international : de l'applicabilité à l'invocabilité, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), *les interactions normatives : droit de l'Union européenne et droit international*, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012
BERGEL, J.L., Une problématique des sanctions pénales ? , in : *Mélanges Gassin*, PUAM 2007, p. 89-96

- BERNARD, E., La distinction entre organisation de coopération et organisation d'intégration : l'Union européenne au carrefour des méthodes, in DUBIN, L. et RUNAVOT, M.-C., Le phénomène institutionnel et international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ?, Pédone, 2014, p. 103 et s.
- BERNARDI, A., Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales, in : Mélanges offerts à J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Cujas, 2006, pp. 955-973.
- BERNARDI, A., L'harmonisation pénale accessoire, in : GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.) L'intégration pénale indirecte, Société des législations comparées, 2005, p. 153-184.
- BERNARDI, A., La lutte contre le terrorisme en droit international et européen – fondements et objectifs des incriminations et des peines, in BERNARD, D. (dir.), Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international, Anthémis, 2014, p. 111-145.
- BERNARDI, A., Le droit pénal : bouclier ou épée des différences culturelles, in CARTUYVELS, Y. (dir.) Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 497-550
- BERRAMDANE, A., La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques, in Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin, Pédone, 2010, p. 227-244.
- BLONDEL, A., Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de justice internationale et la cour internationale de justice, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, fac. de droit de Genève, IUHEI, 1968, pp. 521-530.
- BOFFA, R., La force normative des directives non transposées, in THIBIERGE, C. (dir.), la force normative : naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant, 2009, p. 323-334.
- BORE, J., La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire, in Mélanges André Vitu, Cujas 1989, pp. 25-49.
- BOSLY, H., Les sanctions administratives, in BERNARD, D. (dir.), Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international, Anthémis, 2014, p. 545-557.
- BOULOC, B., L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, in : Mélanges offerts à Georges LEVASSEUR, Le droit pénal européen, Litec, 1992, p. 103-121.
- BURGORGUE-LARSEN, L., Les nouveaux défis jurisprudentiels, : in BRIBOSIA, E., SCHEECK, L. et UBEDA de TORRES, A. (dir.), L'Europe des Cours : loyautés et résistances, Bruylant, 2010, pp. 65-86.
- BURGORGUE-LARSEN, L., Les interactions normatives en matière de droits fondamentaux, in : Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et droit international, BURGORGUE-LARSEN, L., DUBOUT, E., MAITROT DE LA MOTTE, A. et TOUZE, S. (dir.), Paris, Pedone, 2012, p. 360
- BRIBOSIA, E., Le dilemme du jug nationale face à des obligations contradictoires en matière de protection des droits fondamentaux issus des deux ordres juridiques européens, in DONY, M. et BRIBOSIA, E., L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 265 et.
- BRUGGELAN, W., Europol et Interpol, in De KERVOCHE, G. et WEYEMBERG, A., Vers un espace judiciaire pénal européen, Ed de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 97-100.
- CHARPENTIER, J., Eléments de cohérence entre ordres juridiques distincts, in Mélanges en l'honneur de Louis DUBOIS, Au carrefour des droits, Dalloz, 2002, pp. 293-306.
- CHEVALLIER, J., L'ordre juridique, in : CHEVALLIER, J., e. a., Le droit en procès, 1983, pp. 7-49
- CHILSTEIN, D., Remarques sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, in : GUIDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 217-231
- CLERGERIE, J.-L., Europol ou l'amorce d'une police fédérale de l'Union européenne ? in Mélanges en l'honneur de G. ISSAC, 50 ans de droit communautaire, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2004, p. 333
- COUTRON, L., L'infiltration des garanties du procès équitable dans les procédures non juridictionnelles, in PICHERAL, C., (dir.), Le droit au procès équitable au sens du droit de l'Union européenne, Némésis, Athémis, coll. Droit et justice, 2012, p. 169-195
- Da CRUZ VILACA, J.-L., Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour, in : ROSAS, A. e.a., La Cour de Justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence, Asser Press, 2013
- DE BIOLLEY, S., Panorama du droit pénal de l'Union, in DE KERCHOVE et WEYEMBERGH, A., Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union européenne, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 103-131
- DE BIOLLEY, S., Liberté et sécurité dans la construction de l'espace européen, in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), précité, p. 176 et s.

- DE GOUTTES, R., De l'espace judiciaire pénal européen à l'espace judiciaire pénal pan-européen in : Mélanges offerts à Georges Levasseur – droit pénal, droit européen, Gazette du Palais, Litec, 1992, pp. 3-22.
- DE KERCHOVE, G., La reconnaissance mutuelle des décisions répressives présentencielle en général, in : DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne, Ed de l'Université de Bruxelles, 2000,
- DE VEL, G., L'association de la Grande Europe à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, in DE KERCHOVE et WEYEMBERGH, A., Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union européenne, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 217-224
- DECOCQ, A., De l'application de la convention européenne aux procédures communautaires de concurrence pouvant aboutir à des amendes ou à des astreintes, in Mélanges Pettiti, Bruylant, 199, pp. 289-307.
- DELARUE, J.-M. « Commentaire de l'article 34, TUE », in PINGEL, I. (dir.), Commentaire article par article des traités UE et CE : de Rome à Lisbonne, Dalloz-Sirey, 2^{ème} éd., 2010, p. 173-181
- DELMAS-MARTY, M., La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne, in Mélanges offerts à Pierre COUV RAT, La sanction du droit, PUF, 2001, p. 229-242.
- FAVRE, A., les principes généraux du droit, fondement commun du droit des gens, in Recueil d'études du droit international en hommage à Paul GUGGENHEIM, Fac. de droit de Genève, IUHEI, 1968, p.366
- FLORE, D., D'un réseau judiciaire européen à une juridiction pénale européenne : Eurojust et l'émergence d'un système de justice pénale, in DE KERCHOVE, G. et WEYEMBERGH, A. (dir.), L'espace pénal européen : enjeux et perspectives, Ed. de l'Univ. De Bruxelles, 2002, p. 9-30
- FOURNIER G., in FLAESH-MOUGIN, C., et SERENA ROSSI, L., (dir.), La dimension extérieur de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne après le traité de Lisbonne, Bruylant, , coll. Rencontres européennes, 2013
- GAMBERNI, G., Quel modèle pour un ministère public européen, in LAZERGES, C. (dir.), Figures du parquet, PUF, coll. Les voies du droit, 2006, pp. 123 à 140
- GASSIN, R., Incriminations pénales et marché commun, in Mélanges Jauffret, Faculté de droit et sciences politiques d'Aix Marseille, 1974, p. 321-341
- GAUTHIER, Y., La genèse d'Europol, in Institut des hautes études de la sécurité intérieure, LECLERC [dir.], La criminalité organisée, 1996, La documentation française, p. 244 s
- GAUTHIER, Y., L'association des Etats tiers à l'espace de liberté, de sécurité et de justice, Mélanges en l'honneur de P. Manin, L'Union européenne : Union de droits, union des droits, Pedone 2011, pp. 403-412
- GRAMATICA, F., La notion de responsabilité dans le système de défense sociale, in Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, tome 2, Pedone
- GUIDICELLI-DELAGE, G., introduction générale, in : GUIDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C., Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne, Société des législations comparées, 2012, p. 17-23
- HERVOUËT, F., Le droit communautaire, un ordre juridique pénalement sanctionné ? in : La sanction du droit, Mélanges offerts à P. COUV RAT, PUF, Publications de la faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers, 2001, pp. 243-254.
- HUET, A., L'impact du droit communautaire sur le droit pénal, in Simon (D.) (dir.), Le droit communautaire et les métamorphoses du droit, Strasbourg PUF, 2003
- JAZOTTES, G., Les sources de la contrainte en droit communautaire, in GRYNBAUM, L. (dir.), La contrainte, Economica, 2007, p. 21
- JEAN-PIERRE, D., « la lutte contre la corruption des fonctionnaires et agents publics », in Commentaire des dernières conventions internationales ratifiées par la France, Dalloz, 2000.
- JEULAND, E., Brèves remarques sur la qualification de l'espace judiciaire européen en un ordre juridique interétatique de droit privé, in : Mélanges en l'honneur de P. MANIN, 2010, pp. 343-443
- KOERING-JOULIN, R., Introduction générale, in les nouveaux développements du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme, Bruylant, 1996, p. 18-19
- KOERING-JOULIN, R. et TRUCHE, P., Retour sur le champ pénal européen, Mélanges offerts à L. E. PETTITI, Bruylant, 1998, pp. 513-533
- KOVAR R., « La notion de juridiction », in Mélanges en l'honneur de Jean Waline, Paris, Dalloz, 2002, pp. 606-628,
- KOVAR, R., Observations sur l'intensité normative des directives, in : Du droit international au droit de l'intégration, Liber amicorum P. PESCATORE, Baden-Baden, 1987, pp. 359-372
- LABAYLE, H., Droit au procès équitable et lutte contre le terrorisme dans l'Union européenne, in C. Picheral (dir.), Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne, Anthémis, 2012, p. 279-322

- LASSALLE, A., Ministère public européen et organes de procédure européens : les enjeux de l'articulation horizontale, in GIUDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, S. (dir.), *L'Intégration pénale indirecte, Société des législations comparées*, 2005, pp. 211-241
- LEVADE, A., Identité constitutionnelle et exigence existentielle : comment concilier l'inconciliable ?, in : *Mélanges en l'honneur de P. MANIN, L'Union européenne : union de droit, union des droits*, Pédone, 2010, p. 109-128
- MALENOVSKY, J., La contribution ambivalente de la CJUE à la saga centenaire de la domestication du droit international public, in : *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins Mélanges en l'honneur de Paolo MENGOZZI*, 2013, pp. 25-51
- MANACORDA, S., Le contrôle des clauses d'ordre public : la « logique combinatoire » de l'encadrement du droit pénal, in GIUDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, S. (dir.), *Cour de justice et justice pénale en Europe, société de législation comparée, UMR de droit comparé de Paris*, vol. 19, 2010, pp. 57-84.
- MANACORDA, S., La responsabilité des personnes morales et l'harmonisation pénale européenne : modèles normatifs et obstacles théoriques, in : GUIDICELLI-DELAGÉ, G. et MANACORDA, S. (dir.), *Responsabilité pénale des personnes morales : perspectives européennes et internationales, Société des législations comparées*, 2013, pp. 23-47
- MARQUARDT, S., La capacité de l'Union européenne de conclure des accords internationaux dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, in DE KERCHOVE et WEYEMBERGH, A., *Sécurité et justice : enjeux de la politique extérieure de l'Union européenne*, Edition de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 181-194.
- MASSE, M., La responsabilité des Etats, in DANTI-JUAN, M. (dir.) *la pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international, travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers*, 2008-26.
- MASSE, M., Le point de vue français, in : TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, 1996,
- MASSE, M., La reconnaissance mutuelle, in GUIDICELLI-DELAGÉ, G et LAZERGES, C, « Le droit pénal de l'Union Européenne après le traité de Lisbonne », *Société de législations comparées, coll. UMR de droit comparé de Paris*, 2012 p.205-216
- MONTUCCI, F. et RITLÉNG, D., L'Union européenne dans le prétoire de la CEDH, in DUBIN, L. et RUNAVOT, M.-C., *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ?*, Pédone, 2014, p. 165 et s.
- MORETEAU, O. et VANDERLINDEN, J., Rapport général, in MORETEAU, O et VANDERLINDEN, J., *La structure des systèmes juridiques*, Bruylant, 2003
- NABLI, B., L'identité constitutionnelle européenne de l'Etat de l'Union, in : *Mélanges en l'honneur de P. MANIN*, précité, p. 155-171
- NEFRAMI, E., L'aspect externe de l'espace de liberté, de sécurité et de justice : quel respect des principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union ? in FLAESCH-MOUGN, C. et SERENA-ROSSI, L., *La dimension extérieure de l'ELSJ dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, BRUYLANT, 2013, p. 509-532
- NEFRAMI, E., L'exercice en commun des compétences illustré par le devoir de loyauté, in *Le "commun" dans l'Union européenne*, MONJAL, P.-Y. et NEFRAMI, E., ed(s), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 179-201
- OST, F., Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme, in CARTYVELS, Y. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Publication des facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 7-13
- PARDINI, J.-J., Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques, in *Liber Amicorum Jean-Claude ESCARRAS, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruylant 2005, p. 134-159
- PECH, T., Neutraliser la peine, in GARAPON, A., GROS, F. et PECH, T., *Et ce sera justice : punir en démocratie*, Odile Jacob, 2001
- PELLET, A., Article 38, in ZIMMERMANN, A., TOMUSCHAT, C. et OELLERS-FRAHM, K., *The Statute of the International Court of Justice : a commentary*, Oxford UP, 2006, p. 766 ;, p. 374
- PELLET, A., Préface, in BURGOGNE-LARSEN e.a. (dir.), *les interactions normatives : droit de l'Union européenne et droit international*, Cahiers européens, IREDIES Parsi I, 2012
- PERRIN, S., Quel cadre juridique pour de futurs accords PNR ? in FLAESCH-MOUDIN, C., (dir.), *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruylant 2009
- PESCATORE, P., « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de Justice », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch : Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita*, Bruylant, 1972, tome 2,
- PETT-LECLAIR S., « La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen », in JAULT-SESEKE F., LELIEUR J., et PIGACHE C. (dir.), *L'espace judiciaire européen civil et pénal – regards croisés*, Dalloz, 2009, p. 99-108

- PICHERAL, C., Du maniement du droit au procès équitable par la Cour de Justice, in PICHERAL, C. (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union Européenne*, Nemesis, p
- PICOD, F., « les sources » in SUDRE, F. et LABAYLE, H. (dir.), *Réalité et perspective du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, p. 134 et s.
- PIN, X., Discussion : subsidiarité versus efficacité, in : GUIDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Société des législations comparées, 2012, p. 47-57.
- PINGEL, I., rapport introductif, in PINGEL I. (dir.), « les sanctions contre les Etats en droit communautaire », Pedone, 2006
- PINGEL-LENUZZA, I., « La garantie politique », in SUDRE, F. et LABAYLE, H. (dir.), *Réalité et Perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, p. 428
- PONCELA, P., Eclipses et réapparition de la rétribution en droit pénal, in BLONDIAU, F. (dir.), *Rétribution et justice pénale*, PUF, 1983
- PUISSOCHET, J.-P., Conclusions in RIDEAU, J. (dir.), *De la communauté de droit à l'Union de droit*
- RAPOPORT, C., La Cour de Justice de l'Union européenne et les mesures restrictive dans le cadre de la lutte contre le terrorisme : quelles évolutions après le traité de Lisbonne ? in FLAESCH-MOUGIN, C. et SERENAROSSA, L., *La dimension extérieure de l'ELSJ dans l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, BRUYLANT, 2013, pp. 131-170
- REBUT, D., Le droit pénal et la procédure pénale saisis par l'Union européenne », in GUICHARD, S. et BUISSON, J. (dir.), *les transformations de la justice pénale – cycle de conférences 2013 à la Cour de cassation*, Dalloz, 2014, p. 101
- ROLLAND, P., Article 7, La convention européenne des droits de l'homme – commentaire article par article, Economica, 1995
- ROTH, R., droit pénal transnational : un droit pénal sans Etat et sans territoire, in MORAND, C. (dir.), *le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 133
- SATZGER, H., Le principe de légalité, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C. (dir.), « Le droit pénal de l'Union Européenne au lendemain du traité de Lisbonne », Société de législations comparées, coll. UMR droit comparé, 2012, p. 85-109
- SCELLE, G., « le rôle et le risque des sanctions », in MESTRE, A., LE FUR, L. et SCELLE, G., *Les sanctions internationales, trois opinions de juriste*, Paris, Pedone, 1936, p. 41
- SCHEECK, L., Le dialogue des droits fondamentaux en Europe, fédérateurs de loyautés, dissolvant de résistances ? in BRIBOSIA, E., SCHEECK, L. et UBEDA DE TORRES, A. (dir.), *L'Europe des Cours : loyautés et résistances*, Bruylant, 2010, pp. 19-63.
- SCHMELCK, R., La distinction entre la peine et la mesure de sûreté, in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1966, p. 179-198
- SIMON, D., les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphose ?, in *Mélanges BOULOUIS, l'Europe et le droit*, 1991, pp. 481- 493.
- SPIELMANN, D., Jurisprudence des juridictions de Strasbourg et le Luxembourg dans le domaine des droits de l'homme : conflits, incohérences et complémentarité, in ALSTON, P., BUSTELO, M. et HEENAN, J. (dir.), *l'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruylant, 2001, p. 789-812
- SIMON, D., La panacée de l'interprétation conforme : injonction homéopathique ou thérapie palliative ? in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins*, Mélanges en l'honneur de Paolo MENGOLZI, Bruylant, 2013, p. 277-300.
- SOTIS, C., Mauvaises pensées et autres à propos des perspectives de création d'un droit pénal communautaire, in : GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.) *L'intégration pénale indirecte*, Société des législations comparées, 2005, p. 243-267.
- SOTIS, C., Les principes de nécessité et de proportionnalité, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C., *Le droit pénal de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Société des législations comparées, 2012, p. 59-77.
- SOULIER, G., Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun ? in : SIMON, D. (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 57-80
- SOYER, J.-C. et DE SALVIA, M., « l'article 6 », in PETTI, L.-E., DECAUX, E. et IMBERT, P.-H., *La CEDH, commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 240-254
- SPINEDI, M., la responsabilité de l'Etat pour crime : une responsabilité pénale ?, in ASCENCIO, H., DECAUX, E. et PELLET, A. (dir.), *droit international pénal*, Pedone, 2000 p. 94
- STUYCK, J. et DENYS, C., Les sanctions communautaires, in TULKENS, F. et BOSLY, H.-D., *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, 1996, p. 424 et s.

- SUDRE, F., Existe-t-il un ordre public européen ? in TAVERNIER, P. (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, Bruylant, 1996, pp. 39 et s.
- SUDRE, F., L'interaction normative de la CEDH et du droit communautaire, in SCHNEIDER, C., EDJAHARIAN, V. et PAUL, M., *L'interaction entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe*, les Cahiers, 2008, n°3, Université Pierre Mendès France, Grenoble II
- TIEDMANN, K., La criminalité du comportement collectif, in : De DOELDER et TIEDMANN, K., *La criminalisation du comportement collectif*, Kluwer, 1996, p. 26 et s.
- TIZZANO, A., Notes sur le rôle de la Cour de Justice de l'Union européenne, in *De Rome à Lisbonne: les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins - Mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, Bruylant, 2013, pp. 223-243
- TRICOT, J., Ministère public européen et systèmes pénaux nationaux : les enjeux de l'articulation verticale, in G. GIUDICELLI-DELAGE et S. MANACORDA (dir.), *L'Intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Editions de la Société de législation comparée, 2005, pp. 181-209
- TRICOT, J., le contrôle de l'exécution normative : la légalité pénale entre dits et non-dits, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.), *Cour de justice et justice pénale en Europe, société de législation comparée*, UMR de droit comparé de Paris, vol. 19, 2010, pp. 85-110
- TULKENS, F., *Non bis in idem* : un voyage entre Strasbourg et Luxembourg, in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen et droits de l'homme*, Liber amicorum en l'honneur de R. KOERING-JOULIN, Anthémis, 2014, p. 729-748
- VAN de KERCHOVE, M., Le principe de subsidiarité, in GUIDICELLI-DELAGE, G. et LAZERGES, C., *Le droit pénal de l'Union européenne au lendemain du traité de Lisbonne*, Société des législations comparées, 2012, pp. 27-46.
- VAN DE KERCHOVE, M., Introduction in : BERNARD, D. (dir.) *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Anthémis, 2014, p. 11-31
- VAN DE KERCHOVE, M. et VAN DROOGHENBROECK, S., « la subsidiarité en droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in DELPERRE, F. (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 153-160
- VERDIER, R., Contribution de l'ethnologie au problème de la rétribution, in *Rétribution et justice pénale*,
- VERNIMMEN, G., La pénalisation du droit communautaire et la communautarisation du droit pénal, in TULKENS, F. et BOSLY, H.-D. (dir.), *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, 1996,
- VERVAELE, J.-A.-E., Le droit pénal européen, vers un droit pénal fédéral ? ; in « Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire » Mélanges offerts à J. PRADEL, Cujas ; 2006 ; p. 1127-1150.
- WEYEMBERGH, A., A la recherche d'un espace judiciaire pénal européen, in : MAGNETTE, P., et RMEACLE, E., *Le nouveau modèle européen*, vol. 2 : les politiques internes et externes, Edition de l'Université de Bruxelles, 2000, p. 31-46
- WEYEMBERGH, A., L'espace pénal européen : épée des droits fondamentaux dans l'Union européenne, in : CARTUYVELS, Y. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 192-210
- WEYEMBERGH, A. et RICCI, V., Les interactions dans le secteur de la coopération judiciaire : le mandat d'arrêt européen, in GIUDICELLI-DELAGE, G. et MANACORDA, S. (dir.), *Cour de Justice et Justice pénale en Europe*, Société de législation comparée, 2010, pp. 203-244.

ENCYCLOPEDIES JURIDIQUES

- ALEXANDRE, D. et HUET, A., Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale, Rep. Dalloz dr. eur., janv. 2015
- AMBROISE-CASTEROT, C., Présomption d'innocence, Rep. Dalloz, dr. pén. et proc. pén., 2013.
- BUISSON, J., Prévue, Rép. Dalloz, dr. pén. et proc. pén., 2013 (actualisation 2017)
- BERNADINI, R., Personne morale, Rep. droit pén. et proc. pén., Dalloz, oct. 2014
- BEZIZ-AYACHE, A., Confiscation Rep. Pén. Dalloz.
- BLANQUET, M., Effet direct du droit communautaire : Rép. dr. communautaire, Dalloz, 2008,
- BOULOUIS, J., Interprétation (méthodes), Rep. Dalloz, dr. eur., 1992
- DARMON, M. et VAHDAT, C., Cour de Justice, Rep. Dalloz, dr. eur., 2013
- CANIVET, G., IDOT, L., KOVAR R. et D. SIMON, Lamy procédures communautaires, janv. 2005

- BLUMANN, C., Traité établissant une constitution pour l'Europe. Genèse, contenu, postérité (traité de Lisbonne), J.-Cl Europe – traité, fasc. 120
- DE BIOLEY, S., Ordre juridique de l'Union Européenne – sources écrites, JCL Europe – traités, Fasc. 190
- DE BIOLLEY, S., «Coopération policière dans l'Union européenne», Jurisclasseur Europe, fascicule 2680
- DE BIOLLEY, S., Eurojust, Jcl Europe – traité, fasc. 2710
- CORIO LAND, S., Responsabilité pénale des personnes publiques (infractions non intentionnelles), Rep. Resp. de la puissance publique, Dalloz, Avril 2016
- DINTILHAC, F., Rapprochement des législations, Rep. Droit européen, Dalloz, n°210
- GRASSO, R. et SOULARD, C., Droit de l'Union Européenne et matière pénale, JCL Europe-Traité, fasc. 496, juin 2010
- GUERCHOUN, F., Astreinte, Rep. Proc. civ. Dalloz, 2017
- KOVAR, R., Compétences des Communautés européenne, J.-Cl Europe – Traité, Fasc. 420
- KOVAR, R., Ordre juridique communautaire, immédiateté du droit communautaire, JCL Europe –Traité, fasc. 432
- KOVAR, R., « ordre juridique communautaire, sources non écrites jurisprudence, hiérarchie des normes », JCL Europe –Traités, Fasc. 411
- LEVASSEUR et DECOCQ, rep. dr. inter., Dalloz, v° infractions internationales,
- MARMISSE-d'ABBADIE d'ARRAST, A., Coopération et harmonisation (matière pénale), Rep. Dalloz. droit eur.;
- MEHDI, R., Ordre juridique de l'Union européenne - Effet direct, JCl Europe – Traité, fasc. 195, 2013.
- MESTRE, C., Conseil de l'Union européenne, rep. Dalloz, droit européen,
- MICHEL, V., V° Union européenne (Traité de Lisbonne), Rep. Droit communautaire, Dalloz.
- MICHEL, V., Manquement (recours en constatation), Rep. Dalloz. Droit européen, avril 2015
- NEFRAMI, E., Accords internationaux - Statut des accords internationaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, JCL Europe – Traités, Fasc. 192-2
- PERTEK, J., Renvoi préjudiciel – Notion de juridiction – Droit, faculté et obligation de renvoi – Règles de procédure, JCl Europe Traité, Fasc. 360-1, LexisNexis, oct. 2015,
- PICOD, F., Cour de Justice : composition, organisation, compétences, JCL Europe – Traité, Fasc. 265, 2013
- PIETRO, C., Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère publique – compétence et procédure, J.-Cl Europe – traité, fasc. 1445, 2014
- PIN, X., « Interdiction d'exercer une fonction ou une activité professionnelle ou sociale. – Interdiction d'exercer une fonction publique. – Interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale. – Interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle. – Interdiction de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale », J.-Cl. Pénal Code, article 131-27 à 131-29, fasc. 20, 2014
- RIDEAU, J., Accords internationaux, Rep. Dalloz. Droit européen
- SCHNEIDER, C., Politique étrangère et de sécurité commune, Rep. droit européen, Dalloz, mars 2014,
- SIMON, D., Recours Juridictionnels - Recours en constatation de manquement - Effets des arrêts de manquement - Procédures Spécifiques, Jcl Europe – Traité, Fasc. 381, 2011
- STUYCK, J., Politique européenne de la consommation, JCL Europe – traité, fasc. 2000,
- WEYEMBERGH, A. « Reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union Européenne », Jcl. Europe, fasc. 2720,
- WEYEMBERGH, A., Coopération judiciaire pénale, Jcl Europe – Traité, fasc. 2700

ACTES DE COLLOQUE ET ASSIMILES

- ANQUETIL, M., Contribution d'une recherche morale à une politique pénale : justice et droit de punir, in : La peine, quel avenir ?, approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire; actes du colloque du centre Thomas More des 23-24 mai 1981, Ed. du Cerf, 1983, pp. 128-149
- CONSTANTINESCO, V., le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam, in Le traité d'Amsterdam : réalités et perspectives, actes de colloque organisé par les Universités Paris I, Paris II et Bordeaux IV à Paris les 27 et 28 février 1998, Pedone, 1999
- CONTE, P., Construction européenne et droit pénal, in : HEUZE, V., et HUET, J. (dir.), Construction européenne et Etat de droit, Academie des sciences morales et politiques, centre de recherche en théorie générale du droit, Ed. Panthéon Assas, coll. Colloques, 2012, p. 144

- DELMAS-MARTY, M., TEITGEN-COLLY, C., Vers un droit administratif pénal ? in : Commission, Etudes sur les systèmes de sanctions administratives et pénales dans les EM des CE, OPOCE Lux. 1994*FLAUSS, J.-F., La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg, Société française pour le droit international, Pedone, 1998
- FLAUSS, J.-F., La protection des droits de l'homme et les sources du droit international, in La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, colloque de Strasbourg, Société française pour le droit international, Pedone, 1998
- MASSE, M., « les difficultés pratiques de la coopération judiciaire pénale, *in* L'espace judiciaire européen, Acte du colloque organisé en Avignon, Ministère de la Justice, La Documentation française, 1999
- RACCAH, A., Les faux espoirs du principe de subsidiarité post-Lisbonne. LE principe de subsidiarité post-Lisbonne rationalise-t-il vraiment l'exercice des compétences de l'Union ?, Colloque « Belgique, Europe et mondialisation, quelles équations ?, ISPOLE, Louvain-la-Neuve, 13 et 14 oct. 2010
- SAUVE, J.-M., Le Conseil d'Etat et l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Les 60 ans de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Colloque organisé par l'Université de Paris 3 Sorbonne nouvelle, 9 avril 2010

RAPPORTS LEGISLATIFS ET ASSIMILES

- CATALA, N., Rapport d'information n°1948, Lutter contre la fraude : un impératif pour la Communauté, Assemblée nationale, délégation pour l'Union Européenne.
- Communication de Pierre FAUCHON relative à la proposition de décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuve, Réunion de la délégation pour l'Union européenne du mardi 20 juillet 2004 au sénat. <https://www.senat.fr/europe/r20072004.html#toc1>
- Conseil de la concurrence, Rapport annuel 2003, Études thématiques, Objet, effet et intention anticoncurrentiels
- Rapport d'information n° 119 (2009-2010) de M. Hubert HAENEL, fait au nom de la commission des affaires européennes, déposé le 26 novembre 2009, sur l'arrêt rendu le 30 juin 2009 par la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne (Cour de Karlsruhe) au sujet de la loi d'approbation du traité de Lisbonne - <https://www.senat.fr/rap/r09-119/r09-1192.html>
- THIAM, D., rapport, Assemblée générale des Nations Unies, Commission du droit international, document A/CN.4/449, du 25 mars 1993

AUTRES

- BERGE, J.-S., L'ordre juridique de Romano Santi et l'ELSJ, 7 sept. 2015, <http://www.gdr-elsj.eu/2015/09/07/asile/lordre-juridique-de-santi-romano-et-elsj/>
- CODE (Coordination des ONG pour les droits de l'enfant), Majorité sexuelle à 14 ans ?, mai 2015, http://www.lacode.be/IMG/pdf/Analyse_majorite_sexuelle_mai_2015.pdf
- DOUAT, E., Préface in : GARCIN, E., « la répression de la fraude au préjudice du budget communautaire, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2004
- GUGGENHEIM, P., Contribution à l'histoire des sources du droit des gens, Recueil des cours / Académie de droit international, La Haye, vol. 94, 1958-II
- KOVAR, R., la contribution de la Cour de Justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire, in Collected courses of the Academy of European law, vol. IV, Martinus Nijhoff Publishers, 1995
- LE MONDE, publié le 16 mars http://www.lemonde.fr/politique/article/2017/03/16/le-fn-au-parlement-europeen-sous-la-loupe-d-une-eurodeputee-ps_5095358_823448.html
- LABAYLE H., « Fin des questions, début des difficultés ? La réponse de la Cour de justice au Conseil constitutionnel à propos du mandat d'arrêt européen dans l'affaire Jérémy Forrest (1 juin 2013) », Réseau universitaire européen – GDR Droit de l'ELSJ - <http://www.gdr-elsj.eu/>
- LABAYLE H., « Suite et bientôt fin : la saga du mandat d'arrêt européen devant le Conseil constitutionnel (16 juin 2013) », Réseau universitaire européen – GDR Droit de l'ELSJ - <http://www.gdr-elsj.eu/>
- LEVASSEUR, G., Politique criminelle : peines ou mesures de sûreté ? Extrait du cours de droit pénal général complémentaire ; Les Cours de droit, Paris 1960.

SATZGER, H. (dir.), Manifeste pour une politique pénale européenne, http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_12_384.pdf
SCELLES, G., Cours de droit international public, 1948

INDEX THEMATIQUE DE JURISPRUDENCE

AUTONOMIE PROCEDURALE ET INSTITUTIONNEL

CJCE, 11 fév. 1971, Deutsches Vieh und Fleischkontor, aff. C-39/70

CJCE, 15 déc. 1971, International Fruit Company, aff. jtes C-51/71 à C-54/71

CJCE, 7 juill. 1981, Rewe Handelsgesellschaft Nord, aff. C-158/80

TPICE, 19 mars 1998, Gerard Van der Wald c/ Commission, aff. T-83/96

Conclusions av. gén. ROMER, sous CJCE, 7 mars 1972, Marimex, aff. C-84/7

BIEN JURIDIQUE

CJCE, 13 fév. 1969, Wilhem c/ Bundekartellam, aff. C-14/68

CJCE, 14 déc. 1972, Boehringer, aff. C-7/72

CJCE, 11 juillet 1989, Schröder, aff. C-265/87

CJCE, 13 novembre 1990, Fedesa e.a. C-331/88

CJCE, 6 juin 2004, Commission c/ Parlement et Conseil, aff. C-43/12

CJCE, 29 juin 2006, SGL Carbon AG c/ Commission et autres, aff. C-308/04 P

CJCE, 29 juin 2006, Showa Denko KK c/ Commission et autres, aff. C-289/04 P

CJCE, 5 oct. 2006, Valeško c/ Zollant Klagenfurt, aff. C-140/05

CJCE, 10 mai 2007, SGL Carbon AG c/ Commission, aff. C-328/05 P

TPICE, 13 juillet 2001, ThyssenKrupp c/ Commission, aff. jtes T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 et T-154/07

TPICE, 9 juillet 2003, Kyowa Hakko, aff. T-223/00

TPICE, 9 juillet 2003, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Commission, aff. T-224/00

TPICE, 15 juin 2005, Tokai Carbon, aff. T-71/03

TPICE, 10 sept. 2008, Município de Gondomar c/ Commission, aff. T-324/06

TPICE, 8 oct. 2008, Le Carbone-Lorraine c/ Commission, aff. T-73/04

TUE, 12 déc. 2012, Electrabel c/ Commission, aff. T-332/09

Conclusions av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 13 sept. 2001 dans l'aff. C-340/00 P, Commission c/ Michael Cwik

Conclusions av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 11 fév. 2003 dans l'affaire C-231/00 P, Italcementi - Fabriche Riunite Cemento SpA c/ Commission

Conclusions av. gén. STIX-HACKL présentées le 18 mars 2004 dans l'affaire C-36/02, Omega c/ Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn

Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 22 juin 2004 dans l'affaire C-189/03, Commission c/ Pays-Bas

Conclusions av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 26 mai 2005 dans l'affaire C-176/03, Commission c/ Conseil

Conclusions av. gén. TIZZANO présentées le 7 juin 2005 dans l'affaire C-397/03 P, Archer Daniels Midland c/ Commission

Conclusions av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 22 déc. 2008 dans l'affaire C-553/07, College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c/ M. E. E. Rijkeboer

Conclusions av. gén. TRSTENJAK présentées le 3 mars 2009 dans l'affaire C-34/08, Azienda Agricola Disarò Antonio e.a. c/ Cooperativa Milka 2000 Soc. coop. Arl

Conclusions av. gén. TRSTENJAK présentées le 21 janv. 2010 dans l'affaire C-365/08, Agrana Zucker GmbH c/ Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft

Conclusions av. gén. TRSTENJAK présentées le 16 déc. 2010 dans l'affaire C-28/09, Commission c/ Rep. Autriche

Conclusions av. gén. TRSTENJAK présentées le 16 juin 2011 dans l'affaire C-123/10, Waltraud Brachner c/ Pensionsversicherungsanstalt

Conclusions av. gén. MENGOZZI présentées le 31
janv. 2013, dans l'affaire C-418/11, Texdata
Software GmbH

Conclusions av. gén. SZPUNAR présentées le 28
avril 2015 dans l'affaire C-290/14, Celaj

COMPETENCE PENALE DE L'UNION

CJCE, 11 novembre 1981, Casati, aff. 203/80
CJCE, 2 février 1989, Cowan, aff. 186/87
CJCE, 16 juin 1998, Lemmens, aff. C-226/97
CJCE, 19 janv. 1999, Calfa, aff. C-348/96

CJCE, 13 sept. 2005, Commission c/ Conseil, aff. C-
176/03,
CJCE, 23 oct. 2007, Commission c/ Conseil, aff. C-
440/05

DECISION-CADRE

CJCE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03
CJCE, 9 oct. 2008, Katz c/ Sos, aff. C-404/07

DIRECTIVES

CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend and Loos, aff. C-26/62
CJCE, 10 oct. 1973, Variola, aff. C-34/73
CJCE, 4 déc. 1974, Van Duyn, aff. C-41/74
CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. C-106/77
CJCE, 6 mai 1980, Commission c/ Belgique, aff. C-
102/79
CJCE, 23 mai 1985, Commission c/ RFA, aff. C-
29/84
CJCE, 26 fév. 1986, Marshall c/ Southampton and
South-West Hampshire Area Health
Authority, aff. C-152/84
CJCE, 9 avril 1987, Commission c/ Italie, aff. C-
363/85
CJCE, 11 juin 1987, « Pretore » de Salo c/ X, aff. C-
14/86
CJCE, 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. C-
80/86

Cass. Crim., 27 nov. 2012, n°12-85.645
Cass. Crim., 25 fév. 2015, n°14-86.453

Cass. Civ. 1, 5 juill. 2012, n° 11-19250 et 11-30530.

CJCE, 30 mai 1991, Commission c/ Allemagne, aff.
C-361/88 et C-49/89
CJCE, 18 déc., 1997, Inter-environnement Wallonie,
aff. C-129/96
CJCE 12 sept. 2000 Geffroy, aff. C-366/98
CJCE, 20 mars 2003, Kutz-Bauer, aff. C-187/00
CJCE, 7 janv. 2004, X, aff. C-60/02
CJCE, 14 avr. 2005, Deponiezweckverband
Eiterköpfe, aff. C-6/03
CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi e. a., aff. C-387/02, C-
391/02 et C-403/02
CJCE, 15 avr. 2008, Impact, aff. C-268/06
CJCE, 3 juin 2008, The Queen c/ Secretary of State
for transport, aff. C-308/06
CJCE, 16 juill. 2009, Gomez-Limon Sanchez-
Camacho, aff. C-537/07
CJUE, 6 déc. 2011, Achughbabian, aff. C-329/11

Cass. Crim., 25 mars 2015, n° 14-87.403
Cass. Crim., 9 avril 2015, n°14-87.660 et n°14-87.661

DROIT A UNE BONNE ADMINISTRATION

TPICE, 10 juin 2008, Ceuninck c/Commission, aff.T-282/03

TFPUE, 28 sept. 2011, AC c/ Conseil, aff. F-9/10

- CJCE, 22 mars 1961, SNUPAT c/ Haute autorité CECA, aff. C-42/59
- CJCE, 15 juill. 1970, ACF Chimiefarma NV c/ Commission, aff. C-41/69
- CJCE, 14 juillet 1972, Geigy c/ Commission, aff. C-52/69
- CJCE, 14 fév.1978, United Brands et United Brands Continentaal c/Commission, aff. C-27/76
- CJCE, 13 fév. 1979, Hoffmann-Laroche c/ Commission, aff. C-85/76
- CJCE, 26 juin 1980, National Panasonic, aff. C-136/79
- CJCE, 21 sept. 1989, Hoechst, aff. jointes C-46/87 et C-227/88
- CJCE, 18 oct. 1989, Orkem c/ Commission, aff. C-374/87
- CJCE, 3 juillet 1991, Azko Chemi c/ Commission, aff. C-62/86
- CJCE, 29 juin 1994, Fiskano c/ Commission, aff. C-135/92
- CJCE, 15 déc. 1995, Bosman, aff. C-415/93
- CJCE, 17 déc. 1998, Baustahlgewebe GmbH c/ Commission, aff. C-185/95 P
- CJCE, 22 avril 1999, Commission c/ R.-U., aff. C-340/96
- CJCE, 8 juill. 1999, Hüls c/Commission, aff. C-199/92 P
- CJCE, 8 juill. 1999, Montecatini SpA c/ Commission, aff. C-235/92 P
- CJCE, 12 septembre 2000, Pavlov, aff. jointes C-180 à C-184/98
- CJCE, 28 janv. 2005, Dansk Rorindustri et autres c/ Commission, aff. jointes C-189/02, C-202/02, C-205 à 208/02, C-213/02
- CJCE, 18 juill. 2006, David Meca-Medina, aff. C-516/04 P
- CJCE, 21 juin 2007, ROM-projecten, aff. C-158/06
- CJCE, 22 mai 2008, Evonik c/ Commission et Conseil, aff. C-266/06 P
- CJCE, 3 sept. 2009, Papierfabrik August Koehler e.a. c/Commission, aff. jtes C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P
- CJUE, 29 mars 2011, ThyssenKrupp c/ Commission, aff. C-352/09
- CJUE, 14 fév. 2012, Toshiba Corporation e.a., aff. C-17/10
- CJUE, 22 nov. 2012, E.ON Energie c/Commission, aff. C-89/11 P
- CJUE, 3 mai 2011, Tele2 Polska, aff. C-375/09
- CJUE, 18 juin 2013, Schenker, aff. C-681/11
- TPICE, 9 juillet 1992, Publishers Association c/ Commission, aff. T-6/89
- TPICE, 8 mars 1995, Société Générale c/ Commission, aff. T-34/93
- TPICE, 20 avril 1999, LimburgseVinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, aff. jtes T-313/94, T-314/94, T-315/94 et T-316/96
- TPICE, 25 oct. 2005, Groupe Danone c/Commission, aff. T-38/02
- TPICE, 12 sept. 2007, Prym GmbH, aff. T-30/05
- TPICE, 30 mars 2000, Kish Glass & Co c/ Commission, aff. T-65/96
- TPICE, 12 déc. 2000, ADP, aff. T-128/98
- TPICE, 20 fév. 2001, Mannesmannröhren-Werke AG c/ Commission, aff. T-112/98
- TPICE, 10 mai 2001, Kraufing c/ Commission, aff. T-186, 187, 190, 192, 201, 211, 216 à 218, 279 et 280, 293, 147/97
- TUE, 2 fév. 2012, The Dow Chemical Company, aff. T-77/08
- TUE, 24 mars 2014, Saint Gobain SA c/ Commission, aff. T-56/09 et T-73/09
- Conclusions av. gén. BOT présentées le 26 oct. 2010 dans l'affaire C-352/09, ThyssenKrupp c/ Commission
- Conclusions av. gén. SHARPSTON présentées le 11 fév.2011 dans l'affaire C-272/09, KMEGermany
- Conclusions av. gén. BOT présentées le 21 juin 2012 dans l'affaire C-98/11 P, EON Energie AG c/ Commission
- Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 28 fév. 2013 dans l'affaire C-681/11, Schenker & Co. AG e.a.
- CEDH, 27 fév. 1992, Stenuit c/ France, req. n°11598/85
- CEDH, 3 déc. 2002, Lilly c/ France, req. n°53892/00
- CEDH, 3 juin 2004, Neste St. Petersburg et autres c/ Russie, req. n°69042/01
- CEDH, 27 sept. 2011, Menarini Diagnostic c/ Italie, req. n°43509/08

Comm. EDH, 11 déc. 1976, Eggs c/Suisse, req. n°7341/76
 Comm. EDH, 30 mai 1991, Stenuit c/ France, req. n°11598/85

Droit à l'interprétation et à la traduction

CJUE, 15 oct. 2015, Covaci, aff. C-216/14

Droit à l'information

CJCE, 19 déc. 1961, Commission c/ Italie, aff. C-7/61

CJCE, 15 juill. 1970, ACF Chemiefarma c/Commission, aff. C-41/69

CJCE, 14 juillet 1972, Geigy c/ Commission, aff. C-52/69

CJCE, 29 oct. 1980, Van Landewyck c/Commission, aff. jointes C-209 à C-215/78 et C-218/78

CJCE, 15 déc. 1982, Commission c/ Danemark, aff. C-211/81

CJCE, 8 févr. 1983, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-124/81

CJCE, 7 juin 1983, Musique Diffusion française c/ Commission, aff. C-100/80

CJCE, 31 janv. 1984, Commission c/ Irlande, aff. C-74/82

CJCE, 28 mars 1985, Commission c/ Italie, aff. C-274/83

CJCE, 17 nov. 1987, British American Tobacco et Reynolds Industries c/Commission, aff. C-142/84 et C-156/84

CJCE, 13 déc. 1990, Commission c/ Grèce, aff. C-347/88

CJCE, 3 juill. 1991, Azko Chemi c/ Commission, aff. C-62/86

CJCE, 22 juin 1993, Commission c/ Danemark, aff. C-243/89

CJCE, 16 déc. 1997, Commission c/ Italie, aff. C-279/94

CJCE, 29 sept. 1998, Commission c/ Allemagne, aff. C-191/95

CJCE, 11 juill. 2002, Commission c/ Espagne, aff. C-139/00

CJCE, 26 avril 2005, Commission c/ Irlande, aff. C-494/01

TPICE, 9 juill. 1992, Publishers Association c/ Commission, aff. T-6/89

TPICE, 20 mars 2002, LR AF 1998 c/ Commission, aff. T-23/99

TPICE, 15 juin 2005, Tokai Carbon c/ Commission, aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03

TPICE, 25 oct. 2005, Groupe Danone c/ Commission, aff. T-38/02

CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a. c/ Commission, aff. C-189/02 P

CJCE, 14 juill. 2005, Commission c/ Allemagne, aff. C-433/03

CJCE, 22 mars 2007, Commission c/ Belgique, aff. C-437/04

CJCE, 26 avr. 2007, Commission c/ Finlande, aff. C-195/04

CJCE, 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil, aff. C-402/05 P et C-415/05 P

CJCE, 8 avril 2008, Commission c/ Italie, aff. C-337/05

CJCE, 9 juill. 2009, Archer Daniels Midland c/ Commission, aff. C-511/06P

CJCE, 12 fév. 2009, Commission c/ Pologne, aff. C-475/07

CJCE, 12 nov. 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-154/08

CJUE, 3 déc. 2009, Hassan et Ayadi c/ Conseil et Commission, aff. C-339/06 P et C-403/06 P

CJUE, 25 mars 2010, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-79/09

CJCE, 14 sept. 2010, Akzo Nobel Chemicals c/ Commission, aff. C-550/07 P

CJUE, 24 mars 2011, Commission c/ Espagne, aff. C-375/10

CJUE, 21 déc. 2011, France c/ OMPI, aff. C-27/09 P

CJUE, 10 mai 2012, Commission/Estonie, aff. C-39/10

CJUE, 18 juill. 2013, Dow Chemical c/ Commission, aff. C-499/11 P

CJUE, 13 fév. 2014, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-530/11

CJUE, 4 juin 2015, Commission c/ Rép. Tchèque, aff. C-678/13

TPICE, 11 juillet 2007, Sison/Conseil, aff. T-47/03

TPICE, 11 oct. 2007, Möllendorf et Möllendorf-Niehuus, aff. C-117/06

TPICE, 18 juin 2008, Hoechst c/ Commission, aff. T-410/03

TUE, 8 sept. 2010, Deltafina c/ Commission, aff. T-29/05

TUE, 7 déc. 2010, Fahas c/ Conseil, aff. T-47/03

Conclusions av. gén. GAND, présentées le 10 juin 1970 dans l'aff. 41/69, ACF Chemiefarma

CEDH, 19 déc. 1989, Kamasinski c/ Autriche, req. n°9783/82

CEDH, 12 oct. 1992, T. c/ Italie, req. n°14104/88

CEDH, 25 mars 1999, Pélissier et Sassi c/ France, req. n°25444/94

CEDH, 16 déc. 1999, T. et V. c/ Royaume-Uni, req. n°24724/94
CEDH, 25 juill. 2000, Mattoccia c/ Italie, req. n°23969/94
CEDH, 16 déc. 2006, Mattei c/ France, req. n°34043/02

Droit d'accès au dossier

CJCE, 13 juill. 1966, Grundig c/ Commission, aff. jointes C-56 et C-58/64
CJCE, 14 juill. 1972, Bayer c/ Commission, aff. C-49/69
CJCE, 14 juill. 1972, SA Française des matières colorantes Francolor c/ Commission, aff. C-54/69
CJCE, 5 juin 1973, Commission c/ Conseil, aff. C-81/72
CJCE, 30 janv. 1974, Louwage c/ Commission, aff. C-148/73
CJCE, 7 janv. 1984, VBVB et VBBB c/ Commission, aff. jointes C-43/82 et C-63/82
CJCE, 3 juill. 1991, Akzo c/ Commission, aff. C-62/86
CJCE, 29 juin 1995, Solvay c/ Commission, aff. C-30/91

TPICE, 17 déc. 1991, SA Hercules Chemical NV c/ Commission, aff. T-7/89
TPICE, 18 déc. 1992, Cimenterie CBR SA c/ Commission, aff. jointes T-10, 11, 12 et 15/92
TPICE, 29 juin 1995, ICI c/ Commission, aff. T-37/91
TPICE, 10 mai 2001, Kaufring c/ Commission, aff. T-186/97
TPICE, 13 déc. 2001, Krupp-Thyssen c/ Commission, aff. T-45 et T-47/98,

CEDH, 19 déc. 1989, Kamasinski c/ Autriche, req. n°9783/82
CEDH, 21 sept. 1993, Kremzow c. Autriche, req. n°12350/86
CEDH, 15 nov. 1996, Chahal c/ R.-U., req. n°22414/93
CEDH, 17 déc. 1996, Vacher c/ France, req. n°20368/92
CEDH, 18 mars 1997, Foucher c/ France, req. n°22209/93

Droit de garder le silence

CJCE, 18 oct. 1989, Orkem c/ Commission, aff. C-374/87
CJCE, 10 nov. 1993, Otto By c/ Commission, aff. C-60/92

TPICE, 8 mars 1995, Société Générale c/ Commission, aff. T-34/93
TPICE, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, aff. jointes T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/96

CEDH, 19 déc. 2006, Mattei c/ France, req. n°34043/02
CEDH, 7 janv. 2010, Penev c/ Bulgarie, req. n°20494/04
CEDH, 12 avril 2011, Adrian Constantin c/ Roumanie, req. n°21175/03

CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, aff. C-238/99 P
CJCE, 1^{er} fév. 2007, Sison c/ Conseil, aff. C-266/05 P
CJUE, 27 janv. 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-490/09
CJUE, 25 oct. 2011, Solvay c/ Commission, aff. C-110/10 P
CJUE, 4 juin 2013, ZZ, C-300/11
CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland A/S e.a c/ Commission, aff. jointes C -204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P
CJUE, 18 juill. 2013, Commission e.a. c/ Kadi (« Kadi II »), C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P

TPICE, 11 juill. 2002, Hyper c/ Commission, aff. T-205/99
TPICE 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03
TPICE, 30 sept. 2009, Hoechst c/ Commission, aff. T-161/05
TUE, 10 déc. 2009, Cofa c/ Commission, aff. T-158 et 150
TUE, 12 juill. 2011, Hitcho c/ Commission, aff. T-161/05
TUE, 12 juill. 2011, Toshiba c/ Commission, aff. T-113/07

CEDH, 16 fév. 2000, Jasper c/ R.-U., req. n°27052/95
CEDH, 15 mars 2001, Begu c/ Roumanie, req. n°20448/02
CEDH, 24 juin 2003, Dowsett c/ R.-U., req. n°39482/98
CEDH, 10 fév. 2009, A et a c/ RU, req. n°3455/05
CEDH, 31 mars 2009, Natunen c/ Finlande, req. n°21022/04
CEDH, 11 déc. 2012, Mirilashvili c/ Russie, req. n°6293/04

TPICE, 20 fév. 2001, Mannesmannröhren-Werke AG c/ Commission, aff. T-112/98

CEDH, 25 févr. 1993, Funke c/ France, req. n°10828/84
CEDH, 8 févr. 1996, Murray c/ R.-U., req. n°18731/91
CEDH, 17 déc. 1996, Saunders c/ R.-U., req. n°19187/91
CEDH, 2 mai 2000, Condrion c/ R.-U., req. n°35718/97
CEDH, 21 déc. 2000, Heaney et McGuinness c/ Irlande, req. n°34720/97
CEDH, 3 mai 2001, J.B. c/ Suisse, req. n°31827/96

CEDH, 2 oct. 2002, Beckles c. R;-U., req. n°44652/98
CEDH, 11 juillet 2006, Jalloh c/ Allemagne, req. n°54810/00
CEDH, 29 juin 2007, O'Halloran et Francis c/ R.-U., req. N°15809/02 et 25624/02
CEDH, 27 nov. 2008, Salduz c/ Turquie, req. n°36391/02
CEDH, 13 oct. 2009, Dayanan c/ Turquie, req. n°7377/03
CEDH, 14 oct. 2010, Brusco c/ France, req. n°1466/07

Droit d'être entendu

CJCE, 28 mars 1985, Commission c/ Italie, aff. C-274/83
CJCE, 21 sept. 1989, Commission c/ Grèce, aff. C-68/88
CJCE, 25 avril 1996, Commission c/ Luxembourg, aff. C-274/93
CJCE, 9 nov. 1999, Commission c/ Italie, aff. C-365/97
CJCE, 5 janv. 2002, Commission c/ Italie, aff. C-439/99
CJCE, 20 juin 2002, Commission c/ RFA, aff. C-287/00
CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/ Commission, aff. C-238/99 P
CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland, aff. C204/00 P
CJCE, 9 juin 2005, Espagne/Commission, aff. C-287/02
CJCE, 19 janv. 2006, AIT c/ Commission, aff. C-547/03 P
CJCE, 2 mai 2006, Regione Siciliana, aff. C-417/04 P

CJCE, 18 déc. 2008, Sopropé, aff. C-349/07
CJCE, 3 septembre 2009, Papierfabrik August Koehler e.a. c/ Commission, aff. C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P
CJUE, 21 déc. 2011, Cicala, aff. C-482/10
CJUE, 21 déc. 2011, OMPI, aff. C-27/09 P
CJUE, 21 déc. 2011, France/People's Mojahedin Organization of Iran, aff. C-27/09 P
CJUE, 22 nov. 2012, M., aff. C-277/11
CJUE, 28 mai 2013, Abdulrahim c/ Conseil et Commission, aff. C-239/12 P
CJUE, 6 juin 2013, Ayadi c/ Commission, aff. C-183/12 P
CJUE, 18 juillet 2013, Commission e.a./Kadi, aff. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P
CJUE, 10 sept. 2013, G. et R., aff. C-383/13
CJUE, 14 fév. 2012, Toshiba e. a., aff. C-17/10
CJUE, 28 juill. 2016, Tomana c/ Conseil, aff. C-330/15 P

TPICE, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/ Commission, aff. T-305/94

Conclusions av. gén. ALBER, présentées le 7 nov. 2000 dans l'affaire C-230/99, Commission c/ France
Conclusions av. gén. BOT présentées le 26 avril 2012 dans l'affaire C-277/11, M. M.

Droit à l'assistance d'un avocat

CJCE, 21 sept. 1989, Hoechst c/ Commission, aff. C-46/87 et C-227/97
CJCE, 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98

CEDH, 28 nov. 1991, S. c/ Suisse, n° 12629/87, req. n°13965/88
CEDH, 25 sept. 1992, Croissant c/ Allemagne, req. n°13611/88
CEDH, 8 fév. 1996, John Murray c/ R.-U., req. n°8731/91
CEDH, 16 oct. 2001, Brennan c/ Royaume-Uni, req. n°9846/98

CEDH, 27 nov. 2008, Salduz c/ Turquie, req. n°36391/02,
CEDH, 13 oct. 2009, Dayanan c/ Turquie, req. n°7377/03
CEDH, 14 oct. 2010, Brusco c/ France, req. n°1466/07
CEDH, 2 nov. 2010, Sakhnovski c/ Russie, req. n°21272/03

Droit de participer à son procès

CJCE, 14 fév. 1990, France c/ Commission, aff. C-301/87
CJCE, 12 fév. 1992, Pays-Bas c/ Commission, aff. C-48/90 et 66/90

CJCE, 29 juin 1994, Fiskano c/ Commission, aff. C-135/92
CJCE, 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98

TPICE, 30 mars 2000, Kish Glass & Co c/ Commission, aff. T-65/96

TPICE, 10 mai 2001, Kraufing c/ Commission, aff. T-186, 187, 190, 192, 201, 211, 216 à 218, 279 et 280, 293, 147/97

CEDH, 12 fév. 1985, Colozza c/ Italie, req. n°9024/80

CEDH, 21 sept. 1993, Kremzow c/ Autriche, req. n°12350/86

CEDH, 23 nov. 1993, Poitrimol c/ France, req. n°14032/88

CEDH, 23 févr. 1994, Stanford, req. n°16757/90

CEDH, 30 nov. 2000, Kwiatkowska c/ Italie, req. n°52868/99

CEDH, 18 oct. 2006, Hermi c/ Italie, req. n°18114/02

Droit à l'aide juridictionnelle

CEDH, 25 avr. 1983, Pakelli c/ Allemagne, req. n°8398/78

CEDH, 28 nov. 2006, Flandin c/ France, req. n°77773/01

DROIT DES ETRANGERS

CJCE, 11 juill. 2002, D'Hoop, aff. C-224/98

CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, aff. C-61/11 PPU

CJUE, 6 déc. 2011, Achughbabian c/ Préfet du Val de Marne, aff. C-329/11

CJUE, 21 déc. 2011, Ziolkowski et Szeja, aff. C-424 et C-425/10

CJUE, 6 déc. 2012, Sagor, aff. C-430/11

CJUE, 23 avril 2015, Zaizoune, aff. C-38/14

CJUE, 1^{er} oct. 2015, Celaj, aff. C-29/014

CJUE, 7 juin 2016, Affum, aff. C-47/15

CJUE, 6 oct. 2016, Paoletti, aff. C-218/15,

Conclusions av. gén. MACIEJ SZPUNAR présentées le 28 avril 2015 dans l'affaire C-290/14, Skerdjan Celaj

Opinion en partie dissidente commune aux juges ROZAKIS, TULKENS, KOVLER, HAJIYEV, SPIELMANN et HIRVELÄ, dans l'affaire Saadi c/R.-U., 28 janv. 2008, req. n°13229/03

DROITS FONDAMENTAUX - GENERALITE

CJCE, 14 mai 1974, Nold e.a. c/ Commission, aff. 4/73

CJCE, 23 oct. 1974 Transocean Marine Paint c/Commission ; aff.17/74, §15

CJCE, 13 fév. 1979, Hoffmann – La Roche c/ Commission, aff. 85/76

CJCE, 7 juin 1983, Musique Diffusion française e.a. c/ Commission, aff. 100 à 103/80

CJCE, 10 juill. 1986, Belgique c/ Commission, aff. 234/84

CJCE, 13 juillet 1989, Wachauf, aff. 5/88

CJCE, 21 sept. 1989, Hoechst c/ Commission, aff. 46/87 et 227/88

CJCE, 18 juin 1991, ERT, aff. C-260/89

CJCE, 29 juin 1994, Fiskano c/ Commission aff. C-135/92

CJCE, 5 oct. 1994, X c/ Commission, aff. C-404/92

CJCE, 15 déc. 1995, Bosman, aff. C-415/93

CJCE, 3 sept. 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission (Kadi I), aff. C-402/05

CJUE, 28 fév. 2013, Melloni, aff. C-399/11

Conclusions av. gé. VAN GERVEN présentées le 27 avril 1994 dans l'aff. C-404/92 P, X c/ Commission, pt 12

Bundesverfassungsgericht (Tribunal constitutionnel fédéral allemand), 29 mai 1974, Internationale Handelsgesellschaft, BvL 57/71, BVerfGE 37, 271 dit « Solange I »

DROIT INTERNATIONAL – COUTUME PENALE

CEDH, 21 nov. 2001, Al-Adsani c/ Royaume Uni, req. n°35763/97

Cass. Crim., 13 mars 2001, n°00-87215

Cass. Crim. 23 nov. 2004, n° 04-84265

CIJ, 20 fév. 1969, Plateau continental de la mer du Nord

TPIY, 2 oct. 1995, Tadic, aff. IT-94-1-AR72

TPIY 10 déc. 1998, Furundzija, IT-95-17/1-T

TSSL, Décision sur l'immunité de juridiction, 31 mai 2004, SCSL-03-01-I-059

TSSL, 15 avril 2009, juge de la mise en état, ord. N°CH/PTJ/2009/03

TSSL, 15 avril 2010, Présidence, ord., n°CH/PRES/2010/01

EFFET DIRECT

CJCE, 6 avr. 1962, Bosch, aff. C-13/61

CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend en Loos, aff. C-26/62

CJCE, 15 juill. 1964, Costa c/ E.N.E.L., aff. C-6/64

CJCE, 16 juin 1966, Lütticke c/ Hauptzollant de Sarrelouis, aff. C-57/65

CJCE, 10 nov. 1972, Hansa Fleishc, aff. C-150/91

CJCE, 30 janv. 1974, BRT c/ SABAM, aff. C-127/73

CJCE, 21 juin 1974, Reyners c/ Belgique, aff. C-2/74

CJCE, 4 déc. 1974, Van Duyn, aff. C-41/74

CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. C-106/77

CJCE, 5 avr. 1979, Ministère public c/ Ratti, aff. C-148/78

CJCE, 27 sept. 1979, Eridania, aff. C-230/78

CJCE, 10 janv. 1985, Leclerc c/ Au blé vert, aff. C-229/83

CJCE, 26 fév. 1986, Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, aff. C-152/84

CJCE, 11 juin 1987, Pretore di Salo, aff. C-14/86

CJCE, 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. C-80/86

CJCE, 22 fév. 1990, Busseni, aff. C-221/88

CJCE, 12 juill. 1990, Foster, aff. C-188/84

CJCE, 13 nov 1990, Marleasing SA c/ La Commercial Internacional de alimentacion SA, aff. C-106/89

CJCE, 16 déc. 1993, Wagner Miret c/ Fondo de garantia salarial, aff. C-334/92

CJCE, 14 juill. 1994, Faccini Dori, aff. C-91/92

CJCE, 29 octobre 1998, Awoyemi, aff. C-230/97

CJCE, 4 mars 1999, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI), aff. C-258/97

CJCE, 11 janv. 2001, Monte Arcosu Srl, aff. C-403/98

CJCE, 17 sept. 2002, Baumbast et R, aff. C-413/99

CJCE, 20 mars 2003, Kutz-Bauer, aff. C-187/00

CJCE, 7 janv. 2004, X, aff. C-60/02

CJCE, 24 juin 2004, Herbert Handlaouer GmbH, aff. C-278/02

CJCE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03

CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi, aff. C-387/02, C-391/02 et C-403/02

CJCE, 15 avril 2008, Impact, aff. C-268/06

CJCE, 16 juill. 2009, Gomez-Limon Sanchez-Camacho, aff. C-537/07

CJUE, 28 oct. 2010, SGS Belgium e.a., aff. C-367/09

CJUE, 28 avril 2011, El Dridi, aff. C-61/11 PU

CJUE, 29 sept. 2011, Elf Aquitaine c/ Commission, aff. C-521/09 P

CJUE, 25 oct. 2011, Solvay SA c/ Commission, aff. C-110/01

CJUE, 6 déc. 2011, Achugbabian, aff. C-329/11 PU

CJUE, 24 avril 2012, Kamberaj, aff. C-571/10

CJUE, 18 juill. 2013, Schindler Holding c/ Commission, aff. C-501/11 P

TPICE, 28 oct. 2004, Lutz Herrera c/ Commission, aff. jtes T-219/02 à T-337/02

Conclusions de l'av. gén. VAN GERVEN présentées le 26 janv. 1993 dans l'aff. C-271/91, Marshall

Conclusions de l'av. gén. JACOB présentées le 27 janv. 1994 dans l'aff. C-316/93, N. Vaneetveld c/ Le Foyer

Conclusions de l'av. gén. LENZ, présentées le 9 fév. 1994 dans l'affaire C-91/92, Faccini Dori

Conclusions de l'av. gén. COLOMER, présentées le 6 mai 2003 dans l'affaire C-397/01 à 403/01, Pfeiffer e.a.

Cass. Civ. 1., 5 juill. 2012, n° 11-19250, 11-30530 et 11-30371.

Cass. Crim., 27 nov. 2012, n°12-85.645,

Cass. Crim. 25 fév. 2015, n°14-86.453

Cass. Crim., 25 fév. 2015, n°14-86.453

Cass. Crim., 25 mars 2015, n°14-87.403

Cass. Crim., 9 avril 2015, n°14-87.660

EFFET NEGATIF

CJUE, 28 avr. 2011, El Dridi, aff. C-61/11 PPU
CJUE, 6 déc. 2011, Achughbabian c/ Préfet du Val de Marne, aff. C-329/11

FRAUDE AUX INTERETS FINANCIERS

CJCE, 17 déc. 1970, Internationale Handelsgesellschaft, aff. C-11/70
CJCE, 20 fév. 1979, Buitoni, aff. C-122/78
CJCE, 25 juill. 1984, Könecke c/ Balm, aff. C-117/83
CJCE, 27 nov. 1986, Maas c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, aff. C-21/85
CJCE, 18 nov. 1987, Maizena c/ Balm, aff. C-137/85
CJCE, 2 mai 1990, Hopermann c/ Balm, aff. C-357/88
CJCE, 27 oct. 1992, Allemagne c/ Commission, aff. C-240/90
CJCE, 27 oct. 1992, Commission c/ All, aff. C-74/91
CJCE, 17 juill. 1997, The Queen c/ Minister for Agriculture, Fisheries and Food, ex parte : National Farmers' Union e.a., aff. C-354/95
CJCE, 11 juill. 2002, Käserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00
CJCE, 24 juin 2004, Herbert Handlaouer GmbH, aff. C-278/02
CJCE, 1er juill. 2004, Gerken, aff. C-295/02
CJCE, 11 nov. 2004, Toeters et Verberk, aff. C-171/03
CJCE, 16 mars 2006, Emsland Stärke, aff. C-110/99
CJCE, 6 avril 2006, ED & F Man Sugar, aff. C-274/04
CJCE, 4 mai 2006, Haug, aff. C-286/05
CJCE, 24 mai 2007, Maatschap Schonewille-Prins, aff. C-45/05
CJCE, 13 mars 2008, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a., aff. C-383/06 à C-385/06
CJUE, 28 oct. 2010, SGS Belgium, aff. C-367/09
CJUE, 21 déc. 2011, Chambre de commerce et d'industrie de l'Indre, aff. C-465/10
CJUE, 24 mai 2012, Hehenberger c/ Autriche, aff. C-188/11
CJUE, 5 juin 2012, Lukasz Marcin Bonda, aff. C-489/10
CJUE, 13 déc. 2012, FranceAgriMer c/ Vinifrance SA, aff. C-670/11

Conclusions av. gé. BOT présentées le 17 mars 2011 dans l'affaire C-150/10, BIRB c/ Beneo-Orafti SA
Conclusions av. gé. KOKOTT présentées le 15 décembre 2011 dans l'affaire C-489/10, Bonda

CEDH, 3 mai 2001, J.B. c/ Suisse, req. n°31827/96,
CEDH, 15 juill. 2002, Stratégies et communications et Dumoulin c/ Belges, req. n°37370/97
CEDH, 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97
CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01
CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, req. n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10

Opinion dissidente commune aux juges COSTA, CABRAL BARRETO et MULARONI, à laquelle le juge CAFLISCH déclare se rallier

HARMONISATION/RAPPROCHEMENT DES LEGISLATIONS – GENERALITES

CJCE, 5 fév. 1981, Ministère public c/ Kugelmann, aff. C-108/80
CJCE, 2 mars 1983, Commission c/ Belgique, aff. C-155/82
CJCE, 29 fév. 1984, Rewe-Zentrale c/ Landwirtschaftskammer Rheinland, aff. C-37/83
CJCE, 27 mars 1985, Denavit Futtermittel c/ Land Nordrhein-Westfalen, aff. C-73/84
CJCE, 13 déc. 1990, Pall, aff. C-238/89
CJCE, 12 nov. 1996, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. C-84/94
CJCE, 17 juin 1999, Socridis, aff. C-166/98
CJCE, 29 sept. 1999, Van Rooij, aff. C-231/97
CJCE, 29 sept. 1999, Nederhoff, aff. C-232/97

CJCE, 22 juin 2000, Fornasar E.A., aff. C-318/98
CJCE, 25 avr. 2002, González Sánchez, aff. C-183/00

CJCE, 6 nov. 2003, Lindqvist, aff. C-101/01

INFRACTION ADMINISTRATIVE

CEDH, 21 fév. 1984, Öztürk c/ Allemagne, req. n°8544/79
CEDH, 24 fév. 1994, Bendenoun c/ France, req. n°12547/86
CEDH, 23 oct. 1995, Palaoro c/Autriche, req. n°16718/90
CEDH, 2 sept. 1998, Kadubec c/ Slovaquie, req. n°27061/95
CEDH, 23 sept. 1998, Malige c/ France, req. n°27812/95
CEDH, 11 janv. 2001, Inocencio c/ Portugal, req. n°43862/98

CEDH, 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97
CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01
CEDH, 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02
CEDH, 3 avril 2012, Nicoleta Gheorghe c/ Roumanie, req. n°23470/05
CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens c/ Italie, req. n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10
CEDH, 30 avril 2015, Papatianos et autres c/ Grèce, req. n°3453/12, 42941/12 et 9028/13

INTERPRÉTATION

CJCE, 17 nov. 1983, Merck, aff. C-292/82
CJCE, 24 oct. 1996, Eismann, aff. C-217/94
CJUE, 19 déc. 2013, Koushkaki, aff. C-84/12

CJUE, 16 juill. 2015, Lanigan, C-237/15 PPU
CJUE, 8 nov. 2016, Ognyanov, aff. C-554/14
CJUE, 27 janv. 2017, Vilkas, aff. C-640/15

Interprétation conforme

CJCE, 20 mai 1975, Mazzalà, aff. C-111/75
CJCE, 10 avril 1984, Von Colson et Kamann/ Land Nordrhein-Westfalen, aff. C-14/83
CJCE, 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. C-80/86
CJCE, 13 novembre 1990, Marleasing c/ Comercial Internacional de Alimentación, aff. C-106/89
CJCE, 16 déc. 1993, Wagner Miret c/ Fondo de garantía salarial, aff. C-334/92

CJCE, 14 juillet 1994, Paola Faccini Dori c/ Recreb, aff. C-91/92
CJCE, 7 janv. 2004, X, aff. C-60/02
CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi e.a., aff. C-387/02
CJCE, 16 juin 2005, Maria Pupino, aff. C-105/03
CJCE, 15 avr. 2008, Impact, aff. C-268/06
CJUE, 5 sept. 2012, Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge, aff. C-42/11

Conclusions av. gén. MENGOZZI présentées le 20 mars 2012 dans l'aff. C-42/11, Lopes Da Silva Jorge

Interprétation stricte

CJCE, 12 déc. 1996, Proc. pén. c/ X, aff. C-74/95 et C-129/95

TUE, 27 fév. 2014, aff. T-256/11

CEDH, 12 fév. 2008, Kafkaris c/Chypre, req. n°21906/04

CEDH, 21 oct. 2013, Del Rio Prada c/ Espagne, req. n°42750/09

JUGE NATIONAL, JUGE COMMUNAUTAIRE DE DROIT COMMUN

CJCE, 5 oct. 1983, Konstantinos Antonios Chatzidakis Nevas c/ Caisse des juristes à Athènes et la décision du Conseil d'Etat grecs, aff. 142/83
CJCE, 5 mars 1986, Wünsche c/ Allemagne, aff. 69/85

CJCE, 17 déc. 1986, Belkacem c/ Allemagne, aff. 276/86

CJCE, 14 juill. 1998, Glasoltherm c/ Commission, aff. C-399/97

CJCE, 25 juill. 2002, Union de Pequenos Agricultores c/ Conseil, aff. C-50/00 P

TPICE, 10 juill. 1990, Tetra Pack, aff. T-51/89

Cass. Civ. 1, 5 juill. 2012, n° 11-19.250 et 11-30.53
Cass. Crim., 7 juin 2011, n° 11-81.702

CJCE, 9 déc. 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00

TPICE, 22 déc. 1995, Danielsson, aff. T-219/95

Cass. Crim., 27 nov. 2012, n°12-85.645

LEGALITE

CJCE, 6 mai 1980, Commission c/ Belgique, aff. C-102/79

CJCE, 9 juill. 1981, Administration des douanes c/ Gondrand Frères et Garancini, aff. C-169/80

CJCE, 16 juin 1983, France c/ Commission, aff. C-325/91

CJCE, 25 sept. 1984, Könecke, aff. C-117/83

CJCE, 18 nov. 1987, Maizena c/ BALM, aff. C-137/85

CJCE, 10 juillet 1989, Hansen, aff. C-326/88

CJCE, 13 mars 1990, Commission c/ France, add. C-30/89

CJCE, 11 juill. 2002, Käserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00

CJCE, 7 janv. 2004, Montres Rolex SA, aff. C-60/02

CJCE, 28 janv. 2005, Dansk Rorindustri et autres c/ Commission, aff. jtes C-189/02, C-202/02, C-205 à 208/02, C-213/02

CJCE, 18 mai 2006, Archer Daniels Midland c/ Commission, aff. C-397/03 P

CJCE, 26 oct. 2006, Koninklijke c/ Commission, aff. C-284/04

CJCE, 3 mai 2007, Advocaten voor de Wereld, aff. C-303/05

CJCE, 22 mai 2008, Evonik Degussa c/ Commission, aff. C-266/06 P

CJCE, 3 juin 2008, Intertanko, aff. C-308/06

CJUE, 11 déc. 2012, Commission c/ République Tchèque, aff. C-610/10

CJUE, 18 juill. 2013, Schindler Holding c/ Commission, aff. C-501/11 P

CJUE, 22 oct. 2015, AC-Treuhand c/ Commission, aff. C-194/14 P

CJUE, 16 fév. 2017, Hansen e. a. c/ Commission aff. C-90/15 P

CJCE, Procédure pénale c/ X, aff. C-74/95 et C-129/95

TPICE, 5 avril 2006, Degussa c/ Commission, aff. T-279/02

Conclusion av. gén. RUIZ-JARABO COLOMBER présentées le 28 sept. 1999 dans l'affaire C-387/97, Commission c/ Rep. Hellénique

Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 20 nov. 2007 dans l'affaire C-308/06, Intertanko

CEDH, 26 avril 1979, Sunday times, req. n°6538/74

CEDH, 24 mai 1988, Müller c. Suisse, req. n°10737/84

CEDH, 28 mars 1990, Groppera Radio AG c/ Suisse, req. n°10890/84

CEDH, 24 avril 1990, Kruslin c/ France, req. n°11801/85

CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c/ Grèce, req. n°14307/88

CEDH, 22 nov. 1995, S. W. t C. R. c/ R.-U., req. n°20166/92

CEDH, 15 nov. 1996, Cantoni c/ France, req. n°17862/91

CEDH, 22 juin 2000, Coëme c/ Belgique, req. n°32492/96 32547/96 32548/96 33209/96 33210/96

CEDH, 29 mars 2006, Achur c/ France, req. n°67335/01

Non rétroactivité

CJCE, 16 fév. 1982, Rumi, aff. C-285/80

CJCE, 16 fév. 1982, Padana, aff. C-276/80

CJCE 10 juillet 1984, Kent Kirk, aff. C-63/83

CJCE, 8 oct. 1987, Kolpinghuis Nijmegen, aff. C-80/86

CJCE, 17 oct. 1989, Dow Chemical Ibérica, SA e. a. c/ Commission, aff. jointes C-97/87, C-98/87 et C-99/87

CJCE, 13 nov. 1990, Fedesa, aff. C-331/88

CJCE, 7 janv. 2004, X, aff. C-60/02

CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi, aff. C-403/02

CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri et autres c/ Commission, aff. jointes C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P à C-208/02 P et C-213/02 P

CJCE, 8 février 2007, Groupe Danone/Commission, C-3/06 P

CJCE, 22 oct. 2009, Zurita Garcia et Choque Cabrera, aff. jointes C-261/08 et C-348/08

CJUE, 29 juin 2010, E. et F., aff. C-550/09

CJUE, 14 fév. 2012, Toshiba e. a., aff. C-17/10

CJUE, 18 juill. 2013, Schindler c/ Commission, aff. C-501/11 P

TPICE, 9 juill. 2003, Archer Daniels Midland et a. c/ Commission, aff. T-224/00

Conclusions av. gén. FENNELLY, présentées le 16 nov. 1995 dans l'affaire C-334/94, Commission c/ France
Conclusions av. gén. MENGOZZI présentées le 17 mai 2010 dans l'affaire C-550/09, E. et F.

Rétroactivité in mitius

CJCE, 29 fév. 1996, Procédures pénales c/ Sofia Skanavi et Konstantin Chryssanthakopoulos, aff. C-193/94

CJCE, 17 juillet 1997, National Farmers' Union, aff. C-354/95

CJCE, 23 nov. 1998, Awoyemi, aff. C-230/97

CJCE, 1^{er} juill. 2004, Gerken, aff. C-295/02

CJCE, 3 mai 2005, Berlusconi, aff. C-387/02

CJCE, 8 mars 2007, Campina, aff. C-45/06

CJCE, 11 mars 2008, Jager, aff. C-420/06

CJUE, 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg SA c/ Commission, aff. C-216/09 P

CJUE, 29 mars 2011, ThyssenKrupp, aff. C-352/09 P

CJUE, 11 déc. 2012, Commission c/ Espagne, aff. C-610/10

CJUE, 6 oct. 2015, Delvigne, aff. C-650/13

CJUE, 6 oct. 2016, Paoletti, aff. C-218/15

TPICE, 9 déc. 2014, Riva Fire c/ Commission, aff. T-83/10

TPICE, 9 déc. 2014, Lucchini SpA c/ Commission, aff. T-91/10

Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 10 juin 2004 dans l'affaire C-457/02, Niselli

Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 14 oct. 2004 dans les affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, Berlusconi e. a

Conclusions av. gén. BOT présentées le 26 mai 2016, dans l'affaire C-218/15, Paoletti

CEDH, 27 sept. 1995, G. c/ France, req. n°15312/89

CEDH, 17 sept. 2009, Scoppola c/ Italie, req. n°10249/03

Cass. Crim., 7 sept. 2010, pourvoi n°09-86137

Cass. Crim., 11 déc. 2012, pourvoi n°11-86415

Cass. Crim., 3 nov. 2015, pourvoi n°14-84459

Décision 1999/210/CE de la Commission du 14 octobre 1998 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (aff. IV/F-3/33.708 - British Sugar plc ; aff. IV/F-3/33.709 - Tate & Lyle plc ; aff. IV/F-3/33.710 - Napier Brown & Company Ltd, aff. IV/F-3/33.711 - James Budgett Sugars Ltd),

Application immédiate des règles de procédure

CJCE, 12 nov. 1981, Salumi e. a., aff. C-212/80 à C-217/80

CJCE, 17 oct. 1989, Dow Chemical Ibérica e.a. c/ Commission, aff. C-97/87 à C-99/87

CJCE, 6 juillet 1993, CT control c/ Commission, aff. C-121/91 et C-122/91

CJCE, 7 sept. 1999, De Haan, aff. C-61/98

CJCE, 23 fév. 2006, Molenbergnatie, aff. C-201/04

CJCE, 8 juin 2007, Dell'Orto, C-467/05

CJCE, 12 aout 2008, Santesteban Goicoechea, aff. C-296/08 PPU

CJUE, 8 juill. 2010, Commission c/ Italie, aff. C-334/08

CJUE, 26 oct. 2010, ThyssenKrupp Nirosta c/ Commission, aff. C-352/09 P

CJUE, 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg c/ Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., aff. C-201/09 P et C-216/09 P

CJUE, 14 fév. 2012, Toshiba e. a., aff. C-17/10

CJUE, 11 déc. 2012, Commission c/ Espagne, aff. C-610/10

CJUE, 26 fév. 2013, Melloni, Aff. C-399/11

TPICE, 31 mars 2009, ArcelorMittal Luxembourg e.a. c/ Commission, aff. T-405/06

TPICE, 1^{er} juill. 2009, ThyssenKrupp Stainless AG c/ Commission, aff. T-24/07

TUE, 7 sept. 2010, Norilsk Nickel Harjavalta et Umicore c/ Commission, aff. T-532/08

TUE, 7 sept. 2010, Etimine et Etiproducts c/ Commission, aff. T-539/08

TUE, 9 déc. 2014, Ferriera Valsabbia c/ Commission,

aff. T-92/10

Rétroactivité des règles de fond prévisibles

CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri, aff. C-189/02 P

CJCE, 8 fév. 2007, Groupe Danone c/ Commission, aff. C-3/06 P

CJCE, 21 mai 2015, AC-Treuhand c/ Commission, aff. C-194/14 P

TUE, 2 fév. 2012, Denki Kagaku Kogyo et Denka Chemicals c/ Commission, aff. T-83/08

CEDH, 10 oct. 2006, Pessino c/ France, req. n°40403/02

CEDH, 21 oct. 2013, Rio del Prada c/ Espagne, req. n°42750/09

LEGALITE DES ACTES JURIDIQUES

CJCE, 23 fév. 1988, Royaume-Uni c/ Conseil, aff. C-131/86

CJCE, 11 juin 1991, Commission c/ Conseil, aff. C-300/89

CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Conseil, aff. C-338/01

CJCE, 10 janv. 2006, Commission c/ Parlement et Conseil, aff. C-178/03

MAE – EXTRADITION

CJCE, 1^{er} juill. 2004, Tsapalos et Diamantakis, aff. C-361/02 et C-362/02

CJCE, 3 mai 2007, Advocatent voor de Wereld, aff. C-303/05

CJCE, 1^{er} déc. 2008, Leymann et Pustovarov, aff. C-388/08 PPU

CJCE, 6 oct. 2009, Wolzenburg, aff. C-123/08

CJUE, 21 oct. 2010, I.B., aff. C-306/09

CJUE, 16 nov. 2010, Mantello, aff. C-261/09

CJUE, 28 juin 2012, West, aff. C-192/12 PPU

CJUE, 5 sept. 2012, Lopes Da Silva Jorge, aff. C-42/11

CJUE, 29 janv. 2013, Radu, aff. C-396/11

CJUE, 16 juillet 2015, F. Lanigan, aff. C-237/15 PPU

CJUE, 5 avril 2016, Aranyosi et Caldaru, aff. jte C-404/15 net C-659/15 PPU

Conclusions av. gén. BOT présentées le 2 oct. 2012 dans l'affaire C-399/10, Procédure pénale c/ Melloni

CEDH, 21 novembre 2000, RAF c. Espagne, req. n°53652/00

CEDH, 8 janvier 2004, Sardinias Albo c. Italie, req. n°56271/00

CEDH, 4 février 2005, Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie, req. n°46827/99 et 46951/99

CEDH, 23 novembre 2006, Zaratini c. Italie, req. n°33104/06

CEDH, 7 octobre 2008, Monedero Angora c. Espagne

CEDH 27 juin 2006, Szabo c/ Suède, req. n°28578/03

Cass. crim., 28 év. 2012, pourvoi n°12-80744

MANQUEMENT D'ETAT

CJCE, 5 mai 1970, Commission/Belgique, aff. C-77/69

CJCE, 24 nov. 1982, Commission c/ Irlande, aff. C-249/81

CJCE, 25 févr. 1988, Comm. c/ Grèce, aff. jtes C-194/85 et 241/85

CJCE, 14 oct. 1992, Comm. c/ Grèce, aff. C-65/91

CJCE, 25 mai 1993, Comm. c/ Italie, aff. C-228/91

CJCE, 10 sept. 1996, Comm. c/ Allemagne, aff. C-61/94

CJCE, 21 mars 1997, Commission c/ Belgique, aff. C-95/97

CJCE, 04 juillet 2000, Commission c/ Rép. Hellénique, aff. C-387/97

CJCE, 19 mars 2002, Comm. c/ Irlande, aff. C-13/00
 CJCE, 9 sept. 2003, Comm c/ Italie, aff. C-129/00
 CJCE, 30 sept. 2003, Köbler, aff. C-224/01
 CJCE, 9 déc. 2003, Commission c/ Italie, aff. C-129/00
 CJCE, 13 juill. 2004, Commission c/ Italie, aff. C-82/03
 CJCE, 7 oct. 2004, Comm. c/ France, aff. C-239/03
 CJCE, 26 avril 2005, Commission c/ Irlande, aff. C-494/01
 CJCE, 12 juill. 2005, Commission c/ France, aff. C-304/02
 CJCE, 14 mars 2006, Comm. c/ France, aff. C-177/04
 CJCE, 5 oct. 2006, Commission c/ Belgique, aff. C-275/04
 CJCE, 10 janv. 2008, Comm. c/ Portugal, aff. C-70/06
 CJCE, 9 déc. 2008, Commission c/ France, aff. C-121/07
 CJCE, 4 juin 2009, Commission c/ Grèce, aff. C-568/07
 CJCE, 7 juillet 2009, Commission c/ Grèce, aff. C-369/07
 CJCE, 10 sept. 2009, Commission c/ Portugal, aff. C-457/07

CJCE, 10 sept. 2009, Commission c/ Portugal, aff. C-457/09
 CJCE, 29 oct. 2009, Commission c/ Italie, aff. C-249/08
 CJCE 12 nov. 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-154/08
 CJUE, 15 déc. 2009, Commission c/ Italie, aff. C-387/05
 CJUE, 8 juill. 2010, Commission c/ Italie, aff. C-334/08
 CJUE, 27 janv. 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-490/09
 CJUE, 31 mars 2011, Commission c/ Rép. Héliénique, aff. C-407/09
 CJUE, 11 déc. 2012, Commission c/ Espagne, aff. C-610/10
 CJUE, 19 déc. 2012, Commission c/ Irlande, aff. C-279/11
 CJUE, 19 déc. 2012, Commission c/ Irlande, aff. C-347/11
 CJUE, 30 mai 2013, Commission c/ Suède, aff. C-270/11
 CJUE, 17 oct. 2013, Commission c/ Belgique, aff. C-533/11

Conclusions av. gé. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 28 septembre 1999 dans l'affaire C-387/97, Commission c/ Rép. Héliénique

Conclusions av. gé. GEELHOED présentées le 28 septembre 1999 dans l'affaire C-387/97, Commission c/ Grèce

Conclusions av. gé. GEELHOED présentées le 21 octobre 2004 dans l'affaire C-212/03, Commission c/ France

Conclusions av. gé. GEELHOED présentées le 18 nov. 2004 dans l'affaire C-304/02, Commission c/ France

Conclusions av. gé. STICX-HACKL présentées le 12 mai 2005 dans l'affaire C-416/02, Commission c/ Espagne

Conclusions av. gé. KOKOTT présentées le 28 janv. 2010 dans l'affaire C-526/08, Commission c/ Luxembourg

MESURE RESTRICTIVES

CJCE, 11 oct. 2007, Möllendorf et Möllendorf-Niehuus, aff. C-117/06
 CJCE, 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil, aff. C-402/05 P et C-415/05 P
 CJUE, 29 avril 2010, M e.a., aff. C-340/08
 CJUE, 13 mars 2012, Pye Phyto Tay Za c/ Conseil, aff. C-376/10 P
 CJUE, 19 juill. 2012, Parlement c/ Conseil, aff. C-130/10
 CJUE, 5 nov. 2012, Al-Asqa c/ Conseil, aff. C-539/10 P et C-550/10 P

TPICE, 21 sept. 2005, Yusuf et Al Barakaat International Foundation, aff. T-306/01

TPICE, 21 sept. 2005, Kadi c/ Conseil et Commission, aff. T-315/01

TPICE, 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03

TPICE, 12 juill. 2007, Ayadi c/ Conseil, aff. T-253/06

CJUE, 15 nov. 2012, Conseil c/ Bamba, aff. C-417/11 P

CJUE, 15 nov. 2012, Al-Aqsa, aff. C-539/10 P

CJUE, 28 mai 2013, Abdulrahim c/ Conseil et Commission, aff. C-239/12 P

CJUE, 6 juin 2013, Ayadi c/ Commission, aff. C-183/12

CJUE, 18 juill. 2013, Commission et R.-U c/ Kadi, aff. jtes. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P

TPICE, 23 oct. 2008, OMPI c/ Conseil, aff. T-256/07

TPICE, 2 sept. 2009, El Morabit c/ Conseil, aff. T-37/07

TPICE, 30 sept. 2009, Sison c/ Conseil, aff. T-341/07

TUE, 9 sept. 2010, Al-Aqsa c/ Conseil, aff. T-348/07

TUE, 30 sept. 2010, Kadi c/ Commission, aff. T-85/09

TUE, 7 déc. 2010, El Morabit c/ Conseil, aff. T-49/07
TUE, 7 déc. 2010, Fahas c/ Conseil, aff. T-49/07
TUE, 23 nov. 2011, Sison c/ Conseil, aff. T-341/07
TUE, 21 mars 2014, Ysef c/ Commission, aff. T-306/10

TUE, 16 oct. 2014, LTTE c/ Conseil, aff. jtes T-208/11 et T-508/11
TUE, 17 déc. 2014, Hamas c/ Conseil, aff. T-400/10
TUE, 14 janv. 2015, Gossio c/ Conseil, aff. T-406/13
TUE, 19 mai 2015, Pye Phyoy Tayza c/ Conseil, aff. T-181/08

Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 31 janvier 2012 dans l'affaire C-130/10, Parlement c/ Conseil.
Conclusions de l'av. gén. MENGOZZI présentées le 14 janv. 2010, M. e.a. c/ Her Majesty's Treasury

METHODE DE LA SANCTION PAR ASSIMILATION

CJCE, 21 sept. 1989, Commission c/ République Héliénique, aff. C-68/88
CJCE, 10 juill. 1990, Anklagemyndigheden c/ Hansen & Soen I/S («Hansen»), aff. C-326/88
CJCE, 2 oct 1991, Procédure pénale c/ Vandevenne et autres, aff. C-7/90

CJCE, 8 juin 1994, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-382/92
CJCE, 26 oct 1995, Siesse c/ Director da Alfândega de Alcântara, aff. C-36/94
CJCE, 7 déc. 2000, de Andrade c/ Director da Alfândega de Leixões, aff. C213/99

NE BIS IN IDEM

CJCE, 5 mai 1966, Gutmann c/ Commission CEEA, aff. C-18/65 et C-35/65
CJCE, 13 fév. 1969, Wilhem c/ Bundkartellam, aff. C-14/68
CJCE, 14 déc. 1972, Boehringer, aff. C-7/72
CJCE, 18 nov. 1987, Maizena, aff. C-137/85
CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, aff. jointes C-238/99 P
CJCE, 1 fév. 2003, Gözütok et Brüggge, aff. C-187/01 et C-385/01
CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland A/S e.a c/ Commission, aff. jtes C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P et C-219/00 P
CJCE, 10 mars 2005, Miraglia, aff. C-469/03
CJCE, 8 sept. 2005, Commission c/ Espagne, aff. C-416/02
CJCE, 9 mars 2006, Van Esbroeck, aff. C-436/04
CJCE, 29 juin 2006, SGL Carbon AG c/ Commission, aff. C-308/04 P
CJCE, 29 juin 2006, Showa Denko c/ Commission, aff. C-289/04 P
CJCE, 28 sept. 2006, Gasparini, aff. C-467/04
CJCE, 28 sept. 2006, Van Straaten, aff. C-150/05

CJCE, 10 mai 2007, SGL Carbon AG c/ Commission, aff. C-328/05 P
CJCE, 18 juill. 2007, Kretzinger, aff. C-288/05
CJCE, 18 juill. 2007, Kraaijenbrink, aff. C-367/05
CJCE, 8 avril 2008, Commission c/ Italie, aff. C-337/05
CJCE, 2 oct. 2008, Commission c/ Italie, aff. C-157/06
CJCE, 11 déc. 2008, Bourquain, aff. C-297/07
CJCE, 18 déc. 2008, FNCBV et FNSEA c/ Commission, aff. C-101/07 P et 110/07 P
CJCE, 22 déc. 2008, Turansky, aff. C-491/07
CJUE, 29 juin 2010, Commission c/ Luxembourg, aff. C-526/08
CJUE, 16 nov. 2010, Mantello, aff. C-261/09
CJUE, 14 fév. 2012, Toshiba Corporation e.a., aff. C-17/10
CJUE, 26 fév. 2013, Aklagaren, aff. C-617/10
CJUE, 5 juin 2014, M, aff. C-398/12
CJUE, 9 juill. 2015, InnoLux c/ Commission, aff. C-231/14 P
CJUE, 29 juin 2016, Kossowski, aff. C-486/14
CJUE, Spazic, aff. C-129/04 PPU

TPICE, 6 avril 1995, Tréfileurope c/ Commission, aff. T-141/89
TPICE, 6 avril 1995, Sotralentz c/ Commission, aff. T-149/89
TPICE, 18 oct. 2001, X. c/ BEI, aff. T-333/99

TPICE, 9 juillet 2003, Kuova Hakko et autres, aff. T-223/00
TPICE, 13 déc. 2006, FNCBV et FNSEA c/ Commission, aff. T-27/03 et T-245/03
TPICE, 1^{er} juill. 2009, ThyssenKrupp c/ Commission, aff. T-24/07

TUE, 13 juill. 2011, ThyssenKrupp c/ Commission,
aff. jointes T-144, 147 à 150, 154/07
TUE, 14 juill. 2011, Arkema France SA c/
Commission, aff. T-189/06

TUE, 27 sept. 2012, Italie c/ Commission, aff.
T-257/10

TFUE, 8 nov. 2007, Andreasen c/ Commission, aff. F-40/05

Conclusions av. gén. COLOMER présentées le 11 février 2003 dans l'affaire C-213/00 P, Italcementi/Commission
Conclusions av. gén. COLOMER présentées le 20 oct. 2005 dans l'affaire C-436/04, Van Esbroeck
Conclusions av. gén. SHARPSTON présentées le 15 juin 2006 dans l'aff. C-467/04, Gasparini e.a.
Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 28 janv. 2010 dans l'affaire C-526/08, Commission c/ Luxembourg
Conclusions av. gén. BOT présentées le 17 mars 2011 dans l'affaire C-150/10, BIRB c/ Beneo-Orafti SA
Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 8 sept. 2011 dans l'affaire C-17/10, Toshiba Corporation
Conclusions de l'av. gén. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 12 sept. 2017, dans l'aff. C-596/16, Di
Puma
Conclusions de l'av. gén. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 12 sept. 2017, dans l'aff. C-534 :15,
Menci

CEDH, 20 juill. 2004, Nikitine c/ Russie, req.
n°50178/99
CEDH, 10 fév. 2009, Zolotoukhine c/ Russie, req.
n°14939/03

CEDH, 29 mai 2001, Fischer c/ Autriche, req.
n°37950/97
CEDH, 15 nov. 2016, A et B c/ Norvège, req.
n°24120/11.

NOTION D'ACCUSATION

CEDH, 28 juin 1978, König c/RFA, req. n°6232/73
CEDH, 27 février 1980, Deweer c/ Belgique, n°
6903/75
CEDH, 15 juill. 1982, Eckle c/ Allemagne, req.
n°8130/78, § 73
CEDH, 21 fév. 1984, Öztürk, req. n°8544/79, §55

CEDH, 19 déc. 1989, Kamasinski, c/ Autriche,
req n°9783/82
CEDH, 20 oct. 1997, Serves, c/ France, req.
n°20225/92
CEDH, 28 oct. 1999, Escoubet c/ Belgique, req.
n°26780/95

NOTION D'ENTREPRISE

CJCE 23 avril 1991, Hofner et Elser, aff. C-41/90
CJCE, 2 oct. 1991, Procédure pénale c/ Paul
Vandevenne e.a., aff. C-7/90
CJCE, 17 fév. 1993, Poucet et Pistre c/ AGF et
Cancava, aff. jointes C-159/91 et C-160/91
CJCE, 12 sept. 2000, Pavlov E.A., aff. jointes C-
180/98 à C-184/98
CJCE, 29 nov. 2001, Conte, aff. C-221/99

CJCE, 19 févr. 2002, Wouters E.A., aff. C-309/99 et
Arduino, aff. C-35/99
CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri e.a. c/
Commission, aff. jointes C-189/02 P,e.a.
CJCE, 11 juill. 2006, FENIN, aff. C-205/03 P
CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, aff. C-
437/09
CJUE, 29 sept. 2011, Elf Aquitaine c/ Commission
aff. C-521/09 P

TPICE, 26 janv. 2005, Laurent Piau c/ Commission, aff. T-193/02
TUE, 26 oct. 2010, Cons. nat. pharmaciens, aff. T-23/09

Décision. 2005/8 de la Commission, 24 juin 2004, Ordre des architectes belge
Décision. 2003/600 de la Commission, 2 avr. 2003, Viandes bovines françaises

NOTION DE CONDAMNATION

CEDH, 2 mars 1987 Weeks c/ R.-U., req. n°9787/82
CEDH, 9 fév. 1995, Welch c/ R.-U., req. n°17440/90
CEDH, 9 juin 1995, Jamil c/ France, req. n°15917/89
CEDH, 23 sept. 1998, Malige c/ France, req. n°27812/95
CEDH, 28 mai 2002, Stafford c/ R.-U., req. n°46295/99
CEDH, 10 déc. 2002, Waite c/ R.-U., req. n°53236/99

CEDH, 12 fév. 2008, Kafkaris c/ Chypre, req. n°21906/04
CEDH, 17 sept. 2009, Scoppola c/ Italie, req. n°10249/03
CEDH, 17 déc. 2009, Gardel c/ France, req. n°16428/05
CEDH, 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne, req. n°19359/04
CEDH, 21 oct. 2013, Del Rio Prada c/ Espagne, req. n°42750/09

NOTION DE JURIDICTION

CJCE, 30 juin 1966, Vaassens-Göbbels, aff. C-61/65
CJCE, 27 nov. 1973, Nederlandse Spoorwegen c/ Minister Verkeer en Waterstaat, aff. C-36/73
CJCE, 23 mars 1982, Nordsee, aff. C-102/81
CJCE, 30 mars 1993, Corbiau, aff. C-24/92
CJCE, 27 avr. 1994, Almelo, aff. C-393/92
CJCE, 17 sept. 1997, Dorsch Consult, aff. C-54/96
CJCE, 16 oct. 1997, Garofalo E.A., aff. jointes C-69/96 à C-79/96
CJCE, 12 nov. 1998, Victoria Film, C-134/97
CJCE, 10 juillet 2001, HSB-Wohnbau, C-86/00
CJCE, 29 nov. 2001, De Coster, aff. C-17/00
CJCE, 11 juill. 2003, Cafom et Samsung Electronics, aff. C-161/03
CJCE, 27 janv. 2005, Denuit et Cordenie, aff. C-125/04
CJCE, 31 mai 2005, Syfait e.a., aff. C-53/03
CJCE, 19 sept. 2006, Wilson, aff. C-506/04
CJCE, 14 juin 2007, Häupl, C-246/05

CJCE, 16 déc. 2008, Cartesio, aff. C-210/06
CJUE, 12 janv. 2010, Amiraïke Berlin, C-497/08
CJUE, 24 mars 2011, Bengtsson, C-344/09
CJUE, 14 juin 2011, Miles, C-196/09
CJUE, 8 déc. 2011, Chalkor c/ Commission, aff. C-386/10
CJUE, 16 oct. 2012, Commission c/ Autriche, aff. C-614/10
CJUE, 31 janv. 2013, Belov, C-394/11
CJUE, 18 juill. 2013, Schindler c/ Commission, aff. C-501/1
CJUE, 13 fév. 2014, Merck Canada (or.), C-555/13
CJUE, 17 juill. 2014, Torresi, aff. C-58/13 et C-59/13
CJUE, 17 juill. 2014, Emmeci SRL c/ Cotral SpA, aff. C-427/13
CJUE, 9 oct. 2014, TDC A/C c/ Erhvervsstyrelsen, aff. C-222/13

TPICE, 27 mars 2014, Saint-Gobain S.A., aff. T-56/09

Conclusions av. gén. SAGGIO présentées le 1^{er} octobre 1998 dans l'affaire C-258/97, HI

Conclusions av. gé. JÄÄSKINEN présentées le 14 avril 2011 dans l'affaire C-271/09, KME Germany c/ Commission,

Conclusions av. gé. KOKOTT présentées le 18 avril 2013 dans l'affaire C-501/11 P, Schindler Holding c/ Commission

Conclusions av. gén. JÄÄSKINEN présentées le 4 septembre 2014 dans les affaires jointes C-400/13 et C-408/13, Sanders c/Verhaegen

Conclusions av. gén. Mengozzi présentées le 25 nov. 2015 dans l'affaire C-396/14, MT Højgaard A/S, Züblin A/S c/ Banedanmark

NOTION DE MATIERE PENALE

CJUE, 23 déc. 2009, Spector Photo Group et Van Raemdonck, aff. C-45/08

CJUE, 18 juill. 2013, Schindler Holding c/ Commission, aff. C-501/11

CJUE, 5 juin 2012, Bonda, aff. C-489/10

TPICE, 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03

TPICE, 8 juill. 2008, AC Theuhand AG c/ Commission, aff. T-99/04

Conclusions av. gén. JACOBS présentées le 3 juin 1992 dans l'affaire Allemagne c/ Commission, aff. C-240/90

Conclusions av. gé. RUIZ JARABO-COLOMER dans l'affaire Commission c/ République Hellénique, aff. C-387/97

Conclusions av. gé. MAZAK présentées le 28 juin 2007 dans l'affaire C-440/05, Commission c/ Conseil

Conclusions av. gé. BOT présentées le 2 avril 2009 dans l'affaire C-322/07 P, Papierfabrik August Hoehler et autres c/ Commission

Conclusions av. gé. BOT présentées le 26 oct. 2010 dans l'affaire C-352/09 P, ThyssenKrupp c/ Commission

Conclusions av. gé. SHARPSTON présentées le 10 fév. 2011 dans l'affaire C-272/09 P, KME Germany c/ Commission

Conclusions av. gé. CRUZ-VILLALON présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire C-617/10, Aklagaren c/ Hans Akergerg Fransson

Conclusions av. gé. BOT présentées le 21 juin 2012 dans l'affaire C-89/11 P, EON Energie AG c/ Commission

Conclusions av. gé. MENGOZZI présentées le 31 janv. 2013 dans l'affaire C-418/11, Textdata Software

Conclusions av. gé. MENGOZZI présentées le 30 janv. 2014 dans l'affaire C-382/12 P, Mastercard c/ Commission

CEDH, 8 juin 1976, Engel et autres c/ Pays-Bas, req. n°5100 à 51002/71, 5354/72 et 5370/72

CEDH, 25 avril 1978, Tyrer c/ R.-U., req. n°5846/72

CEDH, 27 fév. 1980, Deweer c/ Belgique, req. n°6903/75

CEDH, 26 mars 1982, Adolf c/ Autriche, req. n°8269/78

CEDH, 25 mars 1983, Minelli c/ Suisse, req. n°8660/79

CEDH, 21 fév. 1984, Öztürk c/ Allemagne, req. n°8544/79

CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ R.-U., req. n°7819/77 et 7878/77

CEDH, 25 août 1987, Lutz c/Allemagne, req. n°9912/82

CEDH, 29 août 1987, A.T., M.P. et T.P. c/ Suisse, req. n°19958/92

CEDH, 7 oct. 1988, Salabiaku c/ France, req. n°10519/83

CEDH, 7 juil. 1989, Soering c/ R.-U., req. n°14038/88

CEDH, 22 mai 1990, Weber c/ Suisse, req. n°11034/84

CEDH, 27 août 1991, Demicoli c/ Malte, req. n°13057/87

CEDH, 22 fév. 1994, Raimondo c/ Italie, req. n°12954/87

CEDH, 24 fév. 1994, Bendenoun c/ France, req. n°12547/86

CEDH, 23 mars 1994, Ravnsborg c/ Suède, req. n°14220/88

CEDH, 9 fév. 1995, Welch c/ R.-U., req. n°17440/90

CEDH, 8 juin 1995, Jamil c/ France, req. n°15917/89

CEDH, 23 oct. 1995, Schmutz c/ Autriche, req. n°15523/89

CEDH, 23 oct. 1995, Umlauf c/ Autriche, req. n°15527/89

CEDH, 23 oct. 1995, Gradinger c/ Autriche, req. n°15963/90

CEDH, 23 oct. 1995, Pramstaller c/ Autriche, req. n°16713/90

CEDH, 23 oct. 1995, Palaoro c/ Autriche, req. n°16718/90

CEDH, 21 fév. 1996, Singh c/ R.U., req. n°3389/94

CEDH, 21 fév. 1996, Hussain c/ R.U., req. n°21928/93

CEDH, 22 fév. 1996, Putz c/ Autriche, req. n°18892/91

CEDH, 10 juin 1996, Benham c/ R.-U., req. n°19380/92

CEDH, 29 août 1997, A.P., M.P. et T.P. c/ Suisse, req. n°19958/92

CEDH, 24 sept. 1997, Garyfallou AEBE c/ Grèce, req. n°18996/91

CEDH, 21 oct. 1997, Pierre-Bloch c/ France, req. n°24194/94

CEDH, 2 sept. 1998, Lauko c/ Slovaquie, req. n°26138/95

CEDH, 2 sept. 1998, Kadubec c/ Slovaquie, req. n°27061/95

CEDH, 23 sept. 1998, Malige c/ France, req. n°27812/95

CEDH, 28 oct. 1999, Escoubet, c/ Belgique, req. n°26780/95

CEDH, 7 déc. 1999, Pewinski c/ France, req. n°34604/97

CEDH, 26 sept. 2000, Guisset c/ France, req. n°33933/96

CEDH, 5 oct. 2000, Maaouia c/ France, req. n°39652/98

CEDH, 26 oct. 2000, Kudla c/ Pologne, req. n°30210/96

CEDH, 11 janv. 2001, Inocencio c/ Portugal, req. n°43862/98

CEDH, 18 oct. 2001, Indelicato c/ Italie, req. n°31143/96

- CEDH, 23 juill. 2002, Janosevic c/Suède, req. n°34619/97
- CEDH, 29 avril 2003, Poltoratski c/ Ukraine, req. n°38812/97
- CEDH, 3 juin 2003, Morel c/ France, req. n°54559/00
- CEDH, 9 oct. 2003, Ezeh et Connors c/ R.-U, req. n°39665/98 et 40086/98
- CEDH, 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97
- CEDH, 27 janv. 2004, Kaprianou c/ Chypre, Req. n°73797/01
- CEDH, 1er fév. 2005, Zilibierberg c/ Moldova, n°61821/00
- CEDH, 9 mars 2006, Menecheva c/ Russie, req. n°59261/00
- CEDH, 30 mai 2006, Matyjek c/ Pologne, req. n°8184/03
- CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01
- CEDH, 7 déc. 2006, Van der Velden c/ P.-B., req. n°29514/05
- CEDH, 4 oct. 2007, Anghel c/ Roumanie, req. n°28183/03
- CEDH, 12 fév. 2008, Kafkaris c/ Chypre, req. n°21906/04
- CEDH, 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02
- CEDH, 25 nov. 2008, Oral c/ Turquie, req. n°18384/04
- CEDH, 20 janvier 2009, Sud Fondi SRL et autres c/ Italie, req. n°75909/01
- CEDH, 10 fév. 2009, Zolotoukhine c/ Russie, req. n°14939/03
- CEDH, 11 juin 2009, Dubus S.A. c/ France, req. n°5242/04
- CEDH, 7 sept. 2009, Scoppola c/ Italie, req. n°10249/03
- CEDH, 17 déc. 2009, B.B c/ France, req. n°5335/06
- CEDH, 17 déc. 2009, Gardel c/ France, req. n°16428/05
- CEDH, 17 déc. 2009, M. c/ Allemagne, req. n°19359/04
- CEDH, 16 fév. 2010, Albert c/ Roumanie, req. n°31911/03
- CEDH, 6 janvier 2011, Paksas c/ Lituanie, req. n°34932/04
- CEDH, 31 mai 2011, Kurdov et Ivanov c/ Bulgarie, req. n°16137/04
- CEDH, 27 sept. 2011, A. Menarini Diagnostics S.R.L. c/ Italie, req. n°43509/08
- CEDH, 3 avril 2012, Nicoleta Gheorghe c/ Roumanie, req. n°23470/05
- CEDH, 29 oct. 2013, Varvara c/ Italie, req. n°17475/09
- CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, req. n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10
- CEDH, 21 oct. 2013, Del Rio Prada c/ Espagne, req. n°42750/09
- Opinion concordante du juge MATSCHER, CEDH 26 mars 1982, Adolf c/ Autriche, req. n°8269/78.
- Opinion séparée du juge FITZMAURICE, CEDH, 21 fév. 1975, Golder c/ R.-U., req. n°4451/70
- Opinion dissidente du juge Sir EVANS, CEDH, 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique, req. n°6878/75 et 7238/75.
- Opinion dissidente commune aux juges COSTA, CABRAL BARRETO et MULARONI, à laquelle le juge CAFLISCH déclare se rallier, CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01.
- Opinion dissidente du juge CREMONA, CEDH, 24 oct. 1979, Winterwerp. c/ P.-B., req. n°6301/73
- Opinion dissidente de M. le juge DE MEYER dans l'affaire Pierre-Bloch c/ France du 21 oct. 1997, req. n°24194/94
- Opinion concordante du juge COSTA, à laquelle les juges HEDIGAN et PANTIRU déclarent se rallier, CEDH, 5 oct. 2000, Maaouia c/ France, req. n°39652/98
- Opinion dissidente commune aux juges TÜRMEEN et JOČIENĚ, CEDH, 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02
- Opinion dissidente du juge PINTO d'ALBUQUERQUE dans l'affaire A. Menarini diagnostics S.R.L. c/ Italie
- Comm. EDH, X c/ Suisse, req. n°87778/89
- Comm. EDH, 4 mars 1978, Eggs c/Suisse, req. n°7341/76
- Comm. EDH, 15 avril 1991, M. c/ Italie, req. n°012386/86
- Comm. EDH, 30 mai 1991, Stenuit c/ France, req. n°11598/85
- Comm. EDH, 13 oct. 1993, Boyadjian c/ France, req. n°21167/93
- Comm. EDH, 9 mars 1998, Guisset c/ France, req. n°33933/96

NOYAU DUR PENAL

CJUE, 16 nov. 2010, Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert GmbH & Co. KG c/ Commission, aff. C-73/10 P

CJUE, 8 déc. 2011, Chalkor c/ Commission, aff. C-386/10 P

CJUE, 18 juill. 2013, Schindler Holding c/ Commission, aff. C-501/11

Conclusions av. gé. SHARPSTON présentées le 10 fév. 2011 dans l'affaire C-272/09 P, KME Germany

Conclusions av. gé. MENGOZZI présentées le 17 fév. 2011 dans l'affaire C-521/09 P, Elf Aquitaine c/ Commission

Conclusions av. gé. KOKOTT présentées le 28 février 2013 dans l'affaire C-681/11, Schenker & co.

Conclusions av. gé. KOKOTT présentées le 18 avril 2013 dans l'affaire C-501/11 P, Schindler Holding c/ Commission

TUE, 24 mars 2014, Saint Gobain SA c/ Commission, aff. T-56/09 et T-73/09

CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01

CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens et autres c/ Italie, req. n°18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10

CEDH, 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02

OBLIGATIONS POSITIVES

CEDH, 23 juill. 1969, Affaire linguistique belge, req. n°1 474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64

CEDH, 9 déc. 1994, Lopez Ostra c/ Espagne, req. n°16798/90

CEDH, 1er juin 1973, Golder c/ R.-U., req. n°4451/70

CEDH, 26 juill. 2005, Siliadin c. France, req. n°73316/01

CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/Belgique, req. n°6833/74

CEDH, 11 oct. 2012, C. N. et V. c/ France, req. n°66724/09

CEDH, 9 oct. 1979, Airey c/ Irlande, req. n°6289/73

POUVOIR GENERAL DE SANCTION

CJCE, 2 fév. 1977, Amsterdam Bulb, aff. 50/76

Conclusions de l'av. gén. SAGGIO présentées le 16 juin 1999 dans l'aff. C-356/97, Molkereigenossenschaft Wiedergeltingen

CJCE, 27 oct. 1992, RFA c/ Commission, aff. C-240/90

PRÉSUMPTION D'INNOCENCE

CJCE, 14 fév. 1978, United Brands, aff. C-27/76

CJCE, 13 juill. 2006, Commission c/ Volkswagen AG, aff. C-74/04 P

CJCE, 5 mai 1982, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-96/81

CJCE, 25 janv. 2007, Sumitomo, aff. Jointes C-403/04P et C-405/04 P

CJCE, 8 juill. 1999, Hüls AG c/ Commission, aff. C-199/92 P

CJCE 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission, aff. C-402/05 et C-415/05

CJCE, 8 juill. 1999, Montecatini SpA c/ Commission, aff. C-235/92 P

CJCE, 29 avril 2004, Commission c/ Portugal, aff. C-117/02

CJCE, 16 juill. 2009, Rubach, aff. C-344/08

CJCE, 27 avril 2006, Commission c/ Italie, aff. C-441/02

CJCE, 23 sept. 2009, Spector photo Group, aff. C-45/08

CJCE, 6 oct. 2009, Commission c/ Finlande, aff. C-335/07
CJUE, 17 juin 2010, Commission c/ Portugal, aff. C-105/08
CJUE, 27 janv. 2011, Commission c/ Luxembourg, aff. C-490/09
CJUE, 16 fév. 2012, Costa et Cifone, aff. C72/10 et C-77/10
CJUE, 22 nov. 2012, E. ON Energie c/ Commission, aff. C-89/10 P

TPICE, 6 juill. 2000, Volkswagen/Commission, T-62/98
TPICE, 8 juill. 2004, JFE Engineering, aff. T-67/00, T-68/00, T-71/00 et T-78/00
TPICE, 25 oct. 2005, Groupe Danone c/ Commission, aff. T-38/02
TPICE, 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03
TPICE, 2 sept. 2009, El Morabit c/ Conseil, aff. jointes T 37/07 et T-323/07

CJUE, 3 oct. 2013, Commission c/ Italie, aff. C-369/11
CJUE, 24 juin 2015, Fresh Del Monte Produce c/ Commission, aff. C-293/13 P
CJUE, 16 sept. 2015, Commission c/ Slovaquie, C-361/13
CJUE, 29 oct. 2015, Commission c/ Belgique, aff. C-589/14

TUE, 7 déc. 2010, Fahas c/ Conseil, aff. T-49/07
TUE, 15 déc. 2010, E.ON Energie, aff. T-141/08
TUE, 16 déc. 2010, Systran SA et Systran Luxembourg SA c/ Commission, aff. T-19/07
TUE, 5 oct. 2011, Romana Tabacchi c/ Commission, T-11/06
TUE, 21 juill. 2016, Hasan c/ Conseil, T-490/14

Conclusions av. gén. JACOBS présentées le 12 juill. 2001 dans l'aff. C-130/09, Espagne c/ Commission
Conclusions av. gén. SZPUNAR, présentées le 11 juin 2014 dans l'aff. C-310/13, Novo Nordisk Pharma c/ S.
Conclusions av. gén. BOT présentées le 8 janv. 2015 dans les aff. C-605/13 P et C-630/13 P, Anbouba c/ Conseil

PRINCIPE DE PRIMAUTE

CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend en Loos, aff. C-26/62
CJCE, 15 juill. 1964, Costa c/ E.N.E.L., aff. C-6/64
CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. C-106/77

Cass. crim., 22 oct. 1970, n°69-90850
Cass. mixte, 24 fév. 1975, n°73-13556 (Jacques Vabre)

CJCE 12 sept. 2000, Geffroy, aff. C-366/98
CJUE, 28 fév. 2013, Melloni, aff. C-399/11

Cass. crim., 15 mars 2011, n°10-81510
Cass. crim., 7 juill. 2017, n°15-25651

PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE

CJCE, 11 juillet 1989, Schröder/Hauptzollamt Gronau, aff. C-265/87
CJCE, 13 novembre 1990, Fedesa e.a., aff. C-331/88
CJCE, 4 juin 1992, Debus, aff. C-13/91 et C-113/91
CJCE, 12 mars 2002, Omega Air e.a., aff. C-27/00 et C-122/00
CJCE, 3 juillet 2003, Lennox, aff. C-220/01

CJUE, 9 mars 2010, ERG e.a., aff. C-379/08 et C-380/08
CJUE, 9 février 2012, Urbán, aff. C-210/10
CJUE, 26 sept. 2013, Texdata Software GmbH, aff. C-418/11

PRINCIPE D'IMMÉDIATÉTÉ

CJCE, 15 juill. 1964, Costa c/ E.N.E.L., aff. C-6/64
CJCE, 22 juin 1965, San Michele, aff. C-9/65

CJCE, 14 déc. 1971, Politi, aff. C-43/71
CJCE, 7 fév. 1973, Commission c/ Italie, aff. C-39/72

CJCE, 10 oct. 1973, Fratelli Variola Spa, aff. C-34/73
CJCE, 2 fév. 1977, Amsterdam Bulb, aff. C-50/76
CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. C-106/77
CJCE, 27 sept. 1979, Eridania, aff. C-230/78
CJCE, 9 avril 1987, Commission c/ Italie, aff. C-363/85

CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, aff. C-106/89
CJCE, 30 mai 1991, Commission c/ Allemagne, aff. C-361/88 et C-59/89
CJCE, 19 sept. 1996, Commission c/ Grèce, aff. C-326/95

PRINCIPE DE SUBSIDIARITE

CJCE, 12 nov. 1996, R.-U. et Irlande c/ Conseil, aff. C-84/94
CJCE, 13 mai 1997, Allemagne c/ Parlement et Conseil, aff. C-233/94
CJCE, 9 oct. 2001, Pays-Bas c/ Parlement et Conseil, aff. C-377/98
CJCE, 14 avril 2005, Belgique c/ Commission aff. C-110/03

CJUE, 19 déc. 2012, Mitteldeutsche Flughafen, c/ Commission, aff. C-288/11P
CJUE, 18 juin 2015, Estonie/Parlement et Conseil, C-508/13
CJUE, 4 mai 2016, Pologne c/ Parlement et Conseil, aff. C-358/14

PROCES EQUITABLE - DELAI RAISONNABLE

CJCE, 6 mai 1991, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-96/89
CJCE, 17 déc. 1998, Baustahlgewebe c/ Commission, aff. C-185/95 P
CJCE, 21 janv. 1999, Commission c/ Belgique, aff. C-207/97
CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, aff. C-238/99 P
CJCE, 2 oct. 2003, Thyssen Stahl c/ Commission, aff. C-194/99 P
CJCE, 12 mai 2005, Commission c/ Belgique, aff. C-287/03
CJCE, 8 déc. 2005, Commission c/ Luxembourg, aff. C-33/04

CJCE, 21 sept. 2006, Technische Unie c/ Commission, aff. C-113/04 P
CJCE, 3 sept. 2008, « Kadi I », aff. jointes C-402/05P et C-415/05 P
CJCE, 16 juill. 2009, Der Grüne Punkt c/ Commission, aff. C-385/07 P
CJCE, 6 oct. 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-562/07
CJUE, 3 déc. 2009, Hassan c/ Conseil, aff. C-403/06 P
CJUE, 26 nov. 2013, Groupe Gascogne SA c/ Commission, aff. C-58/12 P

TPICE, 22 oct. 1997, SCK et FNK c/ Commission, aff. T-213/95 et T-18/96
TPICE, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e. a. c/ Commission, aff. T-305/94
TPICE, 11 avril 2006, Angeletti/Commission, aff. T-394/03

TUE, 16 juin 2011, Bavaria c/ Commission, aff. T-235/07
TUE, 16 juin 2011, Heineken c/ Commission, aff. T-240/07
TUE, 5 juin 2012, Imperial Chemical Industries c/ Commission, aff. T-214/06

Conclusions de l'av. gén. BOT présentées le 31 mars 2009 dans l'affaire C385/07 P, Der Gründ Punkt c/ Commission

CEDH, 27 novembre 1991, Kimmache, req. n°12325/86 et 14992/89
CEDH, 23 avril 1996, Phocas c/ France, req. n°17869/91

CEDH, 24 septembre 1997, Garyfallou AEBE c/ Grèce, req. n°18996/91
CEDH, 23 avril 1987, Erkner et Hofauer

- CJCE, 3 octobre 1974, Transocean Marine Paint/Commission, aff. C-17/74
- CJCE, 10 juill. 1986, Belgique/Commission, aff. C-234/84
- CJCE, 11 nov. 1987, France/Commission, aff. C-259/85
- CJCE, 11 juillet 1995, Commission c/ Espagne, aff. C-266/94
- CJCE, 4 fév. 2000, Emesa Sugar, aff. C-17/98
- CJCE, 10 juill. 2001, Ismeri Europa c/ Cour des comptes, aff. C-315/99 P
- CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/Commission, aff. C-238/99 P
- CJCE, 5 juin 2003, Commission c/ Italie, aff. C-145/01
- CJCE, 18 nov. 2004, Commission c/ Irlande, aff. C-20
- CJCE, 4 déc. 2004, Swedish Match, aff. C-210/03
- CJCE, 12 juill. 2005, Commission / France, aff. C-304/02
- CJCE, 29 juin 2006, SGL Carbon c/ Commission, aff. C-301/04 P et C-308/0 P
- CJCE, 23 avril 2007, Commission c/ Rép. Hellénique, aff. C331/07
- CJCE, 10 juillet 2008, Bertelsmann et Sony Corporation of America c/ Impala, aff. C-413/06 P
- CJCE, 10 fév. 2009, Deutsche Telekom, aff. C-234 et 235/96
- CJCE, 3 mars 2009, Commission c/ Autriche, C-205/06
- CJUE, 2 déc. 2009, Commission c/ Irlande, aff. C-89/08 P
- CJUE, 11 nov. 2010, Hogan Lovells International, aff. C-229/09
- CJUE, 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg c/ Commission Commission/ArcelorMittal Luxembourg e.a., aff. C-201/09 P et C-216/09 P
- CJUE, 29 mars 2011, ThyssenKrupp c/ Commission, aff. C-352/09
- CJUE, 28 juill. 2011, Synthos, aff. C-195/09
- CJUE, 6 sept. 2012, Döhler Neuenkirchen, aff. C-262/10
- CJUE, 22 nov. 2012, E.ON Energie c/ Commission, aff. C-89/11 P
- CJUE, 13 juin 2013, Versalis c/ Commission, aff. C-511/11 P
- CJUE, 18 juill. 2013, « Kadi II », aff. C-584/10P e. a.
- CJUE, 23 nov. 2013, Conseil c/ Fulmen et Mahmoudian, aff. C-280/12 P
- CJUE, 3 avril 2014 Weber, aff. C-438/12
- CJUE, 4 sept. 2014, Vnuk, aff. C-162/13
- CJUE, 23 nov. 2016, Bayer, aff. C-442/16
- TPICE, 28 mars 2001, Institut des mandataires agréés, aff. T-144/96
- TPICE, 3 avril 2003, Roya Philips Electronics c/ Commission, aff. T-119/02
- TUE, 11 juill. 2007, Sison c/ Conseil, aff. T-47/03
- TUE, 1^{er} juill. 2010, Italie c/ Commission, aff. T-53/08
- Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 27 sept. 2006, dans l'affaire C-229/05P, PKK et KNK c/ Conseil
- CEDH, 20 fév. 1996, Lobo Machado c/ Portugal, req. n°15764/89
- CEDH, 20 fév. 1996, Vermeulen c/ Belgique, req. n°19075/91
- CEDH, 15 nov. 1996, Chahal c. R.-U., req. n°22414/93
- CEDH, 27 mars 1998, J.J. c/ P.-B., req. n°21351/93
- CEDH, 27 mars 1998, K.D.B. c/ Pays-Bas, req. n°21981
- CEDH, 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane-Käid, req. n°23043/93 et 22921/93
- CEDH, 16 fév. 2000, Jasper c/ R.-U., req. n°27052/95
- CEDH, 7 juin 2001, Kress c/ France, req. n°39594/98
- CEDH 18 déc. 2003, Skondrianos c/ Grèce , req. n°63000/00
- CEDH, 13 oct. 2005, Clinique des Acacias et autres c/ France, req. n°65399/01
- CEDH, 16 févr. 2006, Prikyan et Angelova c/ Bulgarie, req. n°44624/98
- CEDH, 20 janv. 2009, Kokkelvisserij c/ P.-B., req. n°13645/05
- CEDH, 19 fév. 2009, A. c/ R.-U., req. n°3455/05

PROCES EQUITABLE - OBLIGATION DE MOTIVATION

- CJCE, 2 avril 1998, Commission c/ Sytraval et Brink's France, aff. C-367/95 P
- CJCE, 16 nov. 2000, Weig c/ Commission, aff. C-280/98 P
- CJCE, 16 nov. 2000, Sarrió c/ Commission, aff. C-291/98 P
- CJCE, 22 mars 2001, France c/ Commission, aff. C-17/99
- CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/ Commission, aff. C-238/99 P
- CJCE, 7 janvier 2004, Aalborg Portland e.a./Commission, aff. C-204/00 P, e.a.
- CJCE, 9 sept. 2008, FIAMM e.a. c/ Conseil et Commission, aff. C-120/06 P et C-121/06 P
- CJCE, 9 avril 2009, France Télécom/Commission, aff. C-202/07 P
- CJUE, 29 sept. 2011, Elf Aquitaine c/ Commission, aff. C-521/09 P
- CJUE, 15 nov. 2012, Al-Aqsa/Conseil et Pays-Bas/Al-Aqsa, aff. C-539/10 P
- CJUE, 18 juillet 2013, Commission e.a./Kadi, aff. C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P
- CJUE, 5 déc. 2013, Commission c/ Edison SA, aff. C-446/11 P
- CJUE, 10 juill. 2014, Telefonica SA c/ Commission, aff. C-295/12 P
- CJUE, 5 mars 2015, Ezz e. a., aff. C-220/14 P
- CJUE, 8 mars 2016, Grèce/Commission, aff. C-431/14 P
- CJUE, 14 sept. 2016, Ori Martin SA c/ Commission, aff. C-490/15 P
- CJUE, 28 mars 2017, Rosneft, aff. C-72/15
- CJUE, 15 juin 2017, Al-Faqih e. a. c/ Commission, aff. C-19/16 P
- CEDH, 19 avril. 1994, Van de Hurk c/ P.-B., req. n°16034
- CEDH, 27 sept. 2001, Hirvisaar c/ Finlande, req. n°49684/99
- CEDH, 28 avril 2005, Albina c/ Roumanie, req. n°57808/00
- CEDH, 28 juin 2007, Wagner c/ Luxembourg, req. n°76240/01
- CEDH, 13 janv. 2009, Taxquet c/ Belgique, req. n°926/05

PROCES EQUITABLE - TRIBUNAL IMPARTIAL ET INDEPENDANT

- CJCE, 29 oct. 1980, Heintz van Landewyck SARL e.a. c/ Commission (FEDETAB), aff. jointes C-209 à 215 et C-218/78
- CJCE, 7 juin 1983, Musique Diffusion française c/ Commission, aff. jointes, C-100/80 à C-103/80
- TPICE, 18 juill. 2005, Scandinavian Airlines System c/ Commission, aff. T-241/01
- TPICE, 17 sept. 2007, Microsoft c/ Commission, aff. T-201/04
- TPICE, 30 avril. 2009, Nintendo c/ Commission, aff. T-13/03
- CJCE, 15 fév. 2005, Commission c/ Tetra Laval, aff. C-12/03 P
- CJCE, 22 nov. 2007, Espagne c/ Lenzing, aff. C-525/04 P
- CJUE, 8 déc. 2011, Chalkor c/ Commission, aff. C-386/10 P
- TPICE, 9 sept. 2009, Clearstream c/ Commission, aff. T-301/04
- TUE, 19 mai 2010, Chaklor c/ Commission, aff. T-21/05
- Conclusion de l'av. gén. SHARPSTON du 10 fév. 2011 dans l'aff.C-272/09, KME Germany
- Conclusions de l'av. gén. BOT, présentées le 23 fév. 2016 dans l'aff. C-614/14, Procédure pénale c/ Atanas Ognyanov
- CEDH, 1er oct. 1982, Piersack c/ Belgique, req. n°8692/79
- CEDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c/ R.-U, req. n°7819/77
- CEDH, 22 oct. 1984, Sramek c/ Autriche, req. n°8790/79
- CEDH, 23 oct. 1985, Benthem c/ P.-B., req. n°8848/80

- CEDH, 30 nov. 1987, H c/ Belgique, req. n°8950/80
- CEDH, 29 avril 1988, Belilos c/ Suisse, req. n°10328/83
- CEDH, 22 juin 1989, Langborger c/ Suède, req. n°11179/84
- CEDH, 27 août 1991, Demicoli c/ Malte, req. n°13057/87
- CEDH, 19 avril 1994, Van Hurk c/ P.-B., req. n°16034/90
- CEDH, 24 nov. 1994, Beaumartin c/ France, req. n°15287/89
- CEDH, 9 déc. 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce, req. n°13427/87
- CEDH, 23 oct. 1995, Schmutzger, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro et Pfarrmeier c/ Autriche, req. n°15523/89, 15527/89, 15963/90, 16713/90, 16718/90, 16841/90
- CEDH, 22 nov. 1995, Bryan c/ Royaume-Uni, req. n°19178/91
- CEDH, 10 juin 1996, Pullar c/ R.-U., req. n°54723/00
- CEDH, 25 févr. 1997, Findlay c/ Royaume-Uni, req. n°22107/93
- CEDH, 22 juin 2000, Coëme et autres c/ Belgique, req. n°32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96
- CEDH, 26 fév. 2002, Morris, req. n°38784/97
- CEDH, 5 sept. 2002, Strivay, Simon et Simon c/ Belgique (déc.), req. n°44559/98, 45038/98 et 45083/98
- CEDH, 28 nov. 2002, Lavents c/ Lettonie, n°58442/00
- CEDH, 4 mars 2003, Posokhov c/ Russie, req. n°63486/00
- CEDH, 6 mai 2003, Kleyn et autres c/ Pays-Bas, req. n°39343/98, 39651/98, 43147/98 et 46664/99
- CEDH, 3 mars 2005, Brudnicka et autres c/ Pologne, req. n°54723/00
- CEDH, 6 sept. 2005, Salov c/ Ukraine, req. n°66518/01
- CEDH, 20 juill. 2006, Sokourenko et Strygoun c/ Ukraine, req. n°29458/04 et 29465/04
- CEDH, 23 nov. 2006, Jussila c/ Finlande, req. n°73053/01
- CEDH, 12 juill. 2007, Jorgic c/ Allemagne, req. n°4613/01
- CEDH, 4 mars 2008, Hüseyin Turan c/ Turquie, req. n°11529/02
- CEDH, 28 avril 2009, Savino c/ Italie, req. n°17214/05
- CEDH, 11 juin 2009, Dubus c/ France, req. n°5242/04
- CEDH, 21 juill. 2009, Luka c/ Roumanie, req. n°34197/02
- CEDH, 22 déc. 2009, Parlov-Tkalčić c/ Croatie, req. n°24810/06
- CEDH, 31 mai 2011, Kontalexis c/ Grèce, req. n°59000/08
- CEDH, 6 oct. 2011, Agrokompleks c/ Ukraine, req. n°23465/03
- CEDH, 10 janv. 2012, Pohoska c/ Pologne, req. n°33530/06
- CEDH, 4 mars 2013, Grande Stevens c/ Italie, req. n°18640/10
- CEDH, 3 sept. 2013, M.C. et autres c/ Italie, req. n°5376/11

Opinion dissidente du juge PINTO d'ALBUQUERQUE dans l'affaire Menarini diagnostics c/ Italie
Opinion dissidente du juge BORREGO BORREGO sous CEDH Pabla

RAPPORT DROIT DE L'UNION ET DROIT DE LA CONV. EDH

- CJCE, 12 nov. 1969, Stauder, aff. C-29/69
- CJCE, 6 mars 2001, Connolly c/Commission, aff. C-274/99 P
- CJCE, 15 oct. 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij c/ Commission, aff. C-239/99 P e. a.
- CJCE, 22 oct. 2002, Roquette Frères, aff. C-94/00
- CJCE, 7 janv. 2004, Montres Rolex SA, aff. C-60/02
- CJCE, 14 déc. 2006, ASML, aff. C-283/05
- CJUE, 22 déc. 2010, DEB c/ Bundesrepublik Deutschland, aff. C-279/09
- CJUE, 24 avril 2012, Kamberaj, aff. C-571/10
- CJUE, 26 fév. 2013, Aklagaren c/ Hans Akerberg Fransson (« Aklagaren »), aff. C-617/10
- CJUE, 18 juill. 2013, Schindler Holding c/ Commission, aff. C-501/11
- CJUE, 24 oct. 2013, Kone e.a. c/ Commission, aff. C-510/11 P
- CJUE, 10 juill. 2014, Telefónica et Telefónica de España c/ Commission, aff. C-295/12 P
- CJUE, 18 déc. 2014, avis 2/13

TPICE 14 mai 1998, Mayr-Melnhof/Commission, aff. T-347/94
TPICE, 20 fév. 2001, Mannesmannröhren-Werke AG c/ Commission, aff. T-112/98

Conclusions av. gén. MENGOZZI du 30 janvier 2014 dans l'affaire C-382/12 P, Mastercard c/ Commission
Conclusions av. gén. CRUZ VILLALÓN, présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire C-617/10, Aklagaren

CEDH, 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique, req. n°6833/74
CEDH, 25 fév. 1993, Funke c/ France, req. n°10828/84
CEDH, 30 juin 2006, Bosphorus c/ Irlande, req. n°45036/98
CEDH, 2 mai 2007, Behrami et Behrami c/ France et Saramati c/ France, Allemagne et Norvège, req. n°71412/01 et 78166/01

CEDH, 28 fév. 2008, Saadi c/ Italie, req. n°37201/06
CEDH, 12 nov. 2008, Demir et Baykara c/ Turquie, req. n°34503/97
CEDH, 10 fév. 2009, Zolotoukhine c/ Russie, req. n°14939/03
CEDH, 17 sept. 2009, Scoppolla c/ Italie, req. n°10249/03

RAPPORT DROIT DE L'UNION ET DROIT INTERNATIONAL

CJCE, 5 fév. 1963, Van Gend en Loos, aff. C-26/62
CJCE, 15 juill. 1964, Costa c/ E.N.E.L., aff. C-6/64
CJCE, 7 mai 1969, Sécurité sociale du nord de la France c/ Torrekens, aff. C-28/68
CJCE, 12 déc. 1972, International Fruit Company c/ Produktschap voor Groenten en Fruit, aff. jointes C-21/72 à C-24/72
CJCE, 27 nov. 1973, Vandeweghe c/ Berufsgenossenschaft chemische Industrie, aff. C-130/73
CJCE, 19 mars 1975, Nederlandse Spoorwegen, aff. C-38/75
CJCE, 14 juill. 1976, Kramer, aff. jointes C-3-4 et C-6/76
CJCE, 15 janv. 1986, Hurd c/ Jones, aff. C-44/84
CJCE, 21 sept. 1989, Hoescht, aff. C-46/87 et C-227/88
CJCE, 20 sept. 1990, Sevince c/ Staatsecretaris van Justitie, aff. C-192/89
CJCE 18 juin 1991, Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE et Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou c/ Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et Nicolaos Avdellas et autres aff. C-260/89
CJCE, 14 déc. 1991, Espace économique européen, avis 1/91
CJCE, 24 nov. 1992, Anklagemindigheden c/ Poulsen et Diva Navigation ("Poulsen") aff. C-288/90
CJCE, 19 mars 1993, Avis n°2/91, Convention 170 de l'OIT
CJCE, 14 juill. 1994, Peralta, aff. C-379/92
CJCE, 10 mars 1998, Allemagne c/ Conseil, aff. C-122/95
CJCE, 16 juin 1998, Racke / Hauptzollamt Mainz, aff. C-162/96
CJCE, 12 nov. 1998, Hartmann, aff. C-162/98

CJCE, Avis 1/94 du 28 mars 1995, Accords annexés à l'accord OMC
CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, Adhésion à la CEDH
CJUE, avis 2/13 du 18 déc. 2014, Adhésion à la CEDH

TPICE, 9 juillet 2003, Kyowa hakko, aff. T-223/00
TPICE, 21 sept. 2005, Kadi c/ Conseil et Commission (Kadi I), aff. T-315/01

CJCE, 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98
CJCE, 14 décembre 2000, Dior e.a., aff. C-300/98 et C-392/98
CJCE, 27 fév. 2002, Herbert Weber et Universal Ogden Services Ltd, aff. C-37/00
CJCE, 12 mai 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSA, aff. C-347/03
CJCE, 18 mai 2006, Archer Daniels Midland, aff. C-397/03 P
CJCE, 29 juin 2006, Showa Denko KK c/ Commission, aff. C-289/04 P
CJCE, 29 juin 2006, SGL Carbon AG c/ Commission, aff. C-308/04 P
CJCE, 22 mars 2007, Commission et Conseil c/ Belgique, aff. C-437/04
CJCE, 10 mai 2007, SGL Carbon AG c/ Commission, aff. C-328/05 P
CJCE, 11 sept. 2007, Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos, aff. C-431/05
CJCE, 3 juin 2008, Intertanko c/ Secretary of State for Transport, aff. C-308/06
CJCE, 3 sept. 2008, Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil et Commission (Kadi I), aff. C-402/05
CJCE, 19 nov. 2008, Commission c/ Rép. Finlande, aff. C-118/07
CJCE, 22 oct. 2009, Bogiatzi, aff. C-301/08
CJUE, 25 février 2010, Brita, aff. C-386/08
CJUE, 21 déc. 2011, Air Transport Association of America, aff. C-366/10
CJUE, 17 janv. 2012, Saleminck, aff. C-347/10
CJUE, 13 mars 2012, Melli Bank PLC c/ Conseil, aff. C-380/09 P
CJUE, 13 janv. 2015, Conseil et Commission c/ Rep. Tchèque, aff. C-404/12 P et C-405/12 P
TUE, 30 sept. 2010, Kadi c/ Commission, aff. T-85/09
TUE, 13 juill. 2011, Schindler Holding c/ Commission, aff. T-138/07

TUE, 16 oct. 2014, LTTE c/ Conseil, aff. T-208/11

et T-508/11

Conclusions av. gén. MADURO présentées le 28 janv. 2008 dans l'affaire C-415/05 P, Al Barakaat International Foundation c/ Conseil

Conclusions av. gén. Mengozzi présentées le 28 juin 2011 dans l'affaire C-380/09 P, Melli Bank PLC c/ Conseil

Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 6 oct. 2011 dans l'aff. C-366/10, Air Transport Association of America e.a.

CIJ, 20 fév. 1969, Plateau continental de la mer du Nord (Allemagne c/ Pays Bas et Allemagne c./Danemark)

CIJ, arrêt du 25 juillet 1974, Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)

CIJ, 27 juin 1986, Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c/ États-Unis d'Amérique)

TPIY, 2 oct. 1995, Tadic, aff. IT-94-1-AR72

TPIY, 29 oct. 1997, Blaskic, IT-95-14-AR108bis

TPIY, 21 mai 2003, Milutinovic et al., aff. IT-99-37-

AR72, op. indiv. ROBISON

TSSL, 15 avril 2009, juge de la mise en état, ord. N°CH/PTJ/2009/03

TSSL 15 avril. 2010, Présidence, ord., n°CH/PRES/2010/01

US Court of Appel, 2nd cir., 15 may 1974, Toscanino

Accords internationaux

CJCE, 12 déc. 1972, International Fruit Company, aff. jtes C-21/72 et C-24/72

CJCE, 30 avr. 1974, Haegeman c/ Belgique, aff. C-181/73

CJCE, 26 oct. 1982, Hauptzollamt Mainz c/ C.A. Kupferberg, aff. C-104/81

CJCE, 25 févr. 1988, Comm. c/ Grèce, aff. jtes C-194/85 et C-241/85

CJCE, 20 sept. 1990, Sevince c/ Staatsecretaris van Justitie, aff. C-192/89

CJCE, 14 déc. 1991, avis 1/91, Espace économique européen.

CJCE, 10 mars 1992, NMB c/ Comm., aff. C-188/88

CJCE, 14 oct. 1992, Comm. c/ Grèce, aff. C-65/91

CJCE, 10 sept. 1996, Z. Taflan Met a.e. c/ Bestuur van de Sociale Verzekkeringsbank, aff. C-277/94

CJCE, 10 sept. 1996, Commission/Allemagne, aff. C-61/94

CJCE, 10 mars 1998, Allemagne c/ Conseil, aff. C-122/95

CJCE, 19 mars 1998, Compassion in World Farming, aff. C-1/96

CJCE, 19 mars 2002, Comm. c/ Irlande, aff. C-13/00

CJCE, 7 oct. 2004, Comm. c/ France, aff. C-239/03

CJCE, 1^{er} mars 2005, Léon Van arys NV, aff. C-377/02

CJCE, 12 mai 2005, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSI, aff. C-347/03

CJCE, 11 sept. 2007, Merck Genéricos-Produtos Farmacêuticos, aff. C-431/05

CJCE, 3 juin 2008, Intertanko et autres c/ Secretary of State for Transport, aff. C-308/06

CJCE, 3 sept. 2008, Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation (Kadi) c/ Conseil et Commission, aff. C-402/05

CJCE, 9 sept. 2008, FIAMM e.a., aff. jtes C-120 et C-12/06

CJUE, 8 mars 2011

TPICE, 22 janv. 1997, Opel Austria, aff. T-115/94

Conclusions av. gé. SHARPSTON, présentées le 15 juill. 201 dans l'affaire C-240/09, Lesoochranarske zoskupenie VLK

PGD

CJCE, 27 fév. 2002, Herbert Weber et Universal Ogden Services Ltd, aff. C-37/00

CJCE, 19 nov. 2008, Commission c/ Rép. Finlande, aff. C-118/07

CJCE, 22 oct. 2009, Bogiatzi, aff. C-301/08

CJUE, 21 déc. 2011, Air Transport Association of America, aff. C-366/10

CJUE, 17 janv. 2012, Saleminck, aff. C-347/10

CJUE, 13 janv. 2015, Conseil et Commission c/ Rep. Tchèque, aff. C-404/12 P et C-405/12 P

TPICE, 21 sept. 2005, Kadi I, aff. T-315/01

TPICE, Yusuf et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil, aff. T-306/01

SECURITE JURIDIQUE

CJCE, 9 juill. 1981, Administration des douanes c/
Gondrand Frères et Garancini aff. 169/80

CJCE, 22 fév. 1989, Commission c/ France et R ;-U.,
aff. 92 et 93/87

CJCE, 7 fév. 2006, avis 1/03, convention de Lugano

RECONNAISSANCE MUTUELLE

CJCE, 1^{er} juill. 2004, Tsapalos et Diamantakis, aff. C-361/02 et C-362/02

CJUE, 5 sept. 2012, Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge, C-42/11

Conclusions av. gén. MENGOZZI présentées le 20 mars 2012 dans l'aff. C-42/11, Lopes Da Silva Jorge

Conclusions av. gén. BOT présentées le 2 oct. 2012 dans l'affaire Procédure pénale c/ Melloni, aff. C-399/10

REGLEMENT

CJCE, 14 déc. 1971, Politi, aff. 43/71

CJCE, 24 juin 2004, Herbert Handlaouer GmbH, aff.
C-278/02

CJCE, 11 janv. 2001, Monte Arcosu Srl, aff. C-
403/98

CJUE, 28 oct. 2010, SGS Belgium e.a., aff. C-367/09

RESPONSABILITE PENALE IMPUTABILITE – PERSONNES PHYSIQUES

Conclusions av. gén. BOT présentées le 16 novembre 2011 dans l'affaire C-72/11, Generalbundesanwalt beim
Bundesgerichtshof c/Afrasiabi, Sahabi et Kessel

CEDH, 16 déc. 1992, T et V c/ R.-U., req n°24724/94

RESPONSABILITE PENALE - IMPUTABILITE – PERSONNES MORALES

CJCE, 16 déc. 1975, Suiker Unies c/ Commission,
aff. C-40/73

CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland e.a. c/
commission, aff. jointes C-204/00 P

CJCE, 16 nov. 2000, Cascades c/Commission et SCA
Holding/Commission, aff. C-279/98 P

TPICE, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c/Commission, aff. jointes T-305/94 e. a.

TUE, 17 mai 2011, Elf Aquitaine c/Commission, aff. T-299/08

Conclusion av. gén. TESAURO présentées le 19 janvier 1994 dans l'affaire C-364/92, Fluggesellschaft

Conclusions av. gén. CRUZ VILLALON présentées le 17 juillet 2014 dans l'affaire C-93/13 P, Versalis SpA e.a.

Décision de la Commission du 23 avril 1986 Polypropylène

Décisions de la Commission du 21 décembre 1988 PVC et PEBD

RESPONSABILITE PENALE ELEMENT MORAL

- CJCE, 14 fév. 1978, United Brands c/ Commission, aff. C-27/76
- CJCE, 8 nov. 1983, IAZ International Belgium e.a. c/ Commission, aff. jointes C-96 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82
- CJCE, 9 nov. 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c/ Commission, aff. C-322/81
- CJCE, 18 sept. 2003, Volkswagen AG c/ Commission, aff/ C-338/00 P
- CJCE, 18 mai 2006, Commission c/ Espagne, aff. C-221/04
- Conclusions av. gén. MAYRAS présentées le 29 oct. 1975 dans l'affaire C-26/75, General Motors Continental c/ Commission
- Conclusions av. gén. SIR GORDON SLYNN présentées le 23 nov. 1981 dans l'affaire C-270/82, Estel NV c/ Commission
- Conclusions av. gén. VAN GERVEN présentées le 15 sept. 1993 dans l'affaire C-116/92, Procédure pénale c/ Charlton
- Conclusions av. gén. STIX-HACKL présentées le 27 nov. 2001 dans l'affaire C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister
- Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 20 novembre 2007 dans l'affaire C-308/06, « Intertanko »
- Conclusions av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 24 janv. 2008 dans les affaires C 55/07 et C 56/07, Michaeler e.a
- Cass. Crim., 12 juillet 1994, pourvoi n°93-85.262
- Cass. Crim., 30 oct. 1995, pourvoi n°94-83.386
- Décision 69/240/CEE de la Commission du 16 juillet 1969, Entente internationale de la quinine
- Décision 78/155/CEE de la Commission du 23 décembre 1977, BMW Belgium SA
- CJCE, 3 juin 2008, The Queen c/ Secretary of State for transport, aff. C-308/06
- CJCE, 16 déc. 2008, Masdar c/ Commission, aff. C-47/07 P
- CJUE, 23 déc. 2009, Spector Photo Group, aff. C-45/08
- CJCE, 14 oct.2010, Deutsche Telekom c/ Commission, aff. C-280/08 P
- CJCE, 28 oct. 2010, SGS Belgium, aff. C-367/09
- CJUE, 21 déc. 2011, Afrasiabi, aff. C-72/11
- CJUE, 18 juin 2013, Schenker and co., aff. C-681/11 P
- Conclusions av. gén. TRSTJENJAK présentées le 15 mai 2008 dans l'affaire C-510/06 P, Archer Daniels Midland c/ Commission
- Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 28 fév. 2013 dans l'affaire C-681/11, Schencker and co. AG e.a.
- Conclusions av. gén. JÄÄSKINEN présentées le 21 mars 2013 dans l'affaire C-241/11, Commission c/ Rép. Tchèque
- Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 24 oct. 2013 dans l'affaire C-396/12, Van der Ham
- Conclusions av. gén. SHARPSTON présentées le 17 sept. 2009 dans l'affaire C-172/08, Pontina Ambiente Srl c/ Regione Lazio
- Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 18 avril 2013 dans l'affaire C-501/11, Schindler
- Cass. Crim., 28 juin 2005, pourvoi n° 05-82.189
- Décision 94/601/CE de la Commission du 13 juillet 1994, Carton
- Décision 96/438/CE de la Commission du 5 juin 1996 aff. IV/34.983 - FENEX

RESPONSABILITE PENALE - CAUSES D'IRRESPONSABILITE PENALE

- CJCE, 12 juill. 1962, Acciaierie Ferriere e Fonderie di Modena c/ Haute Autorité de la CECA, aff. C-16/61
- CJCE, 25 nov. 1971, Beguelin, aff. C-22/71
- CJCE, 14 déc. 1971, Commission c/ France, aff. C-7/71
- CJCE, 18 mars 1980, SpA Ferriera Valsabbia e.a. c/ Commission, aff. jointes C-154, C-205, C-206, C-226 à C-228, C-263 et C-264/78, 39, 31, 83 et C-85/79
- CJCE, 22 janv. 1981, Dansk Supermarked, aff. C-58/80
- CJCE 7 juin 1983. - SA Musique Diffusion française c/ Commission, aff. jointes C-100 à C-103/80
- CJCE, 20 mars 1985, Italie c/ Commission, aff. C-41/83
- CJCE, 11 juill. 1985, Commission c/ Italie, aff. 101/84
- CJCE, 10 déc. 1985, Stichting Sigarettenindustrie e.a. c/ Commission, aff. C-240/82

CJCE, 17 nov. 1992, Commission c/ Grèce, aff. C-105/91
CJCE, 15 déc. 1994, Bayer AG c/ Commission, aff. C-195/91 P
CJCE, 22 avril 1999, Commission c/ R.-U., aff. C-340/96
CJCE 2 juillet 2002, Commission c/ Espagne, aff. C-499/99
CJCE, 11 juill. 2002, Käserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00
CJCE, 9 sept. 2003, CIF, aff. C-198/01
CJCE, 27 nov. 2003, Commission c/ France, C-66/03
CJCE, 5 oct. 2006, Commission c/ Allemagne, aff. C-105/02

TPICE, 10 mars 1992, Montedipe SpA c/ Commission, aff. T-14/89
TPICE, 10 mars 1992, Hoechst AG c/ Commission, aff. T-10/89

CJCE, 18 oct. 2007, Commission c/ France, aff. C-441/06
CJCE, 8 déc. 2007, Société Pipeline Méditerranée et Rhône, aff. C-314/06
CJCE, 14 mai 2009, Commission c/ Espagne, aff. C-266/07
CJUE, 18 mars 2010, SGS Belgium e.a., aff. C-218/09
CJUE, 8 juill. 2010, Commission c/ Italie, aff. C-334/08
CJUE, 14 oct. 2010, Deutsche Telekom c/ Commission, aff. C-280/08 P
CJUE, 18 juill. 2013, Eurofit, aff. C-99/12
CJUE, 25 janv. 2017, Vilkas, aff. C-640/15

TPICE, 10 mars 1992, Hüls AG c/ Commission, aff. T-9/89
TPICE, 14 mai 1998, Cascades c/ Commission, aff. T-308/94

Conclusions av. gén. SAGGIO présentées le 23 sept. 1999 dans l'affaire C-348/97, Commission c/ Allemagne
Conclusions av. gén. WAHL présentées le 13 fév. 2014 dans l'affaire C-527/12, Commission c/ RFA

RESPONSABILITE PENALE - RESPONSABILITE DU DECIDEUR

CJCE, 10 juillet 1989, Hansen, C-326/88
CJCE, 27 fév. 1997, Ebony Maritime, aff. C-177/95
CJCE, 11 juill. 2002, Kaserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00

RESPONSABILITE PENALE - PRESOMPTION DE RESPONSABILITE

CJCE, 14 juill. 1972, ICI c/ Commission, aff. C-48/69
CJCE, 15 déc. 1976, Donckerwolcke, aff. C-41/76
CJCE 30 nov. 1977 Cayrol c/ Rivoira, aff. C-52/77
CJCE, 5 oct. 1983, AEG-Telefunken c/Commission, aff. C-107/82
CJCE, 27 fév. 1997, Ebony Maritime SA, aff. C-177/95
CJCE, 8 juill. 1999, Anic Partecipazioni, aff. C-49/92 P
CJCE, 16 nov. 2000, Metsä-Serla Oyj e.a. c/ Commission, aff. C-294/98 P
CJCE, 16 nov. 2000, Cascades, aff. C-279/98 P
CJCE, 11 juill. 2002, Käserei Champignon Hofmeister, aff. C-210/00
CJCE, 10 sept. 2009, Azko Nobel NV, aff. C-97/08 P
CJCE, 23 sept. 2009, Spector photo group, aff. C-45/08
CJUE, 20 janv. 2011, General Quimica SA, aff. C-90/09 P
CJUE, 29 sept. 2011, Elf Aquitaine, aff. C-521/09 P
CJUE, 9 fév. 2012, Marton Urban, aff. C-210/10

CJUE, 8 mai 2013, Eni c/ Commission, aff. C-508/11 P
CJUE, 18 juill. 2013, Schindler Holding e.a. c/ Commission, aff. C-501/11P
CJUE, 26 nov. 2013, Kendrion c/ Commission, aff. C-50/12 P
CJUE, 10 avril 2014, Commission c/ Siemens Österreich e.a. et Siemens Transmission & Distribution e.a. c/ Commission, aff. C-231/11 P à C-233/11 P
CJUE, 8 mai 2014, Bolloré c/ Commission, aff. C-414/12 P
CJUE, 5 mars 2015, Commission e.a. c/ Versalis e.a., aff. C-93/13 P et C-123/13 P
CJUE, 21 avril 2015, Anbouba c/ Conseil, aff. C-605/13P
CJUE, 24 juin 2015, Fresh Del Monte Produce c/ Commission, aff. C-293/13 P et C-294/13 P
CJUE, 16 juin 2016, Evonik Degussa, aff. C-155/14 P
CJUE, 16 juin 2016, SKW c/ Commission, aff. C-154/14 P

TPICE, 6 oct. 2005, Sumitomo Chemical et Sumika Fine Chemicals/Commission, T-22/02 et T-23/02

TUE, 5 mars 2015, Petropars c/ Conseil, aff. T-433/13

Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 19 fév. 2009 dans l'aff. C-8/08, T-Mobile Netherlands e.a.

Conclusions av. gén. VAN GERVEN présentées le 19 fév. 1991 dans l'affaire C-7/90, Vandevenne

Conclusions av. gén. BOT présentées le 26 oct. 2010 dans l'affaire C-201/09 P, ArcelorMittal c/ Commission

TUE, 18 sept. 2015, IOC-UK c/ Conseil, aff. T-428/13

Conclusions av. gén. WAHL présentées le 26 mars 2015 dans l'affaire C-597/13 P, Total c/ Commission

Conclusions av. gén. KOKOTT présentées le 18 avril 2013 dans l'affaire C-501/11 P, Schindler Holding c/ Commission

CEDH, 7 oct. 1988, Salabiaku, req. n°10519/83

CEDH, 23 juill. 2002, Janosevic c/ Suède, req. n°34619/97

tribunal d'arbitrage de l'Association Américaine d'Arbitrage (AAA), 1^{er} avril 1996, Jessica K. Foschi et l'USS, aff. n° 77 190 0036 ;

Comité légal de la Fédération nationale allemande d'athlétisme, déc. du 26 mars 1993, RA 10/92 et Krabbe c/ Deutscher Leichtatletik-Verband e. V. (DLV) et International Amateur Athletic Federation, déc. du Oberlandesgericht Munich, 28 mars 1996, cas No U(K) 3242/95

Tribunal arbitral du sport Avis consultatif 86/02, 10 nov.1086, Recueil TAS 1993, p. 61-62

RESPONSABILITE PENALE - COMPLICITE

CJCE, 8 juill. 1999, Hüls c/ Commission, aff. C-199/92

CJCE, 28 juin 2005, Dansk Rørindustri c/ Commission, aff. C-189/02 P

CJCE, 7 janv. 2004, Aalborg Portland A/S e.a, aff. C-204/00 P

CJUE, 22 oct. 2015, AC-Treuhand AG c/ Commission, aff. C-194/94 P

TPICE, 11 mars 1999, Krupp Hoesch c/ Commission, aff. T-147/94

TPICE, 8 juill. 2008, AC-Treuhand AG c/ Commission, aff. T-99/04

Conclusions av. gén. STIX-HACKL présentées le 26 sept. 2002 dans l'aff. C-195/99 P, Krupp Hoesch Stahl AG c/ Commission

RESPONSABILITE PENALE - TENTATIVE

CJCE, 21 fév. 1984, Hasselblad, aff. C-86/82

CJCE, 11 janv. 1990, Sandoz prodotti Farmaceutici, aff. C-277/87

RESPONSABILITE PENALE – INCITATION, INSTIGATION

TPICE, 9 juill. 2003, Archer Daniels Midland c/Commission, aff. T-224/00

TPICE, 15 juin 2005, Tokai Carbon e.a. c/ Commission, aff. jointes T-71/03, T-74/03, T-87/03 et T-91/03

TPICE, 15 mars 2006, BASF c/ Commission, aff. T-15/02

TPICE, 26 avril 2007, Bolloré e.a. c/ Commission, aff jointes T-109/02 e. a.

TPICE, 18 juin 2008, Hoechst/Commission, aff. T-410/03

TPICE, 30 avril 2009, Nintendo c/ Commission, aff. T-13/03

TUE, 3 mars 2011, Alstom c/ Commission, aff. T-117/07

Conclusions av. gén. MENGOZZI, présentées le 6 nov. 2008 dans l'affaire C-511/06P, Archer Daniels Midland c/ Commission

SANCTION EFFECTIVE, PROPORTIONNEE ET DISSUASIVE

CJCE, 11 juill. 1989, Schröder/Hauptzollamt Gronau, aff. C-265/87

CJCE, 21 sept. 1989, Commission c/ République Hellénique, aff. C-68/88

CJCE, 10 juill. 1990, Anklagemyndigheden c/ Hansen & Soen I/S (« Hansen »), aff. C-326/88

CJCE, 13 nov. 1990, Fedesa e.a., aff. C-331/88

CJCE, 2 oct 1991, Procédure pénale c/ Vandevenne et autres, aff. C-7/90

CJCE, 4 juin 1992, Debus, aff. C-13/91 et C-113/91

CJCE, 8 juin 1994, Commission c/ Royaume-Uni, aff. C-382/92 et C-383/92

CJCE, 26 oct 1995 Siesse c/ Director da Alfândega de Alcântara, aff. C-36/94

CJCE, 29 fév. 1996, Skanavi et Chryssanthakopoulos, aff. C-193/94,

CJCE, 16 déc. 1999, UDL, aff. C-101/98

CJCE, 7 déc. 2000, de Andrade c/ Director da Alfândega de Leixões, aff. C-213/99

CJCE, 18 oct. 2001, Commission c/ Irlande, aff. C-354/99,

CJCE, 12 mars 2002, Omega Air e.a., aff. C-27/00 et C-122/00

CJCE, 3 juill. 2003, Lennox, aff. C-220/01

CJCE, 8 mai 2008, Ecotrade, aff. C-95/07 et C-96/07

CJUE, 9 mars 2010, ERG e.a., aff. C-379/08 et C-380/08

CJUE, 29 juin 2010, E et F, aff. C-550/09

CJUE, 9 février 2012, Urbán, aff. C-210/10

CJUE, 12 juill. 2012, EMS-Bulgaria Transport, aff. C-284/11

CJUE, 19 juill. 2012, Redlihs c/ Valsts ieņēmumu dienests, aff. C-263/11

CJUE, 25 avril 2013, Asociația Accept, aff. C-81/12

CJUE, 26 sept. 2013, Texdata Software GmbH, aff. C-418/11

CJUE, 17 juillet 2014, Equoland, aff. C-272/13

CJUE, 13 nov. 2014, Ute Reindl, aff. C-443/13

Conclusions av. gé. VAN GERVEN présentées le 5 déc. 1989 dans l'affaire C-326/88, Hansen

Conclusions av. gé. KOKOTT, présentées le 14 oct. 2004 dans l'affaire C-387/02, Procédure pénale c/ S. Berlusconi

Conclusions av. gé. COLOMER présentées le 26 mai 2005 dans l'affaire C-176/03, Commission c/ Conseil

Conclusions av. gé. GEELHOED du 5 avril 2001 dans l'aff. C-119/00, Commission c/ Luxembourg

TRAITE DES ETRES HUMAINS – TRAVAIL FORCE

CEDH, 26 juill. 2005, Siliadin c. France, req. n°73316/01

CEDH, 11 oct. 2012, C. N. et V. c/ France, req. n°66724/09

Cass. crim., 23 juin 2010, n°09-84.801

Cass. crim., 5 mars 2013, n°11-84.119

VICTIME

CJCE, 2 fév. 1989, Cowan c/ Trésor Public, aff. C-186/87

CJCE, 16 juin 2005, Pupino, aff. C-105/03

CJCE, 28 juin 2007, Dell'Orto, aff. C-467/05

CJCE, 9 oct. 2008, Katz c/ Sos, aff. C-404/07

VIOLATION DU DROIT DE L'UNION

CJCE, 19 nov. 1991, Francovich e.a., aff. jtes C-690 et C-9/90

CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame, aff. jtes C-46/93 et C-48/93

CJCE, 23 mai 1996, Hedley Lomas, aff. 5/94

CJCE, 8 oct. 1996, Dillenkofer e.a., aff. jtes C-178/94, C-179/94, et C-188/94 à C-190/94

CJCE, 24 mars 2009, Danske Slagterier, aff. C-445/06

AUTRE

CJCE, 21 juin 1958, Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges c/Haute Autorité CECA, aff. 8/57

CJCE, 26 avril 1976, Kramer, avis 1/76

CJCE, 23 avril 1986, Les verts c/ Parlement européen, aff. 294/83

CJCE, 24 juill. 2013, Altmark, aff. C-280/00,

CJCE, 11 juill. 2006, Commission c/ Cresson, aff. C-432/04

CJUE, 17 déc. 2009, aff. C-197/09 RX-II

CJUE, 8 févr. 2011, aff. C-17/11 RX

CJUE, 28 févr. 2013, Arango Jaramillo et a. c/ BEI, aff. C-334/12 RX-II

CJUE, 19 sept. 2013, Commission. c/ Strack, aff. C-579/12 RX-II

CJCE, 10 juin 1997, Parlement c/ Conseil, aff. C-391/95

CJCE, 14 oct. 2004, Omega, aff. C-36/02

CJCE, 20 mai 2008, Commission c/Conseil, aff. C-91/05

CJCE, 6 nov. 2008, Parlement c/ Conseil, aff. C-155/07

CJUE, 19 juillet 2012, Parlement c/ Conseil, aff. C-130/10

Conclusions av. gén. BOT présentée le 31 janv. 2012 dans l'aff. C-130/10, Parlement c/ Conseil,
Conclusions de l'av. gén. MADURO présentées le 8 oct. 2008 dans l'aff. C-213/07, Michaniki

Cons. Const., 4 avril 2013, décision n° 2013-314 P QPC, Jeremy Forrest

INDEX

par renvoi aux numéros de paragraphes

- Abus de marché : 78, 291, **359**, 391, 547, 561, 568, 605, 623, 629, 804
- Accusation : 220, 221, 229, 242, 244, **318-320**, 323, 387, 407, **423**, 425, 428, 433, 578, 650, 651, **660**, 662, 670, **675**, **693-696**, 704, **708**, 710, **712**, **717**, 719, 738
- Amsterdam (traité d') : **7**, 189, 190, 340, 521, 553, 623, 749
- Amende : 13, **241**, 295, 313, 339, **398**, 350, 351, 359, 387, 408, 579, **624**, **630**, **631**, 639, 780, 804
Concurrence : 312, 687, 709
Reconnaissance mutuelle : 464
- Application directe : 58, 143, 152, 170, **174**, **175**, 215, 759
- Application immédiate des lois de procédures : 775-778
- Application immédiate des normes de l'Union : voir intégration immédiate
- Autonomie institutionnelle et procédurale : 128, 167, **183**, 186, 798
- BCE : **300-303**, 307
- Bien juridique : **230-237**, **259-294**, 302, 306, 310, 311, 315, 337, 349, 350, 351, 356, 359, 362, 373, 388, 539, 548, 565, 594, 734, 736, 804
- Champ pénal : **49**, **50**, 88, 90, 95, **96**, **116-126**, **136-138**, 157, **168**, 180, **215-218**, 221, **241**, 277, 281, 287, 292, **295**, 297, 299, **303**, 309, 317, **345**, **346**, **348**, 350, 352, 358, 359, 361, **364**, 367, **381**, **388-393**, **398-400**, 504, 570, 571, 619, 674, 735, 748, 783, 805, 815, 817, 823, 845, 847
Définition : 41
- Charte des droits fondamentaux : 78, 274, 285, 286, 311, 575, 647, 649, 654, 669, 692, 700, 702, 704, 728, 738, 744, 762, 764, 768, 771
- Charge de la preuve : 433, 693-705
- Commission européenne : 227, 665
- Compétences exclusives : 184, 271, 797, 822
- Compétences partagées : 83, 84, 106, 282, 841
- Compétences d'appui : 273, 282
- Concurrence : **6**, 13, 30, 50, **77**, 175, 222, 224, 226, **228**, 235, 285, 295, **308-312**, 333, 339, 344, 391, 448, 454, 484, 496, 547, **548**, **550**, 562, **564-566**, 582-584, 588, 589, **591**, **594**, 596, 597, 600-602, 605, **607**, 608, 612, **615**, **618**, 624, **630**, 633, 635, **639**, **641**, 642, **666**, **667**, 679-681, **687**, 691-693, 695, 697, 698, 701, 703, **709**, **714**, **720**, **724**, 727, 728, **734**, 736, 737, 767, 771, 777, 780, 790, 804, 822, 851
- Condamnation : 146, **151**, **210**, 213, 220, 224, **318-321**, 325, 331, 431, 433, 462, **463**, **466**, 495, 578, 584, **626**, **635**, 636, 669, 675, 682, 687, 719, 729, **732**, 745, **759**, 762, 763, 768, **772**, 773, 787, 848
- Confiscation : 13, **327**, **328**, 330, 343, **383**, 448, 465, 474, 487, 493, **626**, 627
- Conflit de compétences : 443, 445, 501
- Conseil : 10, **127**, 320, 330, 331, 443, 524, 542, **570**, 616, 623, 664, **669-673**, 691, 696, 711, 747, 808, 851, 852
- Conseil de l'Europe : 55, **56**, **60-62**, 64-67, 71, 79, 80, **82**, 93, **113**, 340, 466, 509, 526, **532**, 792, 832, 852
- Conseil européen : 7, 340, 341, **674-677**, 686, 691, 808, 851
- Contrainte : 428, 443, 627, 719, 722, 789
- Cause d'irresponsabilité : 611, 612
- Convention EDH : 30, 43, **56-59**, **74-78**, 80, 219, 220, 237, 266, 269, 277, 280, 291, **311**, 320, 346, 402, 433, 480, 578, 617, 646, **649**, 652, 653, 655, 656, 662, **665**, 668, 676, 677, 692, 706, 720, 727, 739, **743**, 746, 762, 764, 782, 787, 792, 803, 848, 851
- Coopération (dynamique- processus) : 102, 191, 198, 202, 212, 396, 399, 400, **444**, **445**, **447**, **452**, 645, 646
- Coopération judiciaire : 4-6, **10**, **37**, 41, 102, 114, 152, 155, 159, 187, **192**, **194**, **202**, **203**, 213, 215, 218, **391**, 398, 402, 443, 444, 448, 452, **453**, 463, 473, **812**, 825, 846
- Coopération loyale (principe de) : 182, 443, 721, 756, 789, 847
- Coopération policière : 5, 68, 194, 197, 201, 202, 218, 448, 456
- Coopération judiciaire et policière : 4, 10, 37, 41, 152, 155, 187, 213, 215, **391**, 443, 444, 452, 812, 846
- Coopération renforcée : 808, **814**, 851
- Coordination : 37, 80, **156**, **201-203**, 272, 282, 398, 822, 825
- Cour EDH : 13, 53, **57-59**, **146**, 148, 188, **218**, **220-222**, 224, 228, 230, 235, 240, **241**, **244**, 248, 249, 251, 253-256, 265, 279, 290, 293, 294, 304, 309, 320, 324, **325**, 340, 342, 343, 356, 364, 383, 384, 387, 407, 431, 463, 648, 661, 662, 665, 666, 673, 679, 682, 684, 700, 716,

- 719, 720, **735**, 736, 746, 748, 752, 754, 755, 763, 770, 779, 783, 785, 836
- CJCE/CJUE : 17, 18 **58**, 59, **76**, **77**, 84, 92, 105, 106, 124, 126, 129, 133, 143-145, 147, 150, 154, 174, 175, 178, **180**, 184, 186, 220, 247, 305, 306, 308, 325, 335, 341, 356, 369, 386, 476, **477**, 558, 588, 607, 614, 615, 617, 654, 655, 682, 686, 688, 689, 700, 719, 720, 735, 739, 743, 747, 752, 753, **761-763**, 771, 773, 782, **784**, 785, 801, 807, 808
- Contrôle judiciaire : 459
- Corruption : **535**, **539-541**, 547, **550**, 551, 593, 629
- Publique : 539-540
- Privée : 551-552
- Coutume : **88-90**, **92-94**, 119, 138, 392
- Cybercriminalité : 61, 158, 528, 529, **629**, 747, 797
- Décision (outil juridique) : 159, 300, 524, **823**, **827**
- Décision-cadre : **7-9**, **61**, 62, **65**, 66, 145, **147**, 151, **154**, 161, 202, **288**, 290, **373**, 410, **411**, 423, **431**, 436, **445**, 448, **457-459**, **462-466**, 470, **471**, 474, 476, 493, 507, 508, 516, 517, 522-527, 529, 531, **532**, **544**, 550, 551, **625**, 635, **638**, 644, 754, **760**, 792, 823
- Définition
- Interprétation conforme : 57, 76, 80, **143-149**, 152, 154, 155, 172, **178**, 706, 708, 783, **785-787**, 789, 843
- Harmonisation des infractions
- Reconnaissance mutuelle
- Déficit démocratique : **748**
- Délai raisonnable : 435, 437, 649, **679**, **680**
- Directive
- Définition : 142, 143, **150**, 159, 163, 172, 175, **758-760**, 766, 767, 771, 797, 823, 827
- Effet direct : voir effet direct
- Harmonisation des infractions : 65, 78, 114, 146, 151, 379, 752
- Interprétation conforme
- Manquement d'Etat : 336
- Rapprochement des droits procéduraux : 57, 148, 153, 405, 407, 410, 411, 738
- Reconnaissance mutuelle : 88, 152, **448**
- Transposition : voir transposition
- Droit pénal international : 64, 67, **91**, **501**
- Droit pénal comparé : 452, 630
- Droit pénal de l'Union européenne : **3-15**, 30, 32, 40, 45, 46, 213, 217, 398, 400, **498**, 568, 569, 796
- Droit pénal de l'Union européenne (définition) : 31, **41**, 219, 645, 741, 846
- Droits fondamentaux
- Clause de non régression : 57, 407, 425.
- Droit à l'information : 57, 148, **406**, 407, **411**, 415, **425**, **434**, 463, 626, 708, **709**, 711, **712**, **717**, 738
- Droit à l'assistance d'un avocat : 148, 415, 425, **429**, 432, 434, 435, 651, 792
- Droit d'accès au dossier : 148, 425, **428**, 708, 712-714, 717, **727**
- Droit d'être entendu : 423, 701, 708, **723**, 726, **727**
- Droit à l'interprétation et à la traduction : 411, 424, 784, 792
- Droit à l'aide juridictionnelle : 412, 432
- Droit à une procédure équitable : 649-651, 663, 669, 673, 675-677, 692, 713
- Droit du rapprochement des infractions : 145, 146, 151, 384, 577, 580, 582, 583, 584, 586, 588, 589, 591, 593, 596, 600, 601, 602, 625, 633, 638 ; 641, 819, 828
- Effet direct : 5, **7**, **110**, 142-144, **148**, **150-155**, 160, 163-165, **170**, **174**, **175**, **178**, 448, **760**, 766, 771, 789, **823**
- ELSJ : **7**, **10**, 31, **37**, 41, 50, 69, 83, 85, **95**, **98**, **99**, **101-104**, 106, 125, 128, 137, 139, 155, 166, 168, **213-215**, 217, 218, 241, 293, 346, 353, 369, 372, 388, 389, 391, 392, 454, 496, 498, 503, 580, 583, **624**, 730, **733**, 748, 804, **807**, **812**, 813, 822, 824, 827, 845
- Enfant : 65, 286, **419-420**, 430, 517, **519**, **520**, 527, **574**, 594, 828, 830, 835
- Enquête (mesure(s), acte(s) d') : 152, 197, 209, 210, 444, 448, 449, 451, 452, 457, 468, 495, 496
- Equipes communes d'enquête : **197**, 198, 201
- Etat de nécessité : **611**, **614**
- Etrangers (droit des) : 290, **347**, **348**, 360, **361**, 370, 420, **553-556**, 625, 747, 812
- Euro-infraction : 180, 287-290, 339, 342, **347**, 379, **383**, 390-393, 504, 508, 509, 523, **524**, 526, 527, **530**, 532, 533, **547**, **552**, 553, 559, 562, 563, 569, 570, 574, 576, 577, **584**, 603, 605, 607, 610, 625, 627, 646, 746, 804, 815, 832
- Eurojust : 8, 10, **31**, 49, 188, **200-203**, 207, **212**, 213, 215, 398, 445, 446, 691, 824
- Europol : 5, 6, 10, **31**, 49, **68**, 85, 115, 188, **200-203**, 207, **212**, 213, 215, 398, 445, 446, 824
- Force majeure : 611, **612**, **617**
- Gel : 59, 127, 133, **322-331**, 448, **450**, 451, 457, 487, 673, 698, 711, 783
- Harmonisation
- Généralités : 142, **156-165**, 272, 282, 570, 757, 815, 825, 836, 425
- Des infractions : 7-10, 37, 145, 146, 151, 156, 282, 353, 369, 376-379, 391, 398, 472, 502, 547, 638, 747, 752, 760, 761, 796, 804, 808, 824, 829, 833, 835, 838, 839, 840,

- Des droits procéduraux : 401-404, 410, 411, 421, 425, 435, 442, 848.
Voir également droit du rapprochement des infractions
- Hiérarchie des normes : **42, 43**, 46, 81, 100, 104, 106, 138
- Imputabilité : 617, 619
- Infraction pénale
 Généralités : 236, 237, 242, **249-258**, 306, 310, 314, 341
 Pénale par nature : 248, **259-291, 293**, 303, 315, 339, 342, 343, 358, 362, 387, 388
- Intérêts financiers (protection des)
- Intégration : 7, 24, 43, 97, 156, 170, **171**, 173, 191, 202, 203, 212, 213, 215, 247, 376, **396**, 398, 444, 447, **806**, 814, 824, 827, 845, 849
- Interprétation conforme : 57, 76, 80, **143-149**, 152, 154, 155, 172, **178**, 706, 708, 783, **785-787**, 789, 843
- Interprétation stricte : 783, **784, 786, 787**
- Juge national : 43, 77, 144, 145, 152, **167-170, 172**, 176, **178-185**, 647, **762, 763**, 785, 789, 845
- Légalité criminelle : 58, 91, **151**, 160, 165, **741-744**, 755, 763, 764, 768, 782, 783, 786, **787**, 789
 Formelle : 745-750, 757-759
 Matérielle : 750-754, 760-762
- Légitime défense : 611, **613**
- Lisbonne (traité de) : 9, **10**, 77, 83, 98, 126, 142, 153, 431, 443, 531, 623, 728, 743, 747, 749, **793**, 812, 833, 852
- Maastricht (traité de) : 3, **5, 6**, 11, 14, 15, 30, 531, **767**, 791, 806, 813, 817
- Magistrats de liaison : **192-194**, 202
- Mandat d'arrêt européen : **8**, 377, 405, **409-412**, 416, **448**, 455, 457, **458, 462, 476**, 479, 481
- Manquement d'Etat : 109, **333**, 334, 335, 336, 338, 339, 391, 562, 563, 582, 583, 589, 592, 594, 597, 599, **605**, 607, 612, 615, 624, 630, 633, 640, 645, 679, 681, 688, 691-693, **695-697, 710**, 715, **721, 723, 725**, 728, 729, **767, 771**
- Marge nationale d'appréciation : 158, 159, 164, 175, 363, 824
- Matière pénale : 4, 5, 10, 13, **30**, 37, **59**, 61, **77**, 88, **99-101**, 159, 179, 182, 186, 191, 192, 203, 213, 215, 217, **218, 220-224, 226-230**, 234, **236-242, 245, 247-249**, 252, 253, 291, 294, **304**, 309, 310, 316, **318-320**, 323, 346, **364**, 369, 374, **387**, 402, **407**, 445, 453, 464, **496**, 578, 647, 650, **657, 660-662**, 670, 693, 695, 704, 713, 727, 728, 734, 735, 741, 812, 825, 851
- Mesures de probation : voir *peines de substitution*
- Mesures restrictives : **69**, 70, **81, 116-118, 121-124, 127**, 128, 133-135, 138, 295, 317, 320, 322, **325-328**, 372, 589, 592, 597, 645, **669**, 671, 673, 679, **689, 691**, 695, 696, **698**, 702, **704, 705**, 711, **712, 716**, 717, 722, **726**, 738, 747, 783, 851
- Mesures restrictives anti-terrorisme : 30, 50, 53, 64, 70, 81, 95, 123-126, 131, 133, 136, **137**, 215, 309, 317, 322, 326, 330, 331, 450, 664, 669, **670**, 672, 681, 691-693, 695, 699, 700, 711, 737, 759, 767, **768**, 771, 851
- Mineur délinquant : 405, **414**, 415, 574
- Mineur victime : 419
- Modèle : 16, 20, **24**, 47, 395-397, 399, **442**, 495, 496, 533, 585, 621, 622, 643, 739
- Modèle pénal autoritaire : 25, 452, 495, 497, 533, 568, 573, **576**, 585, 595, 602, 619, 622, 627, 628, 631-633, 643, 705, 712, 727, 739, 803, 847, 848
- Modèle pénal international : 501
- Modèle pénal libéral : 25, 442, 497, 533, 571, 603, 619, 620, 631, 633, 645, 646, 712, 727, 786, 787, 803, 848
- Modèle unioniste : 155, **209**, 399, 741, **756**, 816, 832, 847
- Ne bis in idem : 77, 78, 335, 445, 479, **481**, 484, **485**, 692, 727, **728**, 731, **732, 734-737**, 739, 783, 830, 851
- Non-rétroactivité : 758, **764-770, 772**, 774, 775, 778, 783, 787
- Normativité : 29, 72, **142-144**, 149, **150**, 159
- Noyau dur pénal : 218, 221, **224, 226-230, 235-238, 248**, 259, 276, 279, 281, 294, 297, 299, 310, **311**, 315, 332, **342, 346, 353, 356**, 386, 504, 666, 672
- Officiers de liaison : 115, **193**, 201
- ONU : 53, 59, 65, 69, **70**, 74, **79-82**, 114, 131, **134**, 669, **671**
- Opt in/out : 812, 814, 817
- Ordre juridique : 17, **42, 43**, 46, 51, 53, **54**, 58, **65, 66, 72-75**, 77, **80**, 81, 84, 86-88, 90, 92, **95**, 97, **105, 107, 138**, 140-142, **168**, 171, 172, 184, 284, 296, **333**, 337, **364**, 376, 484, **501, 693**, 704, 735, 736
- Parlement européen : 675, 748, 757, 818
- Parlements nationaux : 748, 757, 793
- Patrouilles communes : **198**
- Parquet européen : 10, 31, 41, 187, 188, **203-213**, 215, **451**, 644, 691, 814, 833, 851, 852
- Peines de substitution : 62, 466, 491

- Perquisition : 435, 451 – notes 30, 294, 1943.
- Personne morale : **379**, 464, 487, **577**, **580-584**, **589-591**, 613, 624
- Position commune : 81, 320, 330, 331, 670
- Pouvoir de punir : **187**, 214, 345, **390**, 392, **579**, 749, 782, 787, 838
- Présomption d'innocence : 25, 431, **433**, 617, 647, 657, **692-695**, 697, **699-705**, 722, 737
- Présomption de responsabilité : 433, 618, **700**, 701
- Principe de légalité : 58, 91, **151**, **160**, **165**, 392, **741-747**, 751, 754, 755, **758-764**, 768, **781-783**, **787**, **789**, 843, 847
- Principe de nécessité : 790, **795**, 796, 803, 829
- Principe de primauté : 50, **170**, 176-178, 182, 415, 789
- Principe de proportionnalité : 370, 633, 801, 803
- Principes généraux du droit : 58, 72, **90-94**, 105, 138, 183, 370, 392, 453, 728, 766, 800
- Principe de subsidiarité : 282, 623, 644, **789-795**, **797-799**, 805, 829, **833**, **834**, 842, 847
- Reconnaissance mutuelle : 7, 8, 10, 31, 37, 41, 62, 88, 114, **147**, **152**, 155, 159, 180, 194, 202, 213, **215**, 218, 398, 400, 402 **431**, 438, 442, **443**, 446, 448, **452-461**, **463-467**, 469, **471**, **473-478**, 481, 484, 489, **492-496**, 584, 612, 635, 776, 782, 784, 792, **824**, **825**, 827, 830, **837-839**, 846, **848**, 852
- Double incrimination : 215, 464, **468-473**, 476, 481
- Motif(s) de non-reconnaissance ou non-exécution : 152, 481, 482, 483, 469, 470, 782, 784
- Report de reconnaissance ou d'exécution : 480, 483, 484, 485
- Voir également : *amendes, contrôle judiciaire, décision d'enquête européenne, mandat d'arrêt européen, peine privative de liberté, peines de substitution*
- Recours en annulation : 108, 132
- Règlement : 10, 150, 159, 172, 175, 554, 767, 823, 827
- Réhabilitation : 25, 461, 462, 620, 622, 627, 704
- Renvois préjudiciels : 18, 148, 180, 210, 435, 655, 761
- Responsabilité : 25, 91, 144, 147, 151, 571, 597, 611, 619, 700, 701, 751, 779
- Circonstances aggravantes : 517, 596, **634-640**
- Circonstances atténuantes : 641, 642
- Erreur : 611, 615
- Etats : 306, 333, 579, 725
- Personnes morales : 379, 384, 577, **580**, **582-584**, 588, 589, 618, 625, 645
- Personnes morales de droit de l'union : 578
- Personnes physiques : 573-576
- Intention : 607
- Négligence : 608, 609
- Responsabilité pénale objective : 617
- Voir également : mineur délinquant, cause d'irresponsabilité, force majeure, état de nécessité, légitime défense, personne morale, présomption de responsabilité, sanction
- Sanction pénale : 221, 224, 239, **240**, **242**, **243**, 254, 317, 321, 327, 333, 343, 351, 568, 767, 797, **798**
- Communautaire : 295, 298, 308, 309, 312, 316, 392, 502, 562, 649, 650, 663, 679, 708, 712, 713, 717, 734, 736, 767, 769, 771
- Indirecte : **344-346**, 353, 354, 363, 635, 767, 769, 771
- Nationale : 297, 366, 734
- Effective, proportionnée et dissuasive : 289, **369-371**, **373-381**, 600-602, 623, 624, 752, 815
- Quantum : 314, 376, 485, 602, 621, **628**, 660, 804
- Sanctions disciplinaires : 307, 735
- Sanctions administratives : **78**, 247, 568
- Souveraineté : 5, 29, 88, 196, 201, 343, 353, 398, 444, 469, 806
- Suspect : 148, 152, **153**, 215, **405-410**, 412, 414, 415, 423, 425, 429, 433, 434, 450, 458, 496, 617, 720, 722
- Systématisation : 35, 36, 45, 47, 156, **394**, 397, 454, 471, 475, 496, 582, 586, 596, 645, 842
- Système : **16-27**, 31, 35, 36, 40, **42**, **43**, 45, 47, 48, 51-55, 71, 72, 92, 94, 96, 116, **138-142**, 147, 153, 166, 167, 169, 213-216, 261, 263, 282, 283, 385, 389, **391-397**, 401, 441, 443, 478, 494-497, 500, 570, 571, 579, 646, 647, 649, 741, 756, 763, 788, 810, 816, 832, 842, 843, **845**
- Territorialité pénale : 196, 197, 398, 400, 453
- Terrorisme : 5, 114, **124**, 128, 130, 131, **133-135**, 145, 201, 295, 317, 319, 320, **324**, **325**, 327, 330, 372, 418, **506-509**, 513, 533, 629, 668-673, 712, 716, 747, 783, 804
- Traditions constitutionnelles des Etats membres : 603, 693, 743, 770, 782
- Traite des êtres humains : **146**, 418, **420**, **515-518**, 533, **556**, **629**
- Transposition : **142-148**, **150-152**, 154, 155, **159**, 161, 165, 171, **172**, 175, 180, 213, 336, **435**, 659, **754**, **758**, **760**, 761, 787, 823, 830
- Tribunal de l'Union : 77, 91, 180, 186, 330, 597, 611, **666**, 668, **680**, 686-689, 700, 703, 714
- Unanimité : 5, 7, **10**, 50, 83, 91, 128, 334, 340, 501, 505, 669, 674, 796, **808**
- Valeur : 25, 80, 148, 235, 261-263, **266-270**, 272, 278, 279, 284-289, 311, 315, 332, 337, 340, 341, 391, 502, 503, 525, 533, **629**, 645
- Victime : 10, **146**, 151, **154**, 155, 215, 340, 400, **404**, **416-420**, 422, **423**, **425**, **427**, **435-443**, 455, 459, **464**, **496**, **497**, **517**, **543**, 556, 575, **612**, 638

PLAN

Liste des principales abreviations.....	XI
Introduction	1
Section 1 - L'objet de la recherche : le système pénal de l'Union européenne	1
§1 – Présentation historique du droit pénal de l'Union européenne	1
A- L'histoire retenue du droit pénal de l'Union européenne	2
B- L'histoire méconnue du droit pénal de l'Union européenne	7
§2 – Présentation théorique de la notion de système juridique	10
Section 2 - Le sujet de la recherche : l'étude du droit pénal de l'Union européenne sous le prisme systémique	22
§1 – Pourquoi s'intéresser au droit pénal de l'Union européenne	22
§2 – Pourquoi l'analyse systémique	26
Section 3 – Méthodologie générale.....	29
§1- Précisions terminologiques.....	29
A- Précisions terminologiques relatives au droit pénal de l'Union européenne	30
B- Précisions terminologiques relatives à la notion de système juridique	30
§2- Précisions méthodologiques.....	34
Partie 1:.....	37
L'identification du système pénal de l'Union européenne : la délimitation du champ pénal de l'Union européenne.....	37
Titre 1 : La délimitation verticale du champ pénal de l'Union européenne	39
Chapitre 1 : L'exclusion de la dimension extra-communautaire.....	41
Section 1- L'exclusion des sources « supra-communautaires ».....	42
§1- L'ouverture cognitive du champ pénal de l'Union Européenne à la dimension supra-communautaire.....	42
A- L'ouverture cognitive du droit de l'Union à celui du conseil de l'Europe	43
I- L'ouverture cognitive du droit de l'Union au droit de la convention européenne des droits de l'homme	43
II- Les conventions pénales du conseil de l'Europe	46
B- Le droit pénal international et international pénal	49
I- L'ouverture cognitive classique au droit international pénal et pénal international	49
II- L'ouverture cognitive atypique au droit international pénal et pénal international	50
§2 - La fermeture normative à la dimension extra/supra-communautaire.....	52
A- La fermeture normative au droit international conventionnel.....	53
I- Les accords internationaux conclus sans l'Union en dehors de ses compétences.....	54
a) L'exemple de la fermeture normative au droit de la convention EDH.....	55
b) L'exemple de la fermeture normative au droit de l'ONU.....	58
II- Les accords conclus entre Etats membres de l'Union en lien avec le droit de l'Union	61
B- La fermeture normative au droit international coutumier	63
C- La fermeture normative aux principes généraux du droit.....	66
Conclusion de la section	69
Section 2 – La prise en compte de la dimension externe du champ pénal de l'Union Européenne	70
§1 - Les accords UE-Etats tiers en matière pénale : inclusion théorique, exclusion pratique.....	70
A- L'inclusion théorique des accords conclus par l'Union au champ pénal de l'Union.....	71
I- La capacité de l'Union à conclure des accords et traités internationaux	71
II- La place des accords internationaux conclus par l'Union au sein de son système juridique	72
a) La place des accords dans les politiques de l'Union : politique extérieure en matière pénale vs dimension externe du volet pénal de l'ELSJ.....	73
b) La place des accords internationaux parmi les normes de l'Union.....	75
III- Les effets des accords conclus par l'Union.....	76
B- L'exclusion pratique des accords pénaux conclus par l'Union du champ d'étude.....	78
§2 – L'inclusion des mesures restrictives anti-terrorisme	82
A- L'exclusion partielle des mesures restrictives de l'article 215 TFUE	83
I- L'exclusion de toutes les mesures restrictives de l'article 215, §1 TFUE	83
II- L'exclusion partielle des mesures restrictives de l'article 215, §2 TFUE.....	84

a)	L'exclusion des mesures restrictives non-étatiques de politique purement extérieure.....	84
b)	L'inclusion des mesures restrictives anti-terroristes.....	85
B-	La prise en compte des mesures restrictives de l'article 75 TFUE.....	86
I-	L'existence théorique des mesures restrictives de l'article 75 TFUE.....	86
II-	L'inutilité pratique actuelle de l'article 75 TFUE.....	88
III-	Les solutions possible garantissant l'effet utile des articles 215, §2 et 75 TFUE.....	89
	Conclusion de la section.....	92
	Conclusion du chapitre.....	92
	Chapitre 2 : L'emprunt des systèmes juridiques des Etats membres.....	93
	Section 1 – L'emprunt législatif garant de la normativité du droit pénal de l'Union Européenne.....	94
§1 –	L'emprunt législatif imposé par les outils normatifs : la nécessaire transposition des directives et décisions-cadres.....	95
A-	L'insuffisance de l'interprétation conforme pour garantir l'effectivité des directives et décisions-cadres pénales.....	96
B-	L'insuffisance de l'effet direct partiel pour garantir l'effectivité des directives pénales.....	104
§2 –	L'emprunt législatif imposé par la méthode normative : l'harmonisation et ses déclinaisons.....	110
A-	L'harmonisation pénale normativement autonome.....	111
B-	L'harmonisation pénale dépendante de l'intervention législative nationale.....	114
C-	L'harmonisation dépendante du recours à la législation nationale.....	115
	Conclusion de la section.....	117
	Section 2 – L'emprunt fonctionnel garant de l'effectivité du système pénal de l'Union Européenne.....	118
§1 -	L'emprunt juridictionnel : Le juge national, juge du droit de l'Union de droit commun.....	119
A-	Le juge national, juge communautaire de droit commun.....	120
I-	Le juge national, juge du droit de l'Union en raison des propriétés des normes de l'Union.....	120
a)	Le principe d'intégration immédiate.....	121
b)	Les principes d'effet et d'applicabilité directs.....	122
c)	Le principe de primauté.....	124
II-	Le juge national, juge du droit de l'Union en raison des compétences d'attribution des juridictions de l'Union.....	126
B-	Le juge national, juge communautaire autonome.....	127
I-	L'autonomie institutionnelle et procédurale du juge national.....	128
II-	L'autonomie décisionnelle du juge national.....	129
§2 -	L'emprunt opérationnel : l'absence de bras répressif de l'Union Européenne.....	132
A-	Le principe de la compétence opérationnelle pénale étatique.....	132
B-	Les faux semblant d'un embryon d'organisation pénale européenne.....	133
I-	Les structures communes.....	134
a)	Les structures de rapprochement des systèmes pénaux nationaux.....	134
b)	Les structures d'action commune.....	136
II-	Les acteurs de la coopération pénale.....	138
C-	Le Parquet européen.....	142
I-	Une autorité européenne judiciaire.....	143
II-	L'emprunt des systèmes pénaux nationaux maintenu.....	145
	Conclusion de la section.....	147
	Conclusion du chapitre.....	148
	Conclusion du titre.....	149
	Titre 2 : La délimitation horizontale : le champ pénal de l'Union Européenne.....	153
	Chapitre 1 : L'épreuve du « noyau dur » de la « matière pénale ».....	155
	Section 1 – La notion de noyau dur du droit pénal.....	157
§1 -	L'insuffisance des critères proposés.....	158
A-	Le critère de distinction dégagé de la jurisprudence de la Cour EDH : l'infamie.....	158
B-	Les critères de distinction proposés au droit de l'Union.....	160
§2-	L'adoption du critère du bien juridique protégé.....	162
A-	La notion de « bien juridique » : première approche.....	162
B-	La distinction entre noyau dur pénal et matière pénale périphérique par référence au bien juridique protégé.....	165
	Conclusion de la section.....	166
	Section 2- L'adaptation de la méthodologie « Engel » au noyau dur du droit pénal.....	167
§1-	L'abandon des facteurs d'extension de la matière pénale.....	167
A-	L'abandon du réactif de la sanction pénale.....	168
B-	L'abandon de l'aléa méthodologique.....	171

§2 - La prise en compte de la technique juridique	172
§3 - L'adoption d'un réactif de l'infraction pénale par nature	174
A- La prise en compte des sous-réactifs classiques de l'infraction pénale	175
I- La spécificité relative des critères de généralité	175
II- La spécificité partielle des finalités punitive/répressive et préventive/dissuasive	177
B- L'ajout d'un sous-réactif du bien juridique protégé	182
I- L'adoption du référentiel supra-légal	182
a) Les insuffisances des théories classiques du bien juridique	183
b) Les conceptions supra-légales du bien juridique, voie de conciliation	185
II- La redéfinition matérielle du bien juridique	187
a) Les valeurs et les intérêts de l'Union	188
b) Les biens protégés par le droit primaire	191
Conclusion de la section	193
Section 3- La pertinence du noyau dur pénal par référence au critère du bien juridique supra-légalement protégé ...	194
A- L'expression des théories supra-légales du bien juridique en droit de la convention EDH	194
B- La résonance des théories supra-légales du bien juridico-pénal en droit de l'Union :	196
I- La résonance de la fonction de la théorie du bien juridique supra-légal	196
II- La résonance de la définition matérielle du bien juridique supra-légal	199
a) La confrontation aux biens juridiques expressément reconnus par/devant les juridictions de l'Union	199
b) La confrontation de la définition a priori des biens juridiques de l'Union aux euro-infractions harmonisées	202
Conclusion de la section	205
Conclusion du chapitre	205
Chapitre 2 : Le droit de l'union à l'épreuve du noyau dur pénal	207
Section 1- Les infractions et sanctions « communautaires »	209
§1 - Les infractions communautaires non pénales	210
A- Les amendes de la BCE	210
B- Les sanctions du pacte de stabilité et de croissance	212
§2 - Les infractions et sanctions communautaires pénales	215
A- Les infractions à destination des particuliers	215
I- Le droit de la concurrence	216
II- La non-discrimination sur le marché intérieur des transports	219
III- Les mesures restrictives anti-terroristes	221
a) Le procédé d'une condamnation pénale	222
b) L'infliction d'une mesure sanctionnatrice punitive	225
1) L'existence des finalités préventive et punitive	225
2) La nature de la mesure	229
3) Le fondement de la mesure	231
B- Les infractions à destination des Etats membres	233
I- Le manquement d'Etat	235
II- La violation grave et persistante d'une valeur de l'Union	240
Conclusion de la section	244
Section 2 : Les infractions et sanctions indirectes	245
§1- Les infractions et sanctions indirectes non pénales	245
A- Les sanctions à destination des transporteurs aériens : le volet administratif de la politique « Visa, asile et immigration »	246
B- Les infractions administratives concourant à la protection d'un bien juridique : l'exemple de l'environnement	247
§2 - Les infractions et sanctions indirectes pénales	250
A- Le droit de la fraude aux intérêts financiers de l'union	250
B- L'emploi de ressortissants tiers en situation irrégulière	257
§3 - Les « zones grises » du champ pénal de l'union européenne	258
A- Les infractions à pénalité variable	259
I- La méthode de sanction par assimilation	259
II- La sanction effective proportionnée et dissuasive	261
a) La neutralité de la sanction effective, proportionnée et dissuasive	262
b) La nature pénale de la sanction « effective, proportionnée et dissuasive » révélée par les textes ou le contexte : l'harmonisation des infractions pénales à destination des personnes physiques	266
c) La pénalité variable de la sanction effective, proportionnée et dissuasive révélée par le texte ou le contexte législatif	267

B-	Les sanctions à pénalité variable.....	269
I-	Les sanctions à pénalité variable par nature.....	269
II-	Une sanction à pénalité variable par mesure : la majoration du remboursement des sommes indûment perçues :.....	273
	Conclusion de la section.....	275
	Conclusion du chapitre.....	276
	Conclusion du titre.....	276
	Conclusion de la partie.....	277
	Partie 2 : La systématisation du champ pénal de l'union européenne : l'identification du modèle pénal ...	279
	Titre 1 : Les branches du droit pénal de l'Union Européenne	283
	Chapitre 1 – Le droit de la justice pénale dans l'Union Européenne :	285
	Section 1- Les droits des personnes concernées par une procédure pénale.....	286
§1 -	Les personnes concernées par une procédure pénale en droit de l'Union	288
A-	Les personnes visées par une procédure pénale en droit de l'Union	288
I-	Le suspect ou la personne poursuivie.....	289
II-	Les personnes faisant l'objet d'une procédure de mandat d'arrêt européen	291
III-	Le mineur délinquant.....	293
B-	Les victimes.....	296
§2 -	Les droits consacrés.....	299
A-	Un socle commun de droits préalables à l'exercice de tout autre	299
B-	Les droits substantiels propres à chaque statut.....	303
I-	Les droits procéduraux des mis en cause.....	303
II-	Les droits substantiels des victimes.....	311
	Conclusion de la section.....	314
	Section 2- le droit de la procédure pénale dans l'Union	315
§1-	Le droit de l'enquête pénale dans l'union	317
A-	La persistance d'un droit de la coopération.....	318
B-	La naissance du droit de l'enquête pénale transnationale.....	320
§2-	La reconnaissance mutuelle des décisions répressives	326
A-	Le droit spécial de la reconnaissance mutuelle.....	328
I-	La reconnaissance mutuelle des décisions pénales.....	328
II-	La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires.....	332
B-	Le droit commun de la reconnaissance mutuelle.....	337
I-	La suppression en « trompe-l'œil » de la condition de la double incrimination.....	337
II-	Les délais à respecter ou la création jurisprudentielle d'une anomalie systémique.....	341
III-	Les incidents de procédure.....	344
a)	Les refus de reconnaissance et/ou d'exécution.....	345
b)	Les reports de reconnaissance ou d'exécution.....	349
c)	Les pluralités de demandes.....	353
IV-	Le droit de l'exécution de la décision reconnue : le partage des compétences entre l'autorité d'émission et d'exécution.....	355
	Conclusion de la section.....	358
	Conclusions du chapitre.....	358
	Chapitre 2 – Le droit pénal de l'Union européenne	361
	Section 1- La modélisation d'un droit pénal spécial	362
§1 –	L'adoption d'une classification originale.....	362
§2-	La (re)structuration du droit pénal communautaire.....	366
A-	La protection contre les atteintes protéiformes	367
I-	Le terrorisme.....	367
II-	La criminalité organisée.....	370
B-	La protection de l'être humain.....	372
I-	L'exploitation de l'être humain	372
a)	La traite des êtres humains	373
b)	L'exploitation sexuelle des enfants et criminalité associée.....	374
II-	Le trafic de drogues	376
III-	Le racisme et la xénophobie.....	378
C-	La protection des biens	380
I-	La cybercriminalité.....	380

II-	Le blanchiment	382
§3-	L'édification d'un droit communautaire pénal.....	384
A-	La protection du système financier de l'Union	384
I-	La fraude aux intérêts financiers.....	385
II-	La corruption publique	386
III-	La contrefaçon des moyens de paiement	387
B-	La protection des politiques de l'Union	390
I-	La protection du marché intérieur.....	390
a)	Les atteintes à la concurrence	391
b)	La corruption privée.....	393
II-	La protection de la libre circulation des personnes	394
III-	La protection de l'environnement.....	397
C-	La protection de l'autorité de l'Union	400
I-	Le (double) manquement d'Etat.....	400
II-	Les entraves à une procédure d'infraction au droit de la concurrence	400
	Conclusion de la section	402
	Section 2- La modélisation d'un droit pénal général	402
§1-	La responsabilité pénale	403
A-	Les personnes pénalement responsables : l'ascendant du modèle autoritaire	404
I-	Les règles implicites de l'imputabilité des personnes physiques	404
II-	Les règles explicites de la responsabilité des personnes morales	406
a)	Les personnes morales responsables	407
b)	La responsabilité des personnes morales	409
B-	La participation à l'infraction : l'incertitude du modèle.....	413
I-	L'incertitude du modèle esquissée par la prévision des différents modes de participation	413
a)	La responsabilité du décideur.....	414
b)	La complicité.....	416
c)	La tentative	417
d)	L'incitation, l'instigation.....	419
II-	L'incertitude du modèle confirmé par les sanctions prévues pour les différents modes de participation.....	420
C-	La culpabilité : l'ascendant du modèle libéral	423
I-	Le principe : l'exigence d'une faute.....	424
a)	La faute, élément constitutif des euro-infractions	424
b)	Les fautes exigées	425
II-	La confirmation : les causes d'atténuation ou d'annihilation de la culpabilité	429
III-	Fausse exceptions, vraies confirmation : les fautes présumées	433
§ 2-	La sanction des euro-infractions	437
A-	La prévision de la sanction	437
I-	Le panel des sanctions prévues : l'expression de la sophistication du système pénal de l'Union	437
a)	Les peines principales	438
b)	Les peines complémentaires.....	439
II-	Le quantum des sanctions prévues : l'expression de l'échelle des valeurs de l'Union	441
a)	L'échelle des peines privatives de liberté.....	441
b)	Le calcul des amendes	443
B-	La personnalisation de la sanction.....	444
I-	Les circonstances aggravantes.....	445
a)	La circonstance aggravante générale : la réitération.....	445
b)	Les circonstances aggravantes non généralisées	447
II-	Les circonstances atténuantes	448
	Conclusion de la section	449
	Conclusion du chapitre	450
	Conclusion du titre	451
	Titre 2 – Les principes fondamentaux du système pénal de l'Union Européenne.....	453
	Chapitre 1- Les principes fondamentaux de procédure.....	455
	Section 1 – Les principes généraux du droit à une procédure équitable.....	457
§1-	Le droit à une autorité impartiale	457
A-	Les qualités d'un « tribunal » et d'une « bonne administration ».....	458
I-	Les qualités d'un « tribunal » au sens de l'article 6, §1 de la Convention EDH et 47 de la Charte	458
a)	Les critères organiques	460

b)	Les critères fonctionnels	462
II-	Les qualités de l'administration au sens de l'article 41 de la Charte	464
B-	Les atteintes portées au droit à un « tribunal » et à une « bonne administration » par le système pénal de l'Union.....	465
I-	Le cumul des fonctions de la Commission.....	465
II-	Le pouvoir de sanction du Conseil	470
III-	Le pouvoir de sanction du Conseil européen en cas de violation grave et persistante d'une valeur de l'Union	473
§2 -	Les exigences qui s'imposent au juge et à l'administration.....	475
A-	Garantir le respect d'un délai raisonnable.....	475
B-	Garantir le respect du contradictoire	478
C-	L'obligation de motivation.....	481
	Conclusion de la section	484
	Section 2 – Les principes fondamentaux propres à l'accusé	485
§1-	La présomption d'innocence.....	486
A-	Les garanties relatives à la charge de la preuve.....	487
I-	Le respect général de l'adage <i>actori incumbit probatio</i>	487
II-	Le respect relatif de l'adage « <i>in dubio pro reo</i> ».....	488
III-	La conventionalité des présomptions de responsabilité malmenée.....	490
B-	Le droit subjectif extrapatrimonial	492
§2 –	Les droits de la défense	494
A-	La préparation de la défense.....	494
I-	Le droit à l'information sur l'accusation	494
II-	L'accès au dossier	498
B-	L'exercice de la défense	502
I-	Le droit de garder le silence.....	502
II-	Le droit d'être entendu.....	505
§3 -	Ne bis in idem : pierre d'achoppement du système pénal de l'Union Européenne	508
A-	Le socle commun de l'interprétation de ne bis in idem	509
B-	Les dissonances d'interprétation et d'application de ne bis in idem	511
	Conclusion de la section	517
	Conclusion du chapitre	518
	Chapitre 2 : Les principes fondamentaux de fond modelant un système pénal original	521
	Section 1 : Les principes fondamentaux d'un système pénal	522
§1 -	Le principe de légalité stricto sensu	522
A-	L'affaiblissement du principe de légalité pénale en droit de l'Union	523
I-	L'affaiblissement objectif de la légalité formelle	524
II-	L'affaiblissement relatif de la légalité matérielle	529
B-	Le renforcement des garanties de la légalité par le système pénal de l'Union.....	534
I-	Le dédoublement de la légalité formelle : le renforcement de l'encadrement du droit de punir	535
II-	Le dédoublement de la légalité matérielle : le renforcement du pouvoir de punir	538
§2 :	Les corollaires de la légalité pénale.....	541
A-	Les principes d'application de la loi pénale dans le temps	541
I-	Le principe de non rétroactivité stricto sensu	542
II-	Le principe corollaire de rétroactivité <i>in mitius</i>	545
III-	Les aménagements des principes de non-rétroactivité et de rétroactivité <i>in mitius</i>	548
a)	L'application immédiate des règles de procédure.....	548
b)	La rétroactivité des règles de fonds plus sévères raisonnablement prévisibles	549
B-	L'interprétation de la loi pénale : de l'interprétation stricte à l'interprétation conforme	551
	Conclusion de la section	555
	Section 2 : Les principes fondamentaux d'un sous-système de l'Union	556
§1 -	Les principes modelant un système pénal original.....	556
A-	Les principes de subsidiarité.....	556
I-	Le principe institutionnel de subsidiarité	557
II-	Le principe pénal de subsidiarité : le principe de nécessité de la peine	560
B-	Le principe de proportionnalité.....	563
I-	Le principe institutionnel de proportionnalité	564
II-	Le principe pénal de proportionnalité	565
C-	Le respect de l'identité nationale des Etats membres	567
§2 -	L'originalité du système pénal de l'Union modelé par les principes institutionnels du droit de l'Union	570
I-	Un système pénal à géographie variable.....	570

a)	Les éléments de la géographie variable.....	571
b)	La géographie variable, caractéristique du modèle unioniste	573
II-	Un droit pénal à géométrie variable	576
a)	L'apparent désordre du droit pénal de l'Union.....	576
b)	La cohérence globale du tout	579
III-	Un système pénal « incomplet ».....	581
	Conclusion de la section	588
	Conclusion du titre	588
	Conclusion de la partie.....	589
	Conclusion générale	593
I-	L'existence du système pénal de l'Union européenne	593
II-	Le modèle pénal de l'Union européenne	595
III-	L'avenir du système pénal de l'Union européenne.....	596
	Bibliographie - Législation.....	601
	Bibliographie Doctrinale.....	617
	Index thématique de jurisprudence	639
	Index	673
	Plan.....	677

Le système pénal de l'Union européenne

Marie-Eve Morin

Délimitée par référence à la jurisprudence de la Cour EDH, le champ pénal de l'Union européenne se révèle plus conséquent que ce que l'apposition du qualificatif « pénal », en droit de l'Union, ne le laisse penser. Envisager dans sa globalité, à l'aune des caractéristiques d'un système juridique et des modèles pénaux existant, les éléments du champ pénal de l'Union européenne peuvent alors s'agencer comme les pièces d'un puzzle qui prend progressivement forme et dont l'image générale se dessine peu à peu. Le champ pénal de l'Union européenne n'est plus qu'une compilation de normes. Il constitue désormais un système juridique : un ensemble d'éléments en interaction, évoluant dans un environnement déterminé, structuré en fonction des finalités qu'il est destiné à satisfaire, agissant sur son environnement et se transformant avec le temps sans perdre son identité. Son idéologie pénale à dominante répressive n'a rien de particulièrement original ; sa physionomie, en tant que système pénal, en revanche, reproduit l'atypisme proprement unioniste.

Mots clés : droit pénal de l'Union européenne, CEDH, droit pénal international, droit pénal comparé, droit pénal, matière pénale, procédure pénale, droit institutionnel de l'Union européenne, primauté, subsidiarité, proportionnalité, effet direct, harmonisation, droit matériel de l'Union européenne, « visa, asile et immigration », concurrence, manquement d'Etat, mesures restrictives anti-terrorisme, coopération judiciaire et policière en matière pénale, reconnaissance mutuelle, loi pénale, principe de légalité, responsabilité pénale, droits fondamentaux, droits de la défense, ne bis in idem, présomption d'innocence, système juridique, modèle pénal de l'Union européenne.

Defined by the European Court of Human Rights (ECHR), the EU extend its scope of action beyond the definition of « penal » as found in the EU law. Seen as a whole, taken the characteristics and models of already existing law systems, the different elements of the EU law scope can be put together like a jigsaw puzzle, revealing pieces after pieces the general picture. The penal scope of the EU isn't just about regulations anymore. It acts as a legal system - a set of elements interacting with one another, evolving in a set environment, structured to meet set up goals, taking action on its environment and evolving with time without losing its identity/nature. Its penal ideology and restrictive tendencies are not innovative, but its structure, on the other hand, replicate the atypical trait of the EU.

Key words : European union criminal law, ECHR, international criminal law, comparative criminal law, criminal law, criminal matter, penal procedure EU institutional law primacy, subsidiarity, proportionality, direct effect, harmonization, substantive law, visa, asylum and immigration, competition law, failure of a member state, anti-terrorism policies, legal and justice cooperation in criminal matters, mutual recognition, criminal law, principle of equality, criminal liability, fundamental rights, rights of defense, ne bis in idem, presumption of innocence, system of law, EU penal model.